ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS435/R, WT/DS441/R
WT/DS458/R, WT/DS467/R

28 de junio de 2018

(18-4061) Página: 1/985

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

INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES

IEC suprimida indicada con [[***]]

Nota:

Los presentes informes de los Grupos Especiales adoptan la forma de un documento único que constituye cuatro informes de grupo especial distintos: WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R y WT/DS467/R. La portada, las páginas preliminares, las secciones 1 a 7, los apéndices y los anexos son comunes para los cuatro informes. En el encabezado de página de todo el documento figuran las cuatro signaturas WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R y WT/DS467/R, con las siguientes excepciones: la página HND-975 de la sección 8, que lleva la signatura correspondiente al informe WT/DS435/R y contiene las conclusiones y recomendaciones formuladas por el Grupo Especial en dicho informe; la página DOM-975 de la sección 8, que lleva la signatura correspondiente al informe WT/DS441/R y contiene las conclusiones y recomendaciones formuladas por el Grupo Especial en dicho informe; las páginas CUB-975 - CUB-976 de la sección 8, que llevan la signatura correspondiente al informe WT/DS458/R y contienen las conclusiones y recomendaciones formuladas por el Grupo Especial en dicho informe; y las páginas IDN-975 - IDN-976 de la sección 8, que llevan la signatura correspondiente al informe WT/DS467/R y contienen las conclusiones y recomendaciones formuladas por el Grupo Especial en dicho informe. Los apéndices y anexos, que forman parte de los informes de los Grupos Especiales, se distribuyen en documentos separados: WT/DS435/R/Suppl.1, WT/DS441/R/Suppl.1, WT/DS458/R/Suppl.1, WT/DS467/R/Suppl.1 (apéndices); y WT/DS435/R/Add.1, WT/DS441/R/Add.1, WT/DS458/R/Add.1, WT/DS467/R/Add.1 (anexos).

ÍNDICE

Página

LISTA DE APÉNDICES **13**
LISTA DE ANEXOS **14**
LISTA DE CUADROS **15**
LISTA DE FIGURAS **15**
PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS EN LOS PRESENTES INFORMES **16**
PRINCIPALES PRUEBAS DOCUMENTALES CITADAS EN LOS PRESENTES INFORMES **20**
ASUNTOS CITADOS EN LOS PRESENTES INFORMES **53**
1 INTRODUCCIÓN **60**
1.1 Reclamación de Honduras 60
1.2 Reclamación de la República Dominicana 60
1.3 Reclamación de Cuba 60
1.4 Reclamación de Indonesia 60
1.5 Establecimiento y composición del Grupo Especial 60
1.5.1 Honduras 60
1.5.2 República Dominicana 61
1.5.3 Cuba 61
1.5.4 Indonesia 62
1.5.5 Acuerdo de procedimiento entre Australia, Ucrania, Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia 62
1.6 Actuaciones del Grupo Especial 63
1.6.1 Aspectos generales 63
1.6.2 Resoluciones preliminares sobre el mandato del Grupo Especial 64
1.6.3 Procedimiento de trabajo relativo a la información estrictamente confidencial (IEC) 65
1.6.4 Solicitudes de derechos de tercero ampliados 65
1.6.5 Comunicaciones *amicus curiae* 66
1.6.6 Suspensión de las actuaciones y caducidad de la decisión de establecer el Grupo Especial en la diferencia DS434 67
1.6.7 Solicitudes de información en virtud del artículo 13 del ESD 68
1.6.7.1 Solicitud de información a la OMS y a la secretaría del CMCT 69
1.6.7.2 Solicitud de información a la Oficina Internacional de la OMPI 70
1.6.7.3 Solicitudes de datos presentadas por las partes 70
1.6.7.3.1 Solicitudes de Australia en relación con pruebas presentadas por la República Dominicana y Ucrania en el contexto de sus primeras comunicaciones escritas 71
1.6.7.3.2 Solicitudes de Ucrania y la República Dominicana en relación con pruebas presentadas por Australia en el contexto de su primera comunicación escrita 72
1.6.7.3.3 Solicitudes de datos adicionales 80

1.6.8 Pruebas y argumentos presentados con posterioridad a las observaciones sobre las respuestas a preguntas formuladas después de la segunda reunión sustantiva 82

1.6.8.1 Observaciones adicionales relativas al tercer informe de réplica de la Dra. Chipty 82

1.6.8.2 Observaciones adicionales relativas al examen posterior a la implementación realizado por Australia 83

2 ELEMENTOS DE HECHO 83

2.1 Las medidas en litigio 84

2.1.1 Preparación, adopción y entrada en vigor de las medidas TPP 85

2.1.2 Las medidas TPP 87

2.1.2.1 Introducción 87

2.1.2.2 "Objetivos" de la Ley TPP 88

2.1.2.3 Prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco 89

2.1.2.3.1 Características físicas del empaquetado para la venta al por menor 90

2.1.2.3.2 Color y acabado del empaquetado para la venta al por menor 91

2.1.2.3.3 Marcas de fábrica o de comercio y otras marcas en el empaquetado para la venta al por menor 91

2.1.2.3.4 Envoltorios 93

2.1.2.3.5 Prospectos interiores y exteriores 93

2.1.2.3.6 Otras prescripciones relativas al empaquetado para la venta al por menor 93

2.1.2.3.7 Resumen de las prescripciones relativas al empaquetado para la venta al por menor 93

2.1.2.4 Prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco 101

2.1.2.4.1 Prescripciones relativas a los cigarrillos 101

2.1.2.4.2 Prescripciones relativas a los cigarros (puros) 101

2.1.2.4.3 Resumen de las prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco 102

2.1.2.5 Artículo 28 de la Ley TPP 103

2.1.2.6 Delitos y sanciones civiles 103

2.1.2.7 Relación con otras disposiciones legislativas 104

2.1.2.8 La Ley TMA 104

2.1.2.9 Análisis de los efectos de la reglamentación 105

2.2 Otras medidas relacionadas con el control del tabaco en Australia 107

2.2.1 Advertencias sanitarias textuales y gráficas de carácter obligatorio 107

2.2.2 Restricciones de la publicidad y promoción de productos de tabaco 109

2.2.3 Medidas impositivas 110

2.2.4 Restricciones de la venta de productos de tabaco 110

2.2.5 Otras medidas 113

2.3 Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las IG en Australia 114

2.4 El CMCT 118

2.4.1 Antecedentes 119

2.4.2 Estructura y gobernanza 119

2.4.3 Determinadas disposiciones del CMCT 120

2.4.4 Directrices del CMCT 123

2.4.5 Disposiciones del CMCT concernientes a la relación entre el CMCT y otros acuerdos y órganos internacionales 124

3 SOLICITUDES DE CONSTATACIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES 124

3.1 Honduras (DS435) 124

3.2 República Dominicana (DS441) 125

3.3 Cuba (DS458) 125

3.4 Indonesia (DS467) 126

3.5 Australia 127

4 ARGUMENTOS DE LAS PARTES 127

5 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS 127

6 REEXAMEN INTERMEDIO 127

6.1 Introducción 127

6.2 Peticiones de reexamen de la sección 7.1 (Orden del análisis) 128

6.3 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.1 (La cuestión de si las medidas TPP persiguen un "objetivo legítimo") 128

6.4 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.2 (La cuestión de si las medidas TPP están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 (segunda frase)) 129

6.5 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3 (El grado de contribución de las medidas de TPP a su objetivo) 130

6.6 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3.5.2 (Primer mecanismo: repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores) 133

6.7 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3.5.3 (Segundo mecanismo: repercusión de las medidas TPP en la eficacia de las ASG) 134

6.8 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3.5.4 (Tercer mecanismo: reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar) 135

6.9 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3.7 (Repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito) 135

6.10 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.4 (La restrictividad del comercio de las medidas TPP) 136

6.11 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.5.2.2 (La gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo) 136

6.12 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.6.1 (La cuestión de si hay medidas alternativas menos restrictivas del comercio razonablemente disponibles para Australia: enfoque del Grupo Especial) 136

6.13 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.6.2 (Primera medida alternativa propuesta: aumento de la EMCL) 137

6.14 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.6.3 (Segunda medida alternativa propuesta: aumento de la tributación de los productos de tabaco) 138

6.15 Peticiones de reexamen de la sección 7.3.2 (Párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC) 139

6.16 Peticiones de reexamen de la sección 7.3.3 (Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC) 139

6.17 Peticiones de reexamen de la sección 7.3.5 (Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC) 141

6.18 Peticiones de reexamen de la sección 7.3.6 (El artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) 143

6.19 Peticiones de reexamen de los apéndices 144

7 CONSTATACIONES 145

7.1 Orden del análisis 145

7.2 Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC 148

7.2.1 Visión general de las alegaciones 148

7.2.2 Enfoque general del Grupo Especial 150

7.2.3 Aplicabilidad del Acuerdo OTC a las medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio 155

7.2.3.1 Principales argumentos de las partes 155

7.2.3.2 Argumentos de los terceros 158

7.2.3.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 162

7.2.4 La cuestión de si las medidas TPP constituyen un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC 173

7.2.4.1 La cuestión de si las medidas TPP se aplican a un grupo de productos identificable 175

7.2.4.1.1 Principales argumentos de las partes 175

7.2.4.1.2 Análisis realizado por el Grupo Especial 176

7.2.4.2 La cuestión de si las medidas TPP establecen una o más características del producto 179

7.2.4.2.1 Principales argumentos de las partes 179

7.2.4.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial 182

7.2.4.3 La cuestión de si la observancia de las medidas TPP es obligatoria 189

7.2.4.3.1 Principales argumentos de las partes 189

7.2.4.3.2 Análisis realizado por el Grupo Especial 190

7.2.4.4 Conclusión general 193

7.2.5 La cuestión de si las medidas TPP "restring[e]n el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 195

7.2.5.1 La cuestión de si las medidas TPP persiguen un "objetivo legítimo" 197

7.2.5.1.1 El objetivo de las medidas TPP 198

7.2.5.1.1.1 Principales argumentos de las partes 199

7.2.5.1.1.2 Análisis realizado por el Grupo Especial 201

7.2.5.1.2 La cuestión de si el objetivo perseguido por Australia a través de las medidas TPP es un "objetivo legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 209

7.2.5.2 La cuestión de si las medidas TPP están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 (segunda frase) 211

7.2.5.2.1 Panorama general de los argumentos de las partes 211

7.2.5.2.2 Enfoque del Grupo Especial 213

7.2.5.2.3 La cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT constituyen "normas internacionales pertinentes" 214

7.2.5.2.3.1 El concepto de "normas internacionales pertinentes" del párrafo 5 del artículo 2 (segunda frase) 214

7.2.5.2.3.2 La cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT constituyen una "norma" para el empaquetado genérico del tabaco en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC 225

7.2.5.2.4 Conclusión general sobre la cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son "normas internacionales pertinentes" y la cuestión de si las medidas TPP están "en conformidad con" esas Directrices en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 (segunda frase) 266

7.2.5.3 El grado de contribución de las medidas TPP a su objetivo 274

7.2.5.3.1 Exposición de los argumentos de las partes 275

7.2.5.3.2 Principales argumentos de los terceros 284

7.2.5.3.3 Enfoque del Grupo Especial y estructura del análisis 290

7.2.5.3.4 Acceso a los datos y valor probatorio de determinadas pruebas 298

7.2.5.3.5 Diseño, estructura y funcionamiento de las medidas 300

7.2.5.3.5.1 Crítica de las "publicaciones sobre el empaquetado genérico" (publicaciones TPP) 301

7.2.5.3.5.2 Primer mecanismo: repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores 342

7.2.5.3.5.3 Segundo mecanismo: repercusión de las medidas TPP en la eficacia de las ASG 387

7.2.5.3.5.4 Tercer mecanismo: reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar 415

7.2.5.3.5.5 Conclusión general sobre las pruebas relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP 431

7.2.5.3.6 Pruebas relativas a la aplicación de las medidas TPP 432

7.2.5.3.6.1 Repercusión de las medidas TPP en los resultados "proximales" (atractivo de los productos de tabaco, eficacia de las ASG y capacidad del paquete de inducir a error) 435

7.2.5.3.6.2 Repercusión de las medidas TPP en los resultados relacionados con el abandono del tabaco y otros resultados distales 439

7.2.5.3.6.3 Repercusión de las medidas TPP en las conductas tabáquicas 441

7.2.5.3.6.4 Conclusión general sobre las pruebas relativas a la aplicación de las medidas TPP desde su entrada en vigor 445

7.2.5.3.7 Repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito 446

7.2.5.3.7.1 Principales argumentos de las partes 446

7.2.5.3.7.2 Análisis realizado por el Grupo Especial 448

7.2.5.3.8 Conclusión general sobre el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia 458

7.2.5.4 La restrictividad del comercio de las medidas TPP 463

7.2.5.4.1 Sentido de la expresión "restringir[] el comercio" del párrafo 2 del artículo 2 463

7.2.5.4.1.1 Principales argumentos de las partes 463

7.2.5.4.1.2 Principales argumentos de los terceros 467

7.2.5.4.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 471

7.2.5.4.2 Aplicación a las medidas TPP 477

7.2.5.4.2.1 Principales argumentos de las partes 477

7.2.5.4.2.2 Principales argumentos de los terceros 495

7.2.5.4.2.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 498
7.2.5.5 La naturaleza y la gravedad de los "riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" 523
7.2.5.5.1 Principales argumentos de las partes 524
7.2.5.5.2 Análisis realizado por el Grupo Especial 531
7.2.5.5.2.1 Naturaleza de los riesgos 532
7.2.5.5.2.2 La gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo 534
7.2.5.5.2.3 Conclusión sobre la naturaleza de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo y la gravedad de sus consecuencias 540
7.2.5.6 La cuestión de si hay medidas alternativas menos restrictivas del comercio razonablemente disponibles para Australia 541
7.2.5.6.1 Enfoque del Grupo Especial 541
7.2.5.6.1.1 Principales argumentos de las partes 541
7.2.5.6.1.2 Análisis realizado por el Grupo Especial 550
7.2.5.6.2 Primera medida alternativa propuesta: aumento de la EMCL 557
7.2.5.6.2.1 Descripción de la medida propuesta 557
7.2.5.6.2.2 La cuestión de si aumentar la EMCL a 21 años es una medida alternativa 558
7.2.5.6.2.3 La cuestión de si aumentar la EMCL a 21 años restringiría menos el comercio que las medidas TPP 559
7.2.5.6.2.4 La cuestión de si aumentar la EMCL haría una contribución equivalente al objetivo de Australia 562
7.2.5.6.2.5 La cuestión de si aumentar la EMCL es una medida razonablemente disponible para Australia 575
7.2.5.6.2.6 Conclusión general sobre el aumento de la EMCL como alternativa a las medidas TPP 576
7.2.5.6.3 Segunda medida alternativa propuesta: aumento de la tributación de los productos de tabaco 576
7.2.5.6.3.1 Descripción de la medida propuesta 576
7.2.5.6.3.2 La cuestión de si el aumento de la tributación es una medida alternativa 577
7.2.5.6.3.3 La cuestión de si el aumento de la tributación restringiría el comercio menos que las medidas TPP 578
7.2.5.6.3.4 La cuestión de si el aumento de la tributación de los productos de tabaco haría una contribución equivalente al objetivo de Australia 583
7.2.5.6.3.5 La cuestión de si un aumento de la tributación de los productos de tabaco está razonablemente disponible para Australia 595
7.2.5.6.3.6 Conclusión general sobre el aumento de la tributación como alternativa a las medidas TPP 597
7.2.5.6.4 Tercera medida alternativa propuesta: campañas de mercadotecnia social 598
7.2.5.6.4.1 Descripción de la medida propuesta 598
7.2.5.6.4.2 La cuestión de si las campañas de mercadotecnia social "mejoradas" son una medida alternativa 600
7.2.5.6.4.3 La cuestión de si las campañas de mercadotecnia social "mejoradas" serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP 611
7.2.5.6.4.4 La cuestión de si las campañas de mercadotecnia social "mejoradas" harían una contribución equivalente al objetivo de Australia 612

7.2.5.6.4.5 La cuestión de si las campañas de mercadotecnia social "mejoradas" están razonablemente disponibles para Australia 622

7.2.5.6.4.6 Conclusión general sobre las campañas de mercadotecnia social mejoradas como alternativa a las medidas TPP 622

7.2.5.6.5 Cuarta medida alternativa propuesta: escrutinio previo 623

7.2.5.6.5.1 Descripción de la medida propuesta 624

7.2.5.6.5.2 La cuestión de si un mecanismo de escrutinio previo restringiría el comercio menos que las medidas TPP 627

7.2.5.6.5.3 La cuestión de si un mecanismo de escrutinio previo haría una contribución equivalente al objetivo de Australia 631

7.2.5.6.5.4 La cuestión de si un mecanismo de escrutinio previo está razonablemente disponible para Australia 640

7.2.5.6.5.5 Conclusión general sobre el mecanismo de escrutinio previo como alternativa a las medidas TPP 647

7.2.5.6.6 Aplicación "acumulativa" de las alternativas 648

7.2.5.7 Conclusión general sobre el párrafo 2 del artículo 2 650

7.3 El Acuerdo sobre los ADPIC 653

7.3.1 Artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC 653

7.3.1.1 Introducción 653

7.3.1.2 Principales argumentos de las partes 654

7.3.1.3 Principales argumentos de los terceros 657

7.3.1.4 Análisis realizado por el Grupo Especial 658

7.3.2 Párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC 663

7.3.2.1 Principales argumentos de las partes 664

7.3.2.2 Principales argumentos de los terceros 668

7.3.2.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 671

7.3.2.3.1 Interpretación del párrafo 4 del artículo 15 672

7.3.2.3.1.1 Sentido de la expresión "marca de fábrica o de comercio" en el párrafo 4 del artículo 15 673

7.3.2.3.1.2 Sentido de la expresión "registro de la marca" en el párrafo 4 del artículo 15 675

7.3.2.3.1.3 Sentido de la expresión "obstáculo" para el registro de una marca de fábrica o de comercio en el párrafo 4 del artículo 15 679

7.3.2.3.1.4 Conclusión 680

7.3.2.3.2 Aplicación a las medidas TPP 680

7.3.2.3.2.1 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15 toda vez que funcionan de forma que impiden el registro de signos que son capaces de adquirir carácter distintivo mediante el uso 680

7.3.2.3.2.2 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15 toda vez que impiden que determinados signos adquieran carácter distintivo mediante su uso 683

7.3.2.3.2.3 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15 toda vez que reducen la protección que se deriva del registro para las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco a causa de la naturaleza del producto 688

7.3.2.3.3 Conclusión general 692

7.3.3 Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC 692
7.3.3.1 Introducción 692
7.3.3.2 Principales argumentos de las partes 693
7.3.3.3 Principales argumentos de los terceros 705
7.3.3.4 Análisis realizado por el Grupo Especial 706
7.3.3.4.1 El alcance de la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 16 707
7.3.3.4.2 La cuestión de si las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16, porque la prohibición del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio reduce su carácter distintivo y por tanto la capacidad del titular de la marca de demostrar la existencia de probabilidad de confusión 710
7.3.3.4.3 La cuestión de si las medidas TPP infringen el artículo 16 porque hacen que los signos no intrínsecamente distintivos estén sujetos a procedimientos de anulación 725
7.3.3.4.4 La cuestión de si las medidas TPP menoscaban el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio de impedir el uso que sea probable que dé lugar a confusión al exigir el uso de marcas "engañosamente similares" en productos idénticos 727
7.3.3.4.5 Conclusión general 729
7.3.4 Párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC 730
7.3.4.1 Introducción 730
7.3.4.2 Principales argumentos de las partes 730
7.3.4.3 Principales argumentos de los terceros 736
7.3.4.4 Análisis realizado por el Grupo Especial 738
7.3.4.4.1 Interpretación del párrafo 3 del artículo 16 738
7.3.4.4.2 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 16 porque impiden el mantenimiento de la condición de marca notoriamente conocida de ciertas marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco 741
7.3.4.4.3 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 16 porque impiden que determinadas marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco adquieran mediante el uso la condición de marca notoriamente conocida 747
7.3.4.4.4 Conclusión general 748
7.3.5 Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC 748
7.3.5.1 Panorama general de las alegaciones 748
7.3.5.2 Enfoque general del Grupo Especial 750
7.3.5.2.1 Principales argumentos de las partes 750
7.3.5.2.2 Principales argumentos de los terceros 752
7.3.5.2.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 754
7.3.5.3 La cuestión de si las medidas TPP conllevan "exigencias especiales" que "complica[n]" el uso de una marca de fábrica o de comercio 758
7.3.5.3.1 Significado de los términos "exigencias especiales" y "complica[r]" en el artículo 20 759
7.3.5.3.1.1 Principales argumentos de las partes 759
7.3.5.3.1.2 Principales argumentos de los terceros 764
7.3.5.3.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 768
7.3.5.3.2 Aplicación a las medidas TPP 772

7.3.5.4 La cuestión de si las exigencias especiales impuestas por las medidas TPP complican el "uso de una marca de fábrica o de comercio" "en el curso de operaciones comerciales" 773
7.3.5.4.1 Significado de la expresión "en el curso de operaciones comerciales" 773
7.3.5.4.1.1 Principales argumentos de las partes 773
7.3.5.4.1.2 Principales argumentos de los terceros 775
7.3.5.4.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 776
7.3.5.4.2 El "uso [pertinente] de una marca de fábrica o de comercio" 778
7.3.5.4.2.1 Principales argumentos de las partes 778
7.3.5.4.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial 781
7.3.5.4.3 Aplicación a las medidas TPP 783
7.3.5.5 La cuestión de si las medidas TPP complican "injustificablemente" el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales 784
7.3.5.5.1 El sentido del término "injustificablemente"" 784
7.3.5.5.1.1 Principales argumentos de las partes 784
7.3.5.5.1.2 Principales argumentos de los terceros 797
7.3.5.5.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 808
7.3.5.5.2 La cuestión de si las medidas TPP son injustificables *per se* 816
7.3.5.5.2.1 El carácter extremo de la complicación 816
7.3.5.5.2.2 La cuestión de si la injustificabilidad de las exigencias debe evaluarse con respecto a marcas de fábrica o de comercio y características individuales 818
7.3.5.5.2.3 Observancia de los procedimientos reglamentarios nacionales 832
7.3.5.5.2.4 La cuestión de si se presume que las complicaciones comprendidas en los ejemplos enumerados en la primera frase del artículo 20 son "injustificable[s]" 833
7.3.5.5.3 Aplicación a las medidas TPP 836
7.3.5.5.3.1 Introducción 836
7.3.5.5.3.2 Naturaleza y magnitud de la complicación resultante de las medidas TPP 836
7.3.5.5.3.3 Las razones para adoptar las medidas TPP 848
7.3.5.5.3.4 La cuestión de si las razones para la aplicación de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP proporcionan un apoyo suficiente para la complicación resultante 851
7.3.5.6 Conclusión general 856
7.3.6 El artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC 856
7.3.6.1 Introducción 856
7.3.6.2 Alcance de la incorporación del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC 857
7.3.6.2.1 Principales argumentos de las partes 857
7.3.6.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial 858
7.3.6.3 Interpretación del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC 862
7.3.6.3.1 Principales argumentos de las partes 862
7.3.6.3.2 Principales argumentos de los terceros 868
7.3.6.3.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 869

7.3.6.4 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC 876

7.3.6.4.1 Introducción 876

7.3.6.4.2 La cuestión de si las propias medidas TPP constituyen un acto de competencia desleal 877

7.3.6.4.3 La cuestión de si las medidas TPP exigen que los agentes del mercado realicen actos de competencia desleal contra los que Australia está obligada a asegurar protección 878

7.3.6.4.3.1 Párrafo 3) 1) del artículo 10*bis* 879

7.3.6.4.3.2 Párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* 884

7.3.6.4.3.3 Párrafo 1) del artículo 10*bis* 893

7.3.6.4.4 Conclusión general 900

7.3.7 Párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC 901

7.3.7.1 Introducción 901

7.3.7.2 Principales argumentos de las partes 901

7.3.7.3 Principales argumentos de los terceros 910

7.3.7.4 Análisis realizado por el Grupo Especial 911

7.3.7.4.1 La cuestión de si las medidas TPP entrañan competencia desleal al crear condiciones no equitativas de competencia respecto de las IG 916

7.3.7.4.2 La cuestión de si las medidas TPP compelen a actos por parte de los participantes en el mercado, en relación con las IG, que constituyan actos de competencia desleal que Australia está obligada a prohibir 918

7.3.7.5 Conclusión 920

7.3.8 Párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC 921

7.3.8.1 Principales argumentos de las partes 921

7.3.8.2 Principales argumentos de los terceros 930

7.3.8.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 931

7.3.8.3.1 La cuestión de si las medidas TPP están abarcadas por el párrafo 3 del artículo 24 932

7.3.8.3.2 La cuestión de si la obligación se refiere a las IG determinadas o al sistema de protección 933

7.3.8.3.3 La cuestión de si Australia ha reducido la protección de las IG mediante las medidas TPP 936

7.3.8.4 Conclusión 942

7.4 Párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 943

7.4.1 Principales argumentos de las partes 943

7.4.2 Principales argumentos de los terceros 945

7.4.3 Análisis realizado por el Grupo Especial 946

7.4.3.1 El signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano 946

7.4.3.2 La repercusión de las medidas TPP en el uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano 948

7.4.3.3 La cuestión de si las medidas TPP constituyen "leyes y reglamentos" "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados" 951

7.4.3.3.1 La frase "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros" que figura en el párrafo 4 del artículo IX 951

7.4.3.3.1.1 Norma general de interpretación 951

7.4.3.3.1.2 La Decisión sobre Marcas de Origen de 1958 954

7.4.3.3.1.3 Antecedentes de negociación 958

7.4.3.3.2 La cuestión de si las medidas TPP, en tanto en cuanto restringen el uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano, constituyen "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados ... leyes y reglamentos" 960

7.4.3.4 La cuestión de si las medidas TPP son "tales que sea posible ajustarse a ell[a]s sin ... reducir substancialmente [el] valor" de los puros LHM cubanos 962

7.4.3.4.1 El sentido de la expresión "reducir substancialmente [el] valor [de los productos importados]" 963

7.4.3.4.2 La cuestión de si los cigarros (puros) LHM cubanos son privados de su valor añadido, dando así lugar a una reducción sustancial de su valor en el sentido del párrafo 4 del artículo IX 965

7.4.3.4.3 La cuestión de si las medidas TPP generan entre los consumidores incertidumbre acerca de la autenticidad de los cigarros (puros) LHM cubanos, dando así lugar a una reducción sustancial de su valor 970

7.4.4 Conclusión 974

8 RECLAMACIÓN PRESENTADA POR HONDURAS (DS435): CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES HND-975

8 RECLAMACIÓN PRESENTADA POR LA REPÚBLICA DOMINICANA (DS441): CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DOM-9755

8 RECLAMACIÓN PRESENTADA POR CUBA (DS458): CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES CUB-975

8 RECLAMACIÓN PRESENTADA POR INDONESIA (DS467): CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES IDN-975

CUADRO A: TRABAJOS INCLUIDOS EN LOS PRINCIPALES EXÁMENES DE LAS PUBLICACIONES TPP Y/O EN LA PRUEBA DOCUMENTAL JE-24 977

LISTA DE APÉNDICES

Índice		Página
Apéndice A	Datos de investigación posteriores a la implementación sobre los desenlaces no comportamentales de las medidas TPP	A-1
Apéndice B	Datos de investigación acerca de los desenlaces relativos al abandono del hábito y otros desenlaces distales desde la entrada en vigor de las medidas TPP	B-1
Apéndice C	Datos de investigación acerca de la prevalencia de tabaquismo después de la entrada en vigor de las medidas TPP	C-1
Apéndice D	Datos de investigación sobre las ventas y el consumo de productos de tabaco después de la entrada en vigor de las medidas TPP	D-1
Apéndice E	Datos de investigación posteriores a la implementación sobre la sustitución a la baja en el mercado de cigarrillos	E-1

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A

PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL

Índice		Página
Anexo A-1	Procedimiento de trabajo del Grupo Especial	A-2
Anexo A-2	Procedimiento de trabajo adicional relativo a la información estrictamente confidencial	A-9

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen integrado de los argumentos de Honduras	B-2
Anexo B-2	Resumen integrado de los argumentos de la República Dominicana	B-38
Anexo B-3	Resumen integrado de los argumentos de Cuba	B-73
Anexo B-4	Resumen integrado de los argumentos de Indonesia	B-91
Anexo B-5	Resumen integrado de los argumentos de Australia	B-114

ANEXO C

ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de los argumentos de la Argentina	C-2
Anexo C-2	Resumen de los argumentos del Brasil	C-7
Anexo C-3	Resumen de los argumentos del Canadá	C-12
Anexo C-4	Resumen de los argumentos de China	C-15
Anexo C-5	Resumen de los argumentos de la Unión Europea	C-20
Anexo C-6	Resumen de los argumentos de Guatemala	C-24
Anexo C-7	Resumen de los argumentos del Japón	C-30
Anexo C-8	Resumen de los argumentos de la República de Corea	C-35
Anexo C-9	Resumen de los argumentos de Malawi	C-37
Anexo C-10	Resumen de los argumentos de Nueva Zelandia	C-40
Anexo C-11	Resumen de los argumentos de Nicaragua	C-44
Anexo C-12	Resumen de los argumentos de Nigeria	C-48
Anexo C-13	Resumen de los argumentos de Noruega	C-55
Anexo C-14	Resumen de los argumentos de Omán	C-59
Anexo C-15	Resumen de los argumentos del Perú	C-62
Anexo C-16	Resumen de los argumentos de Filipinas	C-64
Anexo C-17	Resumen de los argumentos de Singapur	C-66
Anexo C-18	Resumen de los argumentos de Sudáfrica	C-71
Anexo C-19	Resumen de los argumentos del Taipei Chino	C-74
Anexo C-20	Resumen de los argumentos de Tailandia	C-75
Anexo C-21	Resumen de los argumentos de Turquía	C-82
Anexo C-22	Resumen de los argumentos del Uruguay	C-87
Anexo C-23	Resumen de los argumentos de Zambia	C-90
Anexo C-24	Resumen de los argumentos de Zimbabwe	C-93

LISTA DE CUADROS

Cuadro		Página
Cuadro 1:	Prescripciones aplicables al nombre de la marca, el nombre comercial, la razón social o el nombre de la variante	91
Cuadro 2:	Puntuaciones de pertinencia y calidad asignadas por el informe de Stirling	323
Cuadro 3:	Reducción estimada de las tasas de iniciación en los EE.UU. tras el aumento de la EMCL, por grupos de edad	571
Cuadro 4:	Aumentos estimados de precios e impuestos equivalentes a las contribuciones hipotéticas de las medidas TPP a la reducción del número de fumadores	584
Cuadro 5:	Propuesta de segmentación para las campañas de mercadotecnia social australianas	616

LISTA DE FIGURAS

Figura		Página
Figura 1:	La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara anterior, la parte superior y la cara lateral de una cajetilla de cigarrillos	93
Figura 2:	La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara posterior, la base y la cara lateral de una cajetilla de cigarrillos	94
Figura 3:	La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara anterior, la parte superior y la cara lateral de un cartón de cigarrillos	95
Figura 4:	La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara posterior, la base y la cara lateral de un cartón de cigarrillos	96
Figura 5:	La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a los tubos para cigarros (puros)	97
Figura 6:	La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a las caras anterior y lateral de una caja de cigarros (puros)	98
Figura 7:	La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara posterior de una caja de cigarros (puros)	99
Figura 8:	La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican al aspecto de los cigarrillos	101
Figura 9:	La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican al aspecto de los cigarros (puros)	101
Figura 10:	ASG utilizadas actualmente en la cara anterior del empaquetado de cigarrillos	107
Figura 11:	Descripción por Australia del funcionamiento de las medidas TPP	202
Figura 12:	Descripción por Australia de la Ley TPP	292
Figura 13:	Diagrama de la TCP	357
Figura 14:	Marco conceptual del Profesor Chaloupka para la evaluación de las políticas de advertencia sanitaria	392
Figura 15:	Prevalencia del consumo de tabaco en adultos - CISNET	572
Figura 16:	Prevalencia del consumo de tabaco en adultos - SimSmoke	572
Figura 17:	Marco propuesto por la Profesora Keller en relación con las comunicaciones de mercadotecnia eficaces	604
Figura 18:	La marca de fábrica o de comercio compuesta Habanos registrada en Australia	946
Figura 19:	La etiqueta Habanos aplicada en las esquinas superiores de las cajas de puros LHM cubanos a partir de 1994	947
Figura 20:	La etiqueta Habanos aplicada en las esquinas superiores de las cajas de puros LHM cubanos desde 2004	947
Figura 21:	El Sello de Garantía del Gobierno cubano	948

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS EN LOS PRESENTES INFORMES

Abreviatura	Descripción
ABAC	Código de Publicidad (y Envasado) de Bebidas Alcohólicas
ABS	Oficina de Estadística de Australia
ACBPS	Servicios de Aduanas y Protección de Fronteras de Australia
ACCC	Comisión de Competencia y Consumo de Australia
ACL	Ley Australiana de Protección al Consumidor (Ley de Competencia y Consumo de Australia de 2010 (Cth), anexo 2)
ACP	Acuerdo sobre Contratación Pública
ACP modificado	Acuerdo sobre Contratación Pública, modificado por el Protocolo de 2012
ACT	Territorio de la Capital de Australia
Acuerdo Antidumping	Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
Acuerdo MSF	Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
Acuerdo sobre la OMC	Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio
Acuerdo sobre los ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AMS	Asamblea Mundial de la Salud
ANPHA	Organismo Nacional de Medicina Preventiva de Australia
ARIMA	autorregresivo integrado de promedio móvil
ARIMAX	autorregresivo integrado de media móvil con variable explicativa
Arreglo de Lisboa	Arreglo de Lisboa relativo al Registro Internacional de las Denominaciones de Origen
ASEAN	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
ASG	advertencia sanitaria gráfica
ASSAD	Alcohol, tabaco y drogas en los estudiantes de enseñanza secundaria de Australia
ATMOSS	Sistema de búsqueda en línea de marcas de fábrica o de comercio de Australia
BATA	British American Tobacco Australia
BMJ	*British Medical Journal*
Carta de La Habana	Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio
CCA	Ley de Competencia y Consumo de 2010 (Cth)
CCIPF	Comisión de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria
CCQ	Consejo contra el Cáncer de Queensland
CCV	Consejo contra el Cáncer de Victoria
CFI	cigarrillos de fabricación industrial
CIIC	Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer
CINSW	Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur
CIPF	Convención Internacional de Protección Fitosanitaria
CISNET	Red de Establecimiento de Modelos para la Vigilancia e Intervención contra el Cáncer
CIT	Control Internacional del Tabaco
CITTS	Encuesta de seguimiento sobre el tabaco realizada por el Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur

Abreviatura	Descripción
CMCT	Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra, 21 de mayo de 2003, Naciones Unidas, *Treaty Series*, volumen 2302, página 166
Codex	Comisión del Codex Alimentarius
Código de Normas de la Ronda de Tokio	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Ronda de Tokio de 1979
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27
Convenio de París	Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial
Convenio de París (1967)	Acta de Estocolmo del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 14 de julio de 1967
Declaración de Doha	Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, WT/MIN(01)/DEC/2 (14 de noviembre de 2001)
Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el Artículo VI del GATT de 1994 o con la Parte V del Acuerdo SMC	Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 o con la Parte V del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
DHA	Departamento de Salud y Envejecimiento
Directrices del CMCT	Directrices del CMCT para la aplicación del CMCT
Directrices relativas al artículo 11 del CMCT	Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 11 del CMCT
Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT	Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 11 del CMCT y Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 13 del CMCT
Directrices relativas al artículo 13 del CMCT	Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 13 del CMCT
EMAL	edad mínima para el acceso legal
EMCL	edad mínima para la compra legal
EOS	Exchange of Sales
EPI	examen posterior a la implementación
EBC	equivalentes de barras de cigarrillos
EPS	encuesta de paquetes vacíos
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT de 1947	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
GEE	ecuación de estimación generalizada
Guía 2: de la ISO/CEI, de 1991	Organización Internacional de Normalización/Comisión Electrotécnica Internacional, Guía 2, sobre términos generales y sus definiciones en relación con la normalización y las actividades conexas, sexta edición (1991)
IEC	información estrictamente confidencial
IG	indicación geográfica
IMS	In-Market-Sales
IMS/EOS	In-Market-Sales/Exchange of Sales
IPE	Instituto de Evaluación de Políticas
ISO	Organización Internacional de Normalización
ITA	Imperial Tobacco Australia Limited
Ley TM	Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995 (Cth)
Ley TMA	Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth)
Ley TPP	Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth)

Abreviatura	Descripción
LHM	grandes hechos a mano
MCO	mínimo cuadrado ordinario
medidas TPP	Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth); Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), modificado por el Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth); Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Importaciones) de 2011 (Cth)
NDSHS	Encuesta por hogares del Plan Nacional contra la Droga
NHS	Encuesta Nacional de Salud
NMF	nación más favorecida
Norma de Información	Norma de Información en materia de Competencia y Protección al Consumidor (Tabaco) de 2011 (Cth)
NPHT	Equipo Nacional de Trabajo sobre Medicina Preventiva
NSWPHS	Encuesta de salud de la población de Nueva Gales del Sur
NTC	Campaña Nacional sobre el Tabaco
NTPPTS	Encuesta nacional de seguimiento sobre el empaquetado genérico del tabaco
OBPR	Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIE	Organización Mundial de Sanidad Animal
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PCC	Pacific Cigar Company
PI	propiedad intelectual
PML	Philip Morris Limited
Proyecto CIT	Proyecto de Evaluación de Políticas del Control Internacional del Tabaco
Proyecto de Ley TMA	Proyecto de Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth)
Proyecto de Ley TPP	Proyecto de Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth)
publicaciones TPP	publicaciones sobre el empaquetado genérico del tabaco
Recomendación del Comité OTC	Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, Nota de la Secretaría, "Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995", documento de la OMC G/TBT/1/Rev.12 (21 de enero de 2015), página 22, sección 4.3.1.1 (titulada "Efecto significativo en el comercio de otros Miembros")
Reglamento CI	Reglamento de Comercio (Importaciones) de 1940 (Cth)
Reglamento TPP	Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), modificado por el Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth)
RIS	declaración de efectos de la reglamentación
RMSS	Roy Morgan Single Source
RSD	respuesta socialmente deseable
SAHOS	Encuesta general de salud de Australia Meridional
SSHBS	Encuesta sobre las conductas relativas a la salud de los alumnos de escuelas de Nueva Gales del Sur
TAR	teoría de la acción razonada
TCP	teoría del comportamiento planificado
TCT	Equipo de Trabajo sobre el Control del Tabaco
TWG	Grupo de Trabajo sobre el Tabaco
USCDC	Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos

Abreviatura	Descripción
USFDA	Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos
USIOM	Instituto de Medicina de los Estados Unidos
VSHS	Encuesta sobre consumo de tabaco y salud del estado de Victoria

PRINCIPALES PRUEBAS DOCUMENTALES CITADAS EN LOS PRESENTES INFORMES

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-1, JE-1	Ley TPP	*Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011* (Cth)
AUS-2, JE-7	Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP	Memorándum explicativo, *Proyecto de Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011* (Cth)
AUS-3, JE-2	Reglamento TPP	*Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011* (Cth), modificado por el *Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1)* (Cth)
AUS-4, JE-3	Ley TMA	*Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011* (Cth)
AUS-5, JE-5	Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA	Memorándum explicativo, *Proyecto de Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011* (Cth)
AUS-6, JE-4	Proyecto de Ley TMA	*Proyecto de Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011* (Cth)
AUS-7	Informe de Samet	"*Expert Report of J. Samet*" (5 de marzo de 2015)
AUS-8	Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito	F. Chaloupka, "*Expert Report on Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation*" (6 de marzo de 2015)
AUS-9	Informe de Chaloupka relativo a la salud pública	F. Chaloupka, "*Expert Report on Australia's Plain Packaging Legislation*" (7 de marzo de 2015)
AUS-10	Informe de Tavassoli	N. Tavassoli, "*Report on the World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings Concerning Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation*" (10 de marzo de 2015)
AUS-11	Informe de Dubé	"*Expert Report of Dr. Jean-Pierre Dubé*" (9 de marzo de 2015)
AUS-12	Informe de Slovic	"*Expert Report of Dr. Paul Slovic*" (4 de marzo de 2015)
AUS-13	Informe de Biglan	"*Expert Report of A. Biglan*" (6 de marzo de 2015)
AUS-14	Informe de Fong	"*Expert Report of Dr. Geoffrey T. Fong*" (4 de marzo de 2015)
AUS-15	Informe de Brandon	T. Brandon, "*Expert Report*" (9 de marzo de 2015)
AUS-16	Informe de Correa	C. Correa, "*Compatibility of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation with the TRIPS Agreement - Analysis of the Expert Reports Submitted by Ukraine*" (10 de marzo de 2015)
AUS-17	Informe de Chipty	"*Report of Dr. Tasneem Chipty*" (9 de marzo de 2015)
AUS-18	Informe de Katz	M. Katz, "*An Economic Assessment of the Effects of Tobacco Plain Packaging*" (9 de marzo de 2015)
AUS-19 (IEC)	Informe de HoustonKemp	HoustonKemp, "*Competition and Trade for Tobacco Products in Australia*" (9 de marzo de 2015) (IEC)
AUS-21	Informe de Finkelstein	"*Report by Ray Finkelstein QC to the Dispute Settlement Panel Established by the World Trade Organization: The Tobacco Plain Packaging Act 2011 (Cth) and the Australian Consumer Law*" (11 de marzo de 2015)
AUS-22 (IEC)	Informe de Sims	R. Sims, "*Report Concerning the Australia Consumer Law and the Packaging of Tobacco Products*" (24 de febrero de 2015) (IEC)
AUS-23	British American Tobacco, Informe de 2001 relativo al empaquetado	British American Tobacco, "*Packaging Brief*" (2 de enero de 2001), Nº Bates 325211963-325211964

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-24	Recomendaciones normativas de la OMS sobre el humo de tabaco ajeno	Organización Mundial de la Salud, *Protection from Exposure to Second-Hand Tobacco Smoke: Policy Recommendations* (Protección contra la exposición al humo de tabaco ajeno. Recomendaciones normativas) (Ginebra, 2007)
AUS-25	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2004	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *The Health Consequences of Smoking: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2004), capítulo 1
AUS-27	Banks *et al.* 2015	E. Banks, G. Joshy, M. Weber, B. Lui, R. Grenfell, S. Eggar, E. Paige, A. Lopez, F. Sitas y V. Beral, "*Tobacco Smoking and All-Cause Mortality in a Large Australian Cohort Study: Findings from a Mature Epidemic with Current Low Smoking Prevalence*", *BMC Medicine* (2015), volumen 13, doi:10.1186/s12916-0150281
AUS-28	Nota descriptiva de la OMS sobre el tabaco	Organización Mundial de la Salud, Centro de prensa, "Tabaco", nota descriptiva Nº 339 (mayo de 2014), disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs339/es/>, consulta realizada el 25 de febrero de 2015
AUS-29	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1988	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *The Health Consequences of Smoking: Nicotine Addiction: A Report of the Surgeon General* (Rockville, 1988)
AUS-30	*Nomenclature and Classification of Drug- and Alcohol-Related Problems: A WHO Memorandum*	G. Edwards, A. Arif y R. Hadgson, "*Nomenclature and Classification of Drug- and Alcohol-Related Problems: A WHO Memorandum*", *Bulletin of the World Health Organization* (1981), volumen 59, Nº 2, páginas 225-242
AUS-31	Informe del Real Colegio de Médicos de 2000	Real Colegio de Médicos de Londres, *Nicotine Addiction in Britain: A Report of the Tobacco Advisory Group of the Royal College of Physicians* (Sudbury, 2000)
AUS-33, DOM-149	Monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 9	D. Burns, K. Cummings y D. Hoffmann (editores), *Cigars: Health Effects and Trends*, Smoking and Tobacco Control Monograph Nº 9, Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, Institutos Nacionales de Salud, Instituto Nacional del Cáncer (NCI) (Bethesda, 1998)
AUS-34	Cigarros: hechos y cifras	American Lung Association, "*Cigars*", <http://www.lung.org/stop-smoking/about-smoking/facts-figures/cigars.html>, consulta realizada el 30 de enero de 2015
AUS-37, DOM-104, CUB-35	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2014	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *The Health Consequences of Smoking - 50 Years of Progress: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2014)
AUS-38	Escrito *amici curiae* de la UICC y el CCA	Unión Internacional para el Control del Cáncer (UICC) y Consejo contra el Cáncer de Australia (CCA), Comunicación escrita *amici curiae* presentada por no partes (11 de febrero de 2015)
AUS-39	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2006	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *The Health Consequences of Involuntary Exposure to Tobacco Smoke: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2006)
AUS-40	Hoja informativa del NCI sobre los cigarros	Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos (NCI), "*Cigar Smoking and Cancer*" (27 de octubre de 2010), disponible en: <http://www.cancer.gov/cancertopics/factsheet/Tobacco/cigars/>, consulta realizada el 25 de febrero de 2015
AUS-41	-	Consejo contra el Cáncer de Victoria, Quit Victoria, Heart Foundation y VicHealth, Comunicación sobre el empaquetado genérico del tabaco: enfoque propuesto para los productos de tabaco distintos de los cigarrillos (28 de octubre de 2011)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-42 (revisada)	Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT	Organización Mundial de la Salud y secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Información de una no parte para el Grupo Especial (16 de febrero de 2015)
AUS-42 (revisada)	Solicitud de autorización para facilitar información presentada por la OMS y el CMCT	Organización Mundial de la Salud y secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Solicitud de autorización para facilitar información al Grupo Especial presentada por una no parte (16 de febrero de 2015)
AUS-43, HND-142	Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2011	Organización Mundial de la Salud, "*WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2011: Warning about the Dangers of Tobacco*" (*Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2011: advertencia sobre los peligros del tabaco*) (Ginebra, 2011)
AUS-44, JE-19	CMCT	Organización Mundial de la Salud, Convenio Marco para el Control del Tabaco (2003)
AUS-45, DOM-280	Informe sobre la NDSHS de 2010	Instituto Australiano de Salud y Bienestar, *2010 National Drug Strategy Household Survey Report*, Drug Statistics Series Nº 25 (Canberra, 2011)
AUS-46	Vos *et al.* 2007	T. Vos, B. Barker, L. Stanley y A. Lopez, "*The Burden of Disease and Injury in Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples: Summary Report*", Facultad de Salud Poblacional, Universidad de Queensland (septiembre de 2007)
AUS-47	Collins y Lapsley 2008	D. Collins y H. Lapsley, *The Costs of Tobacco, Alcohol and Illicit Drug Abuse to Australian Society in 2004/05*, Commonwealth de Australia (Canberra, 2008)
AUS-48	Informe sobre la NDSHS de 2013	Instituto Australiano de Salud y Bienestar, *National Drug Strategy Household Survey Detailed Report 2013*, Drug Statistics Series Nº 28 (Canberra, 2014)
AUS-49	-	Oficina de Estadística de Australia, "*Australian Aboriginal and Torres Strait Islander Health Survey: Updated Results, 2012-2013*", Nº de cat. 4727.0.55.006 (2014)
AUS-50	*Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs* de los USCDC	Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos (USCDC), *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs - 2014*, Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, disponible en: <http://www.cdc.gov/tobacco/stateandcommunity/best_practices/>, consulta realizada el 2 de marzo de 2015
AUS-51	Jha y Chaloupka 1999	P. Jha y F.J. Chaloupka, *Curbing the Epidemic: Governments and the Economics of Tobacco Control*, Banco Mundial (Washington D.C., 1999)
AUS-52,J E-12	Informe técnico Nº 2 del NPHT	Equipo de Trabajo sobre Medicina Preventiva de Australia, *Australia: The Healthiest Country by 2020 - Technical Report No. 2 - Tobacco Control in Australia: Making Smoking History*, Gobierno de Australia (24 de julio de 2009)
AUS-53	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2000	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *Reducing Tobacco Use: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2000), capítulo 1
AUS-64, IDN-14	-	*Ley de Prohibición de la Publicidad del Tabaco de 1992* (Cth)
AUS-67, JE-14	NPHT, Hoja de ruta para la adopción de medidas	Equipo de Trabajo Nacional sobre Medicina Preventiva de Australia, *Australia: The Healthiest Country by 2020, National Preventative Health Strategy - The Roadmap for Action*, Gobierno de Australia (30 de junio de 2009)
AUS-69	Memorándum de RJ Reynolds de 1973	C.E Teague, "*Research Planning Memorandum on Some Thoughts About New Brands of Cigarettes for the Youth Market*", RJ Reynolds (2 de febrero 1973), Nº Bates 505101981-505101992
AUS-71	*United States v. Philip Morris*	Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, *United States v. Philip Morris USA, Inc.*, 449 F. Supp. 2d 1 (D. D.C. 2006)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-73	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994, Resumen	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General: Executive Summary* (Atlanta, 1994)
AUS-76	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2012)
AUS-77	Monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 19	R. Davis, E. Gilpin, B. Loken, K. Viswanath y M. Wakefield (editores), *The Role of the Media in Promoting and Reducing Tobacco Use*, Tobacco Control Monograph Nº 19, Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, Institutos Nacionales de Salud, Instituto Nacional del Cáncer (NCI) (Bethesda, 2008)
AUS-78	Informe del USIOM de 1994, capítulo 4	B. Lynch y R. Bonnie (editores), *Growing up Tobacco Free: Preventing Nicotine Addiction in Children and Youth*, Instituto de Medicina de los Estados Unidos (USIOM) (National Academy Press, 1994), prólogo y capítulo 4
AUS-81, CUB-61	Informe de Chantler	C. Chantler, "*Standardised Packaging of Tobacco: Report of the Independent Review Undertaken by Sir Cyril Chantler*" (abril de 2014)
AUS-82	Philip Morris, "*Marketing Issues Corporate Affairs Conference"*	Philip Morris, "*Marketing Issues Corporate Affairs Conference*" (27 de mayo de 1994), Nº Bates 2504015017-2504015042
AUS-83	RJ Reynolds, *Australia Trip: Topline Learning*	RJ Reynolds, "*Australia Trip: Topline Learning (Highly Restricted Market)*" (12 de febrero de 1997), Nº Bates 531455747-531455751
AUS-84	*JTI v. Commonwealth*, Transcripción	Transcripciones del Tribunal Supremo de Australia, *JT International SA v. Commonwealth of Australia*; *British American Tobacco Australasia Limited v. The Commonwealth* (2012) HCA Trans 91 (17 de abril de 2012)
AUS-86	Examen realizado por el CCV en 2011	Consejo contra el Cáncer de Victoria, "*Plain Packaging of Tobacco Products: A Review of the Evidence*" (mayo de 2011)
AUS-90	Cancer Research UK	Centro de Investigación para el Control del Tabaco, "*The Packaging of Tobacco Products*", Cancer Research UK (marzo de 2012)
AUS-91, JE-24(28)	Hammond 2010	D. Hammond, "*'Plain Packaging' Regulations for Tobacco Products: The Impact of Standardizing the Color and Design of Cigarette Packs*" ("Regulaciones de 'empaquetado sencillo' para productos de tabaco: el impacto de la estandarización en diseño y color en los paquetes de cigarrillos"), *Salud Pública de México* (2010), volumen 52, Nº 2, páginas S226-S232
AUS-92	Difranza *et al.* 2003	J. Difranza, D. Clark y R. Pollay, "*Cigarette Package Design: Opportunities for Disease Prevention*", *Tobacco Induced Diseases* (2003), volumen 1, Nº 2, páginas 97-109
AUS-93, CUB-28	Wakefield *et al.* 2002	M. Wakefield, C. Morley, J. Horan y K. Cummings, "*The Cigarette Pack as Image: New Evidence from Tobacco Industry Documents* ", *Tobacco Control* (2002), volumen 11, Nº 1, páginas i73-i80
AUS-95	Philip Morris, "*Opportunities in Packaging Innovation*"	Philip Morris, "*Opportunities in Packaging Innovation*" (marzo de 1992), Nº Bates 2048976191-2048976208
AUS-96	Reunión de Philip Morris sobre mercadotecnia de 1990	Philip Morris, "*Marketing New Products in a Restrictive Environment*", Reunión sobre mercadotecnia, Naples (Florida) (junio de 1990), Nº Bates 2044762173-2044762364
AUS-99	Swedish Match, "*New Launch on Game*"	K. Hammar, "*New Launch on Game*", *Swedish Match Inside* (2009), volumen 5

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-100	Swedish Match, "*New Products*"	Swedish Match, "*New Products*", *Swedish Match Inside* (2008), volumen 2
AUS-101	Swedish Match, "*Cigars for a Trend-Conscious Generation*"	B. Sjölberg, "*Cigars for a Trend-Conscious Generation*", *Swedish Match Inside* (2007), volumen 1
AUS-102, DOM-315	Miller *et al.* 2015	C. Miller, K. Ettridge y M. Wakefield, "*'You're Made to Feel like a Dirty Filthy Smoker When You're Not, Cigar Smoking is Another Thing All Together.' Responses of Australian Cigar and Cigarillo Smokers to Plain Packaging*", *Tobacco Control* (2015), volumen 24, páginas ii58-ii65
AUS-103	Swedish Match, Informe anual correspondiente a 2013	Swedish Match, "*2013 Annual Report*" (2013), página 9
AUS-104	Libro de Shanahan sobre el derecho de marcas de fábrica o de comercio	Mark Davison, Tracey Berger y Annette Freeman, *Shanahan's Australian Law of Trade Marks and Passing Off*, cuarta edición (Lawbook Co., 2008)
AUS-107	Philip Morris, "*Alpine Cigarettes*"	Philip Morris, "*CPC Submission - Alpine Cigarettes (Australia)*" (2000), Nº Bates 2079065303-2079065319
AUS-108	Colmar Brunton, "*Alpine Creative Presentation*"	Colmar Brunton Research, "*Qualitative Research - Alpine Creative Presentation*", exposición elaborada para Philip Morris (marzo de 1994), Nº Bates 2504102678-2504102701
AUS-109, DOM-44	Directrices para la aplicación del CMCT (edición de 2013)	*Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco: Directrices para la aplicación: Artículo 5.3, Artículo 8, Artículos 9 y 10, Artículo 11, Artículo 13, Artículo 14* (edición 2013)
AUS-111	Directrices relativas al artículo 6 del CMCT	Directrices para la aplicación del artículo 6 del CMCT de la OMS (2014)
AUS-115, HND-4, DOM-52	Primer Ministro Rudd, Comunicado de prensa sobre medidas contra el tabaco	Primer Ministro Rudd y Ministra de Salud Roxon, "*Anti-Smoking Action*", comunicado de prensa (29 de abril de 2010)
AUS-116, JE-15	Medidas adoptadas a partir de la Hoja de ruta del NPHT	Gobierno de Australia, *Taking Preventative Action - A Response to Australia: The Healthiest Country by 2020 - The Report of the National Preventative Taskforce* (11 de mayo de 2010)
AUS-117, JE-24(49)	Parr *et al.* 2011a	V. Parr, B. Tan, P. Ell y K. Miller, "*Market Research to Determine Effective Plain Packaging of Tobacco Products*", GfK bluemoon, informe elaborado para el Departamento de Salud y Envejecimiento del Gobierno de Australia (agosto de 2011)
AUS-119, CUB-7	Parr *et al.* 2011c	V. Parr, P. Ell y K. Gagg, "*Market Testing of Potential Health Warnings and Information Messages for Tobacco Product Packaging: Phase 2 Front and Back of Pack Graphic Health Warnings*", GfK bluemoon, informe sobre una investigación cualitativa elaborado para el Departamento de Salud y Envejecimiento del Gobierno de Australia (marzo de 2011)
AUS-120, JE-10	Documento de consulta sobre el anteproyecto de Ley TPP	Departamento de Salud y Envejecimiento, "*Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging Bill 2011 Exposure Draft*", Gobierno de Australia (7 de abril de 2011)
AUS-125	-	*Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1)* (Cth)
AUS-126	Manual de prácticas óptimas de reglamentación	Gobierno de Australia, *Best Practice Regulation Handbook* (Canberra, 2007)
AUS-128, JE-8	Norma de Información	*Norma de Información en materia de Competencia y Protección al Consumidor (Tabaco) de 2011* (Cth)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-129, DOM-131	Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018	Comité Gubernamental de Drogas de Australia, *National Tobacco Strategy 2012-2018*: *A Strategy to Improve the Health of all Australians by Reducing the Prevalence of Smoking and its Associated Health, Social and Economic Costs, and the Inequalities it Causes*, Commonwealth de Australia (2012)
AUS-130	-	Notificación presentada por Australia al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, G/TBT/N/AUS/67 (8 de abril de 2011)
AUS-132	Fong *et al.* 2006	G. Fong, K. Cummings, R. Borland, G. Hastings, A. Hyland, G. Giovino, D. Hammond y M. Thompson, "*The Conceptual Framework of the International Tobacco Control (ITC) Policy Evaluation Project*", *Tobacco Control* (2006), volumen 15, páginas iii3-iii11
AUS-135, JE-24(8)	Borland y Savvas 2013a	R. Borland y S. Savvas, "*Effects of Stick Design Features on Perceptions of Characteristics of Cigarettes*", *Tobacco Control* (2013), volumen 22, páginas 331-337
AUS-136, JE-24(9)	Borland *et al.* 2013	R. Borland, S. Savvas, F. Sharkie y K. Moore, "*The Impact of Structural Packaging Design on Young Adult Smokers' Perceptions of Tobacco Products*", *Tobacco Control* (2013), volumen 22, páginas 97-102
AUS-137, JE-24(20)	Ford *et al.* 2013a	A. Ford, A. MacKintosh, C. Moodie, S. Richardson y G. Hastings, "*Cigarette Pack Design and Adolescent Smoking Susceptibility: A Cross Sectional Survey*", *BMJ Open* (2013), doi:10.1136/bmjopen-2013-003282
AUS-138	Kotnowski 2013	K. Kotnowski, "*The Impact of Standardized Cigarette Packaging Among Young Women in Canada: A Discrete Choice Experiment*", Trabajo final de la Maestría en Estudios de la Salud y Gerontología, presentado en la Universidad de Waterloo, Canadá (2013)
AUS-139	Kotnowski y Hammond 2013	K. Kotnowski y D. Hammond, "*The Impact of Cigarette Pack Shape, Size and Opening: Evidence from Tobacco Company Documents*", *Addiction* (2013), volumen 108, Nº 9, páginas 1658-1668
AUS-140, HND-130, CUB-59	Examen de Stirling	C. Moodie, M. Stead, L. Bauld, A. McNeill, K. Angusa, K. Hinds, I. Kwan, J. Thomas, G. Hastings y A. O'Mara-Eves, "*Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review*", Centro de Investigaciones sobre el Control del Tabaco del Reino Unido, Universidad de Stirling (2012)
AUS-141	Moodie *et al.* 2009	C. Moodie, G. Hastings y A. Ford, "*A Brief Review of Plain Packaging Research for Tobacco Products*", Institute for Social Marketing, Universidad de Stirling (2009)
AUS-142, JE-24(14)	Centre for Health Promotion 1993	Centre for Health Promotion, "*Effects of Plain Packaging on the Image of Tobacco Products Among Youth*", Universidad de Toronto (30 de noviembre de 1993)
AUS-143, JE-24(7)	Bondy *et al.* 1994	S. Bondy, A. Paglia y M. Kaiserman, "*Tobacco Purchasing and Marketing*", en T. Stephens y M. Morin (editores), *Youth Smoking Survey 1994: Technical Report*, Ministerio de Salud del Canadá, Ministerio de Suministros y Servicios del Canadá (Ottawa, 1996), páginas 153-179
AUS-144	d'Avernas *et al.* 1997	J. d'Avernas, D. Northrup, M. Foster, D. Burton, R. Ferrence, J. Pollard, I. Rootman y B. Flay, "*Cigarette Packaging and Event Marketing Increases the Attractiveness of Smoking: A Study of Youth*", Ontario Tobacco Research Unit, Working Papers Series Nº 28 (1997)
AUS-145, JE-24(53)	Rootman y Flay 1995	I. Rootman y B. Flay, "*A Study on Youth Smoking: Plain Packaging, Health Warnings, Event Marketing and Price Reductions*", Universidad de Toronto, Universidad de Illinois en Chicago, Universidad de York, Ontario Tobacco Research Unit, Addiction Research Foundation (1995)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-146	Boletín del ISR	D. Northrup y J. Pollard, "*Plain Cigarette Packaging and Other Tobacco Issues: A Survey of Grade Seven and Grade Nine Ontario Students*", *Institute for Social Research Newsletter*, Universidad de York (1995), volumen 11, Nº 2
AUS-147, JE-24(4)	Beede *et al.* 1990	P. Beede, R. Lawson y M. Shepherd, "*The Promotional Impact of Cigarette Packaging: A Study of Adolescent Responses to Cigarette Plain Packs*", Departmento de Mercadotecnia, Universidad de Otago, Nueva Zelandia (1990)
AUS-148, JE-24(34)	Hoek *et al.* 2011	J. Hoek, C. Wong, P. Gendall, J. Louviere y K. Cong, "*Effects of Dissuasive Packaging on Young Adult Smokers*", *Tobacco Control* (2011), volumen 20, páginas 183-188
AUS-149, JE-24(62)	Wakefield *et al.* 2008	M. Wakefield, D. Germain y S. Durkin, "*How Does Increasingly Plainer Cigarette Packaging Influence Adult Smokers' Perceptions About Brand Image? An Experimental study*", *Tobacco Control* (2008), volumen 17, páginas 416-421
AUS-150, JE-24(3)	Bansal-Travers *et al.* 2011	M. Bansal-Travers, D. Hammond, P. Smith y K. Cummings, "*The Impact of Cigarette Pack Design, Descriptors, and Warning Labels on Risk Perception in the U.S.*", *American Journal of Preventive Medicine* (2011), volumen 40, Nº 6, páginas 674-682
AUS-151, JE-24(16)	Donovan 1993	R. Donovan, "*Smokers' and Non-Smokers' Reactions to Standard Packaging of Cigarettes*", Universidad de Australia Occidental (1993)
AUS-152, JE-24(23)	Gallopel-Morvan *et al.* 2012	K. Gallopel-Morvan, C. Moodie, D. Hammond, F. Eker, E. Beguinot e Y. Martinet, "*Consumer Perceptions of Cigarette Pack Design in France: A Comparison of Regular, Limited Edition and Plain Packaging*", *Tobacco Control* (2012), volumen 21, páginas 502-506
AUS-153, JE-24(5)	Beede y Lawson 1991	P. Beede y R. Lawson, "*Brand Image Attraction: The Promotional Impact of Cigarette Packaging*", *New Zealand Family Physician* (1991), volumen 18, páginas 175-177
AUS-154, JE-24(25)	Germain *et al.* 2010	D. Germain, A. Wakefield y S. Durkin, "*Adolescents' Perceptions of Cigarette Brand Image: Does Plain Packaging Make a Difference?*", *Journal of Adolescent Health* (2010), volumen 46, páginas 385-392
AUS-155, JE-24(44)	Moodie *et al.* 2011	C. Moodie, A. Mackintosh, G. Hastings y A. Ford, "*Young Adult Smokers' Perceptions of Plain Packaging: A Pilot Naturalistic Study*", *Tobacco Control* (2011), volumen 20, Nº 5, páginas 367-373
AUS-156, JE-24(17)	Doxey y Hammond 2011	J. Doxey y D. Hammond, "*Deadly in Pink: The Impact of Cigarette Packaging Among Young Women*", *Tobacco Control* (2011), volumen 20, páginas 353-360
AUS-157, JE-24(30)	Hammond *et al.* 2011	D. Hammond, J. Doxey, S. Daniel y M. Bansal-Travers, "*Impact of Female-Oriented Cigarette Packaging in the United States*", *Nicotine & Tobacco Research* (2011), volumen 13, Nº 7, páginas 579-588
AUS-158, JE-24(31)	Hammond *et al.* 2013b	D. Hammond, S. Daniel y C. White, "*The Effect of Cigarette Branding and Plain Packaging on Female Youth in the United Kingdom*", *Journal of Adolescent Health* (2013), volumen 52, páginas 151-157
AUS-159	Al-hamdani 2011	M. Al-hamdani, "*A Survey on the Effects of Progressive Removal of Brand Imagery Elements from Cigarette Packs on the Perception of Adult University Students*", Trabajo final de la Maestría en Administración Sanitaria, presentado en la Universidad Dalhousie, Canadá (2011)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-160, JE-24(66)	White *et al.* 2012	C. White, D. Hammond, J. Thrasher y G. Fong, "*The Potential Impact of Plain Packaging of Cigarette Products Among Brazilian Young Women: An Experimental Study*", *BMC Public Health* (2012), volumen 12, doi:10.1186/1471-2458-12-737
AUS-161, JE-24(60)	Van Hal *et al.* 2012	G. Van Hal, S. Van Roosbroeck, B. Vriesacker, M. Arts, S. Hoeck y J. Fraeyman, "*Flemish Adolescents' Perceptions of Cigarette Plain Packaging: a Qualitative Study with Focus Group Discussions*" *BMJ Open* (2012), volumen 2, Nº 6, doi:10.1186/1471-2458-12-737
AUS-162, JE-24(24)	Gallopel-Morvan *et al.* 2013	K. Gallopel-Morvan, P. Gabriel, M. Le Gall-Ely, S. Rieunier y B. Urien, "*Plain Packaging and Public Health: The Case of Tobacco*", *Journal of Business Research* (2013), volumen 66, páginas 133-136
AUS-163, JE-24(35)	Hoek *et al.* 2012	J. Hoek, P. Gendall, H. Gifford, G. Pirikahu, J. McCool, G. Pene, R. Edwards y G. Thomson, "*Tobacco Branding, Plain Packaging, Pictorial Warnings, and Symbolic Consumption*", *Qualitative Health Research* (2012), volumen 22, Nº 5, páginas 630-639
AUS-165	Hammond y Parkinson 2009	D. Hammond y C. Parkinson, "*The Impact of Cigarette Package Design on Perceptions of Risk*", *Journal of Public Health* (2009), volumen 31, Nº 3, páginas 345-353
AUS-166, JE-24(29)	Hammond *et al.* 2009	D. Hammond, M. Dockrell, D. Arnott, A. Lee y A. McNeill, "*Cigarette pack Design and Perceptions of Risk Among UK Adults and Youth*", *European Journal of Public Health* (2009), volumen 19, Nº 6, páginas 631-637
AUS-167	Createc 2008	Createc, "*Effects of Modified Packaging Through Increasing the Size of Warnings on Cigarette Packages: Quantitative Study of Canadian Youth Smokers and Vulnerable Non-Smokers*", informe elaborado para el Ministerio de Salud del Canadá (abril de 2008)
AUS-168	Philip Morris, "*Virginia Slims Rounded Corners Name/Pack Test*"	Philip Morris, "*Virginia Slims Rounded Corners Name/Pack Test*" (enero de 1998), Nº Bates 2072462986-2072463039
AUS-169	Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*"	Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (octubre de 1998), Nº Bates 2073127722-2073127776
AUS-170	Philip Morris, "*Merit Pack Test*"	Philip Morris, "*Merit Pack Test: Final Report*" (marzo de 1999), Nº Bates 2071530536-2071530565
AUS-171	RJ Reynolds, "*Salem A&A Study*"	S. Perry y B. Sutherland, "*Salem A&A Study*", RJ Reynolds (3 de abril de 2002), Nº Bates 529786375-529786584
AUS-172	Wakefield 2011	M. Wakefield, "*Welcome to Cardboard Country: How Plain Packaging Could Change the Subjective Experience of Smoking*", *Tobacco Control* (2011), volumen 20, Nº 5, páginas 321-322
AUS-173	White 2011	C. White, "*The Impact of Cigarette Package Design on Young Women in Brazil: Brand Appeal and Perceptions of Health Risk*", Trabajo final de la Maestría en Estudios de la Salud y Gerontología, presentado en la Universidad de Waterloo, Canadá (2011)
AUS-174, JE-24(45)	Moodie *et al.* 2012	C. Moodie, A. Ford, A. Mackintosh y G. Hastings, "*Young People's Perceptions of Cigarette Packaging and Plain Packaging: an Online Survey*", *Nicotine & Tobacco Research* (2012), volumen 14, número 1, páginas 98-105
AUS-175, JE-24(10)	Borland y Savvas 2013b	R. Borland y S. Savvas, "*The Effects of Variant Descriptors on the Potential Effectiveness of Plain Packaging*", *Tobacco Control* (2013), volumen 23, páginas 58-63
AUS-176	Gallopel-Morvan *et al.* 2010	K. Gallopel-Morvan, C. Moodie y J. Rey, "*Demarketing Cigarettes Through Plain Cigarette Packaging and Perceptions of Different Plain Pack Colours*", *Actes du Congres International de l'AFM, Association Française du Marketing* (2010)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-177, JE-24(32)	Hammond *et al.* 2013a	D. Hammond, C. White, W. Anderson, D. Arnott y M. Dockrell, "*The Perceptions of UK Youth of Branded and Standardized, 'Plain' Cigarette Packaging*", *European Journal of Public Health* (2013), volumen 24, Nº 4, páginas 537-543
AUS-178	Gendall *et al.* 2012	P. Gendall, J. Hoek, R. Edwards y J. McCool, "*A Cross-Sectional Analysis of How Young Adults Perceive Tobacco Brands: Implications for FCTC Signatories*", *BMC Public Health* (2012), volumen 12, doi:10.1186/1471-2458-12-796
AUS-179, JE-24(19)	Environics 2008a	Environics Research Group, "*Consumer Research on the Size of Health Warning Messages - Quantitative Study of Canadian Youth*", elaborado para el Ministerio de Salud del Canadá (junio de 2008)
AUS-180	-	A. Richardson, O. Ganz y D. Vallone, "*The Cigar Ambassador: How Snoop Dogg uses Instagram to Promote Tobacco Use*", *Tobacco Control* (2014), volumen 23, páginas 79-80; y M. Fine, "*The Music Mogul*", *Cigar Aficionado* (mayo/junio de 2009)
AUS-181	Kostygina *et al.* 2014	G. Kostygina, S.A. Glantz y P.M. Ling, "*Tobacco Industry Use of Flavours to Recruit New Users of Little Cigars and Cigarillos*", *Tobacco Control* (2014), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-051830
AUS-182	Wenger *et al.* 2001	L. Wenger, R. Malone, A. George y L. Bero, "*Cigar Magazines: Using Tobacco to Sell a Lifestyle*", *Tobacco Control* (2001), volumen 10, Nº 3, páginas 279-284
AUS-183	Jamner 1999	M. Jamner, "*Cigar Smoking Among College Students: Prevalence and Correlates* ", *Preventive Medicine* (1999), volumen 29, Nº 3, páginas 187-194
AUS-184, JE-24(64)	Wakefield *et al.* 2013	M. Wakefield, L. Hayes, S. Durkin y R. Borland, "*Introduction Effects of the Australian Plain Packaging Policy on Adult Smokers: A Cross-Sectional Study*", *BMJ Open* (2013), doi:10.1136/bmjopen-2013-
AUS-185, JE-24(43)	Moodie y Mackintosh 2013	C. Moodie y A. Mackintosh, "*Young Adult Women Smokers' Response to Using Plain Cigarette Packaging: A Naturalistic Approach*", *BMJ Open* (2013), doi:10.1136/bmjopen-2012-002402
AUS-186, DOM-235	White *et al.* 2015a	V. White, T. Williams y M. Wakefield, "*Has the Introduction of Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings Changed Adolescents' Perceptions of Cigarette Packs and Brands?*" *Tobacco Control* (2015), volumen 24, páginas ii42-ii49
AUS-187	Moodie y Hastings 2011	C. Moodie y G. Hastings, "*Making the Pack the Hero, Tobacco Industry Response to Marketing Restrictions in the UK: Findings from a Long-Term Audit*", *International Journal of Mental Health and Addiction* (2011), volumen 9, páginas 24-38
AUS-189, JE-24(42)	Moodie y Ford 2011	C. Moodie y A. Ford, "*Young Adult Smokers' Perceptions of Cigarette Pack Innovation, Pack Colour and Plain Packaging*", *Australasian Marketing Journal* (2011), volumen 19, páginas 174-180
AUS-190	Hammond *et al.* 2006	D. Hammond, G. Fong, A. McNeil, R. Borland y K. Cummings, "*Effectiveness of Cigarette Warning Labels in Informing Smokers about the Risks of Smoking: Findings from the ITC Four Country Survey*", *Tobacco Control* (2006), volumen 15, páginas iii19-iii25
AUS-192	Kennedy *et al.* 2012	R. Kennedy, M. Spafford, I. Behm, D. Hammond, G. Fong y R. Borland, "*Positive Impact of Australian 'Blindness' Tobacco Warning Labels: Findings from the ITC Four Country Survey*", *Clinical and Experimental Optometry* (2012), volumen 95, páginas 590-598

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-196	O'Connor *et al.* 2007	R. O'Connor, A. McNeill, R. Borland, D. Hammond, B. King, C. Boudreau y M. Cummings, "*Smokers' Beliefs About the Relative Safety of Other Tobacco Products: Findings from the ITC Collaboration*", *Nicotine and Tobacco Research* (2007), volumen 9, Nº 10, páginas 1033-1042
AUS-197	*Camel Advertising Development White Paper*	RJ Reynolds, "*Camel Advertising Development 'White Paper'*" (1986), Nº Bates 506768775-506768784
AUS-198, JE-24(13)	CBRC 1992	Centre for Behavioural Research in Cancer (CBRC), "*Public Approval of Proposed Tobacco Pack Labelling and Other Modifications: Supplement to: Health Warnings and Contents Labelling of Tobacco Products*" (1992), Nº Bates 2023248457-2023248474
AUS-199, JE-24(47)	Munafò *et al.* 2011	M. Munafò, N. Roberts, L. Bauld y U. Leonards, "*Plain Packaging Increases Visual Attention to Health Warnings on Cigarette Packs in Non-smokers and Weekly Smokers but not Daily Smokers*", *Addiction* (2011), volumen 106, páginas 1505-1510
AUS-200, JE-24(40)	Maynard *et al.* 2013	O. Maynard, M. Munafò y U. Leonards, "*Visual Attention to Health Warnings on Plain Tobacco Packaging in Adolescent Smokers and Non-Smokers*", *Addiction* (2013), volumen 108, páginas 413-419
AUS-201	Mays *et al.* 2015	D. Mays, R. Niaura, W. Evans, D. Hammond, G. Luta y K. Tercyak, "*Cigarette Packaging and Health Warnings: The Impact of Plain Packaging and Message Framing on Young Smokers*", *Tobacco Control* (2015), volumen 24, páginas e87-e92
AUS-202, JE-24(6)	Beede y Lawson 1992	P. Beede y R. Lawson, "*The Effect of Plain Packages on the Perception of Cigarette Health Warnings*", *Public Health* (1992), volumen 106, páginas 315-322
AUS-203, E-24(1)	Al-hamdani 2013	M. Al-hamdani, "*The Effect of Cigarette Plain Packaging on Individuals' Health Warning Recall*", *Healthcare Policy* (2013), volumen 8, Nº 3, páginas 68-77
AUS-204	Partos *et al.* 2013	T. Partos, R. Borland, H. Yong, J. Thrasher y D. Hammond, "*Cigarette Packet Warning Labels Can Prevent Relapse: Findings from the International Tobacco Control 4-Country Policy Evaluation Cohort Study*", *Tobacco Control* (2013), volumen 22, páginas e43-e50
AUS-205	McCaul *et al.* 2006	K. McCaul, J. Hockemeyer, R. Johnson, K. Zetocha, K. Quinlan y R. Glasgow, "*Motivation to Quit Using Cigarettes: A Review*", *Addictive Behaviors* (2006), volumen 31, páginas 42-56
AUS-206, DOM-306	Wakefield *et al.* 2015	M. Wakefield, K. Coomber, M. Zacher, S. Durkin, M. Brennan y M. Scollo, "*Australian Adult Smokers' Responses to Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings One Year After Implementation: Results from a National Cross-Sectional Tracking Survey*", *Tobacco Control* (2015), volumen 24, páginas ii17-ii25
AUS-207, HND-132, DOM-199	Dunlop *et al.* 2014	S. Dunlop, T. Dobbins, J. Young, D. Perez y D. Currow, "*Impact of Australia's Introduction of Tobacco Plain Packs on Adult Smokers' Pack-Related Perceptions and Responses: Results from a Continuous Tracking Survey*", *BMJ Open* (2014), volumen 4, doi:10.1136/bmjopen-2014-005836
AUS-208	Borland y Hill 1997	R. Borland y D. Hill, "*Initial Impact of the New Australian Tobacco Health Warnings on Knowledge and Beliefs*", *Tobacco Control* (1997), volumen 6, páginas 317-325
AUS-209, JE-24(27)	Goldberg *et al.* 1999	M. Goldberg, J. Liefeld, J. Madill y H. Vredenburg, "*The Effect of Plain Packaging on Response to Health Warnings*", *American Journal of Public Health* (1999), volumen 89, Nº 9, páginas 1434-1435

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-210	Borland *et al.* 2009a	R. Borland, H. Yong, N. Wilson, G. Fong, D. Hammond, K. Cummings, W. Hosking y A. McNeill, "*How Reactions to Cigarette Packet Health Warnings Influence Quitting-Findings from the ITC Four-Country Survey*", *Addiction* (2009), volumen 104, páginas 669-675
AUS-211	Borland *et al.* 2009b	R. Borland, N. Wilson, G. Fong, D. Hammond, K. Cummings, H. Yong, W. Hosking, G. Hastings, and J. Thrasher, "*Impact of Graphic and Text Warnings on Cigarette Packs: Findings from Four Countries Over Five Years*", Tobacco Control (2009), volumen 18, Nº 5, páginas 358-364
AUS-212	Hammond *et al.* 2007	D. Hammond, G. Fong, R. Borland, K. Cummings, A. McNeil y P. Driezen, "*Text and Graphic Warnings on Cigarette Packages - Findings from the International Tobacco Control Four Country Study*", *American Journal of Preventive Medicine* (2007), volumen 32, Nº 3, páginas 202-209
AUS-213	Borland 1997	R. Borland, "*Tobacco Health Warnings and Smoking-Related Cognitions and Behaviours*", *Addiction* (1997), volumen 92, Nº 11, páginas 1427-1435
AUS-214, JE-24(67), DOM-285	Young *et al.* 2014	J. Young, I. Stacey, T. Dobbins, S. Dunlop, A. Dessaix y D. Currow, "*Association Between Tobacco Plain Packaging and Quitline Calls: A Population-Based, Interrupted Time-series Analysis*", *Medical Journal of Australia* (2014), volumen 200, Nº 1, páginas 29-32
AUS-215 (revisada), DOM-305	Durkin *et al.* 2015	S. Durkin, E. Brennan, M. Coomber, M. Zacher, M. Wakefield y M. Scollo, "*Short-Term Changes in Quitting-Related Cognitions and Behaviours After the Implementation of Plain Packaging with Larger Health Warnings: Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers*", *Tobacco Control* (2015), volumen 24, páginas ii26-ii32
AUS-216, CUB-60	Examen de Stirling actualizado en 2013	C. Moodie, K. Angus, M. Stead y L. Bauld, "*Plain Tobacco Packaging Research: An Update*", Centre for Tobacco Control Research, Institute for Social Marketing, Universidad de Stirling (2013)
AUS-217	Mutti *et al.* 2011	S. Mutti, D. Hammond, R. Borland, M. Cummings, R. O'Connor y G. Fong, "*Beyond Light and Mild: Cigarette Brand Descriptors and Perceptions of Risk in the International Tobacco Control (ITC) Four Country Survey*", *Addiction* (2011), volumen 106, páginas 1166-1175
AUS-218	Labrecque *et al.* 2013	L. Labrecque, V. Patrick y G. Milne, "*The Marketers' Prismatic Palette: A Review of Color Research and Future Directions*", *Psychology and Marketing* (2013), volumen 30, Nº 2, páginas 187-202
AUS-219, JE-24(50)	Parr *et al.* 2011b	V. Parr, B. Tan y P. Ell, "*Market Research to Determine Impact of Plain Packaging on Other Tobacco Products*", GfK bluemoon, informe elaborado para el Departamento de Salud y Envejecimiento del Gobierno de Australia (diciembre de 2011)
AUS-220	DeSantis y Morgan 2003	A. DeSantis y S. Morgan, "*Sometimes a Cigar [Magazine] is More Than Just a Cigar [Magazine]: Pro-Smoking Arguments in Cigar Aficionado, 1992-2000*", *Health Communication* (2003), volumen 15, Nº 4, páginas 457-480
AUS-221, JE-24(26)	Goldberg *et al.* 1995	M. Goldberg, G. Kindra, J. Lefebvre, J. Liefeld, J. Madill-Marshall, N. Martohardjono y H. Vredenburg, "*When Packages Can't Speak: Possible Impacts of Plain and Generic Packaging of Tobacco Products*", informe del grupo de expertos, elaborado para el Ministerio de Salud del Canadá (marzo de 1995)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-222 (revisada), JE-24(68), DOM-286	Zacher *et al.* 2014	M. Zacher, M. Bayly, E. Brennan, J. Dono, C. Miller, S. Durkin, M. Scollo y M. Wakefield, "*Personal Tobacco Pack Display Before and After the Introduction of Plain Packaging with Larger Pictorial Health Warnings in Australia: An Observational Study of Outdoor Café Strips*", *Addiction* (2014), volumen 109, páginas 653-662
AUS-223 (revisada), DOM-287	Zacher *et al.* 2015	M. Zacher, M. Bayly, E. Brennan, J. Dono, C. Miller, S. Durkin, M. Scollo y M. Wakefield, "*Personal Pack Display and Active Smoking at Outdoor Café Strips: Assessing the Impact of Plain Packaging 1 year Post Implementation*", *Tobacco Control* (2015), volumen 24, páginas ii94-ii97
AUS-224, DOM-304	Brennan *et al.* 2015	E. Brennan, S. Durkin, K. Coomber, M. Zacher, M. Scollo y M. Wakefield, "*Are Quitting-Related Cognitions and Behaviours Predicted by Proximal Responses to Plain Packaging with Larger Health Warnings? Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers*", *Tobacco Control* (2015), volumen 24, páginas ii33-ii41
AUS-226	Hyland *et al.* 2006	A. Hyland, R. Borland, Q. Li, H. Yong, A. McNeill, G. Fong, R.O 'Connor y K. Cummings, "*Individual-Level Predictors of Cessation Behaviours Among Participants in the International Tobacco Control (ITC) Four Country Survey*", *Tobacco Control* (2006), volumen 15, páginas iii83-iii94
AUS-228, JE-24(54)	Rousu y Thrasher 2013	M. Rousu y J. Thrasher, "*Demand Reduction from Plain and Pictorial Cigarette Warning Labels: Evidence from Experimental Auctions*", *Applied Economic Perspective and Policy* (2013), volumen 35, Nº 1, páginas 171-184
AUS-229, JE-24(58)	Thrasher *et al.* 2011	J. Thrasher, M. Rousu, D. Hammond, A. Navarro y J. Corrigan, "*Estimating the Impact of Pictorial Health Warnings and 'Plain' Cigarette Packaging: Evidence from Experimental Auctions Among Adult Smokers in the US*", *Health Policy* (2011), volumen 102, páginas 41-48
AUS-234	Carta de D. Latham, Lovell White Durrant	Carta de fecha 6 de julio de 1994, dirigida por D. Latham, de Lovell, White, Durrant, a J. Smithson, Gerente de Relaciones Públicas de Rothmans International Services Limited, en la que se adjunta una carta de fecha 5 de julio de 1994, dirigida por L. Baeumer, Director del Departamento de Derecho de Propiedad Industrial de la OMPI, a D. Latham, de Lovell, White, Durrant, Nº Bates 502592535-502592536
AUS-235	Carta de L. Baeumer, OMPI	Carta de fecha 31 de agosto de 1994, dirigida por L. Baeumer, Director del Departamento de Derecho de Propiedad Industrial de la OMPI, a R. Oman, de Mudge, Rose, Guthrie, Alexander and Ferdon, Nº Bates 515446013-515446015
AUS-236	Carvalho, tercera edición, fragmentos presentados por Australia	Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, tercera edición (Kluwer Law International, 2014), páginas 233, 249, 252, 318-319, 323-333 y 348
AUS-242	Observaciones de Correa acerca del Acuerdo sobre los ADPIC	C. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement* (Oxford University Press, 2007), páginas 175-176, 182, 186, 223 y 388
AUS-243	*Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, Parte 1	*Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, páginas 22, 56, 336, 341, 470, 489, 500, 542, 827, 888, 1252, 1271, 1364, 1412 y 1799
AUS-245	*Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 2, fragmentos presentados por Australia	*Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, páginas 1974, 2341, 2363, 2509, 2541, 3312, 3445 y 3485
AUS-246	-	J. Malbon, C. Lawson y M. Davison, *The WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary* (Edward Elgar, 2014), página 294

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-248	Ley CTD	*Ley de Comercio (Descripciones Comerciales) de 1905* (Cth)
AUS-251, DOM-155, CUB-1	Reglamento CI	*Reglamento de Comercio (Importaciones) de 1940* (Cth)
AUS-255	Comunicado de prensa de BATA	British American Tobacco Australia, "*BAT Forced to Close Australian Factory*", comunicado de prensa (31 de octubre de 2014)
AUS-258	Comunicación de Amcor sobre el Proyecto de Ley TPP	Amcor Limited, "*Submission to the Commonwealth Government on the* Tobacco Plain Packaging Bill 2011" (3 de junio de 2011)
AUS-259	-	*Ley sobre la Interpretación de las Leyes de 1901* (Cth)
AUS-260	-	P. O'Neill, "*Was There an EM?: Explanatory Memoranda and Explanatory Statements in the Commonwealth Parliament*" (12 de septiembre de 2006)
AUS-263, JE-24(11)	Brose *et al.* 2014	L. Brose, C. Chong, E. Aspinall, S. Michie y A. McEwen, "*Effects of Standardised Cigarette Packaging on Craving, Motivation to Stop and Perceptions of Cigarettes and Packs*", *Psychology & Health* (2014), volumen 29, Nº 7, páginas 849-860
AUS-265	Informe del Excmo Sr. Diputado Chris Bowen, Tesorero, y la Excma. Sra. Senadora Penny Wong, Ministra de Finanzas y Desregulación	Informe del Excmo. Sr. Diputado Chris Bowen, Tesorero, y la Excma. Sra. Senadora Penny Wong, Ministra de Finanzas y Desregulación, "*Economic Statement*" (Informe económico), Commonwealth de Australia (agosto de 2013)
AUS-266	Documento presupuestario Nº 2 - 2013-2014	Commonwealth de Australia, *Budget Measures: Budget Paper No. 2, 2013-2014* (2013), página 25
AUS-267	-	*Ley de Salud Pública (Tabaco) de 2008* (Nueva Gales del Sur)
AUS-280	Informe basado en datos: control del tabaco y campañas en los medios de difusión	Organismo Nacional de Medicina Preventiva de Australia, "*Evidence Brief: Tobacco Control and Mass Media Campaigns*" (2013)
AUS-283	Sitio web del Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur	Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur, "*iCanQuit*", disponible en: <http://www.icanquit.com.au/>, consulta realizada el 4 de marzo de 2015
AUS-284	Aplicación *QuitTxt* de Victoria	Aplicación *QuitTxt* de Victoria, disponible en: <http://www.quit.org.au/preparing-to-quit/choosing-best-way-to-quit/quittxt>, consulta realizada el 4 de marzo de 2015
AUS-285	Programa del Departamento de Salud de Queensland	Departamento de Salud de Queensland, "*SmokeCheck - Indigenous Smoking Program*", disponible en: <http://www.health.qld.gov.au/atod/prevention/smokecheck.asp>, consulta realizada el 28 de enero de 2015
AUS-286	Sitio web de una campaña antitabaco	Australian Indigenous HealthInfoNet, "*Butt out boondah (smoke)*", disponible en: <http://www.healthinfonet.ecu.edu.au/key-resources/programs-projects?pid=2173>, consulta realizada el 8 de marzo de 2015
AUS-287	Quit Victoria	Quit Victoria, "*Triggers*", disponible en: <http://www.quit.org.au/staying-quit/triggers>, consulta realizada el 5 de marzo de 2015
AUS-288	Vídeo de YouTube de Nueva Gales del Sur	Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur, "*Michael O'Loughlin's WeCanQuit Smoking Pledge*", vídeo de YouTube, disponible en: <http://www.cancerinstitute.org.au/prevention-and-early-detection/public-education-campaigns/tobacco-control/we-can-quit>, consulta realizada el 9 de marzo de 2015

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-289	Sitio web del Departamento de Salud de Queensland	Departamento de Salud de Queensland, "*Your Future's Not Pretty Campaign*", disponible en: <http://www.health.qld.gov.au/atod/prevention/quit_campaign.asp>, consulta realizada el 6 de marzo de 2015
AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21	EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco	Departamento del Tesoro, "*Post-Implementation Review: 25 Per Cent Tobacco Excise Increase*", Gobierno de Australia (febrero de 2013)
AUS-293	Declaraciones de la rama de producción en relación con los impuestos especiales y el cambio a productos de menor precio	Declaraciones de la rama de producción en relación con los impuestos especiales y el cambio a productos de menor precio: Observaciones formuladas por Matteo Pellegrini, Presidente, Región de Asia, Philip Morris International Inc., Día del Inversor, Lausana, 26 de junio de 2014; Phillip Morris International, "*Annual Report 2011*", página 26; Imperial Tobacco, "*Annual Report and Account 2008: Driving Growth, Delivering Value*", página 15; y Japan Tobacco, Inc., "*Annual Report 2011*", página 8
AUS-294	Decisión del GATT de 1958	Secretaría del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, *Marks of Origin: Report by the Working Party as adopted by the CONTRACTING PARTIES at their Meeting of 21 November 1958* (Marcas de origen: Informe del Grupo de trabajo adoptado por las PARTES CONTRATANTES en su reunión de 21 de noviembre de 1958), documento L/912/Rev.1 del GATT (22 de noviembre de 1958)
AUS-295	Nota de la Secretaría del GATT de 1956	Secretaría del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, M*arks of Origin: Note by the GATT Secretariat Concerning the ICC Proposal* (Marcas de origen: Nota de la Secretaría sobre la propuesta de la CCI), documento L/556 del GATT (19 de octubre de 1956)
AUS-296	Informe de la Sociedad de las Naciones de 1931	Comité Económico de la Sociedad de las Naciones, *Report to the Council on the Work of the Thirty-Fifth Session, held at Geneva from 18 to 22 June 1931* (Informe al Consejo sobre la labor realizada en el trigésimo quinto período de sesiones, celebrado en Ginebra del 18 al 22 de junio de 1931), documento de la Sociedad de las Naciones C.427.M.177.1931.II.B (24 de junio de 1931)
AUS-297, DOM-43	-	*Reglamento de Prácticas Comerciales (Normas de Información al Consumidor sobre los Productos) (Tabaco) de 2004* (Cth)
AUS-322	-	*Reglamento de Prácticas Comerciales (Normas de Información al Consumidor sobre los Productos) (Tabaco) de 1994* (Cth)
AUS-343	*Tobacco in Australia* 2012, fragmentos presentados por Australia	M. Scollo, "*The Pricing and Taxation of Tobacco Products in Australia*", en M. Scollo y M. Winstanley (editores), *Tobacco in Australia: Facts and Issues*, cuarta edición, Consejo contra el Cáncer de Victoria (Melbourne, 2012), capítulo 13, páginas i-130
AUS-350	-	*Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Occidental)
AUS-351	-	*Ley (Modificatoria) relativa al Tabaco de 1990* (ACT)
AUS-353	-	*Ley de Productos de Tabaco (Prevención del Suministro a los Niños) de 1998* (Queensland), artículos 15, 22 y 40
AUS-358	-	*Ley Modificatoria relativa a la Salud Pública (Consumo de Tabaco por Menores) de 2002* (Nueva Gales del Sur)
AUS-359	-	*Ley Modificatoria de la Reglamentación de los Productos de Tabaco (Diversos Delitos) de 2007* (Australia Meridional)
AUS-360	-	*Ley de Salud Pública de 1997* (Tasmania)
AUS-374	-	*Ley de Control del Tabaco de 2002* (Territorio del Norte)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-417	-	*Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (Nº 1) de 2000* (Cth)
AUS-418	-	*Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (Tabaco) de 2010* (Cth)
AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5	Comunicado de prensa acerca del impuesto especial sobre el tabaco	Departamento del Tesoro del Gobierno de Australia, "*Government to Increase Tobacco Excise*", comunicado de prensa Nº 15 (1º de agosto de 2013)
AUS-435	Documento de antecedentes, Estrategia nacional sobre el tabaco 1999 a 2002-2003	Consejo Ministerial de la Estrategia en materia de Drogas, *Background Paper: A Companion Document to the National Tobacco Strategy 1999 to 2002-03*, Departamento de Salud y Envejecimiento, Commonwealth de Australia (Canberra, 1999), página 7
AUS-436	Campaña Nacional sobre el Tabaco de Australia: informe de evaluación	Departamento de Salud y Envejecimiento de Australia, *Australia's National Tobacco Campaign: Evaluation Report Volume Three*, Gobierno de Australia (Canberra, 2004)
AUS-441	Sitio web Quitnow	Gobierno de Australia, Quitnow, "*More Targeted Approach*" y "*Culturally and Linguistically Diverse Advertisements*" (15 de julio de 2013), disponible en: <http://www.quitnow.gov.au/internet/quitnow/publishing.nsf/Content/mta-2012-13>, consulta realizada el 11 de octubre de 2013
AUS-489, CUB-89	*ConAgra v. McCain*	Tribunal Federal de Australia, *ConAgra Inc v. McCain Foods (Australia) Pty Ltd* (1992) 23 IPR 19
AUS-500, CUB-50	*JTI v. Commonwealth*	Tribunal Supremo de Australia, *JT International SA v. Commonwealth of Australia; British American Tobacco Australasia Limited v. The Commonwealth* (2012) 291 ALR 669
AUS-501	Ulucanlar *et al.* 2014	S. Ulucanlar, G. Fooks, J. Hatchard y A. Gilmore, "*Representation and Misrepresentation of Scientific Evidence in Contemporary Tobacco Regulation: A Review of Tobacco Industry Submissions to the UK Government Consultation on Standardised Packaging*", *PLoS Medicine* (2014), volumen 11, doi:10.1371/journal.pmed.1001629
AUS-504	Réplica del CINSW al análisis de los datos de la CITTS realizado por BATA	Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur (CINSW), "*Summary: Cancer Institute NSW's Rebuttal of British American Tobacco's Analysis of Cancer Institute NSW Tobacco Tracking Survey (CITTS) Data*" (30 de septiembre de 2014)
AUS-507, JE-24(57)	Scollo *et al.* 2014	M. Scollo, M. Zacher, S. Durkin y M. Wakefield, "*Early Evidence About the Predicted Unintended Consequences of Standardised Packaging of Tobacco Products in Australia: A Cross-Sectional Study of the Place of Purchase, Regular Brands and Use of Illicit Tobacco*", *BMJ Open* (2014), volumen 4, doi:10.1136/bmjopen-2014-005873
AUS-511	Informe suplementario de Chipty	"*Supplementary Report of Dr. Chipty*" (31 de mayo de 2015)
AUS-512	-	Gráficos suplementarios: volumen, valor y cuota de mercado de las importaciones
AUS-513	-	Oficina de Estadística de Australia, "*Balance of Payments and International Investment Position, Australia, Concepts, Sources and Methods, 1998*", Nº de cat. 5331.0 (1998)
AUS-530	Documento de trabajo preparado por funcionarios de la OMC, Las normas internacionales y el Acuerdo OTC	E. Wijkström y D. McDaniels, "*International Standards and the WTO TBT Agreement: Improving Governance for Regulatory Alignment*", Staff Working Paper ERSD-2013-06, Organización Mundial del Comercio, División de Estudios Económicos y Estadística (2013)
AUS-531	Informe suplementario de Fong	G. Fong, "*Supplemental report in Response to Professor Ajzen*" (8 de septiembre de 2015)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-532	Informe de réplica de Slovic	P. Slovic, "*Rebuttal Report*" (11 de septiembre de 2015)
AUS-534	Informe de réplica de Brandon	T. Brandon, "*Rebuttal Report*" (4 de septiembre de 2015)
AUS-535 (IEC)	Informe de réplica de Chipty	"*Rebuttal report of Dr. Tasneem Chipty*" (14 de septiembre de 2015) (IEC)
AUS-536, DOM-139	Protección contra la competencia desleal (OMPI)	Oficina Internacional de la OMPI, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation* (Protección contra la competencia desleal: Análisis de la situación mundial actual), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 1994)
AUS-539	*Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, Parte 2	*Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, páginas 15, 16, 488, 719 y 1174
AUS-544	Philip Morris, Presentación sobre mercadotecnia de 1990	Philip Morris, "*1991 Original Budget: Marketing Presentation October 3, 1990*", Nº Bates 2504107139A-2504107171
AUS-547	Informe del USIOM de 1994, capítulo 8	B. Lynch y R. Bonnie (editores), *Growing up Tobacco Free: Preventing Nicotine Addiction in Children and Youth*, Instituto de Medicina de los Estados Unidos (USIOM) (National Academy Press, 1994), capítulo 8
AUS-549	Documento de consulta, Ministerio de Salud de Nueva Zelandia	Ministerio de Salud, *Proposal to Introduce Plain Packaging of Tobacco Products in New Zealand*, documento de consulta, Gobierno de Nueva Zelandia (Wellington, 2012); y Ministerio de Salud, *"Regulatory Impact Statement: Plain Packaging of Tobacco Products*", Gobierno de Nueva Zelandia (28 de marzo de 2012)
AUS-550	Cámaras del Oireachtas de Irlanda, Informe	Irlanda, Cámaras del Oireachtas, Comisión Mixta de Salud e Infancia, "*Report on Hearings in Relation to the General Scheme of the Public Health (Standardised Packaging of Tobacco) Bill*", volumen 1 (abril de 2014)
AUS-551	Declaración de J. Ellison, Subsecretaria de Estado de Sanidad del Reino Unido, con ocasión de la publicación del informe de Chantler	Declaración de fecha 3 de abril de 2014 pronunciada por J. Ellison, Subsecretaria de Estado de Sanidad del Reino Unido, ante la Cámara de los Comunes con ocasión de la publicación del informe de Chantler sobre el empaquetado normalizado de los productos de tabaco
AUS-553	Documento de consulta de Noruega acerca del empaquetado normalizado del trabaco	Ministerio de Salud y Asistencia Sanitaria de Noruega, "*Consultation on the Proposal for Standardised Tobacco Packaging and the Implementation of Article 5.3 of the Framework Convention on Tobacco Control*" (17 de marzo de 2015)
AUS–554	Packaging Business Review, "*Chile Proposes Plain Packaging for Cigarettes*"	Packaging Business Review, "*Chile Proposes Plain Packaging for Cigarettes*" (19 de agosto de 2015), disponible en: <http://containers.packaging-business-review.com/news/chile-proposes-plain-packaging-for-cigarettes-190815-4650223>, consulta realizada el 13 de septiembre de 2015
AUS-555	Examen de Hammond	D. Hammond, "*Standardized Packaging of Tobacco Products: Evidence Review*", elaborado para el Departamento de Salud de Irlanda (marzo de 2014)
AUS-556	BAT, Resultados semestrales de 2015	British American Tobacco, "*British American Tobacco Half-Year Results 2015*", transcripción (29 de julio de 2015), disponible en: <http://www.bat.com/group/sites/uk__9d9kcy.nsf/vwPagesWebLive/DO72TJQU/$FILE/medMD9Z3HKK.pdf?openelement>, consulta realizada el 9 de septiembre de 2015

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-557, JE-24(63)	Wakefield *et al.* 2012	M. Wakefield, D. Germain, S. Durkin, D. Hammond, M. Goldberg y R. Borland, "*Do Larger Pictorial Health Warnings Diminish the Need for Plain Packaging of Cigarettes?*", *Addiction* (2012), volumen 107, Nº 6, páginas 1159-1167
AUS-559	Comunicación de Philip Morris al Consejo Legislativo del Parlamento de Tasmania	Philip Morris Ltd, "*Submission to the Legislative Council Government Administration Committee 'A' Inquiring into the Public Health Amendment (Tobacco Free Generation) Bill 2014*" (junio de 2015)
AUS-570, HND-124, DOM-307	Informe técnico sobre el estudio NTPPTS	K. Coomber, M. Zacher, S. Durkin, E. Brennan, M. Scollo, M. Wakefield, P. Myers, N. Vickers y S. Misson, "*Australian National Tobacco Plain Packaging Tracking Survey: Technical Report*", Consejo contra el Cáncer de Victoria, elaborado para el Departamento de Salud del Gobierno de Australia (marzo de 2015)
AUS-582	Informe de réplica de Chaloupka	F. Chaloupka, "*Rebuttal Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure*" (26 de octubre de 2015)
AUS-583	Informe de réplica de Dubé	J.-P.Dubé, "*A Rebuttal to Comments Made by Dr. Professor Steenkamp*" (26 de octubre de 2015)
AUS-584	Informe de contrarréplica de Katz	M. Katz, "*The Effects of Tobacco Plain Packaging: Surrebuttal to Professor Damien Neven*" (26 de octubre de 2015)
AUS-585	Segundo informe suplementario de Fong	G. Fong, "*Supplementary Report in Response to Professors Inman and Kleijnen*" (27 de octubre de 2015)
AUS-586	Informe de contrarréplica de Chipty	"*Surrebuttal Report of Dr. Tasneem Chipty*" (26 de octubre de 2015)
AUS-588	Informe de réplica de Tavassoli	N. Tavassoli, "*Rebuttal to Arguments Raised in Exhibit DOM/HND-14*" (26 de octubre de 2015)
AUS-590	Segundo informe de réplica de Chaloupka	F. Chaloupka, "*Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure*" (7 de diciembre de 2015)
AUS-591	Segundo informe de réplica de Chipty	"*Second rebuttal report of Dr. Tasneem Chipty*" (8 de diciembre de 2015)
AUS-593	Comunicación de BATA sobre el documento para el debate tributario del Gobierno de Australia	British American Tobacco Australia, *"Submission to the Australian Government's Re:Think - Tax Discussion Paper Consultation"* (5 de junio de 2015)
AUS-595, DOM-319	Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015	Organización Mundial de la Salud, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2015: Raising Taxes on Tobacco* (Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015: aumentar los impuestos al tabaco) (Ginebra, 2015)
AUS-595.A	Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015, Apéndice IX	Organización Mundial de la Salud, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2015: Raising Taxes on Tobacco* (Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015: aumentar los impuestos al tabaco) (Ginebra, 2015), Apéndice IX
AUS-596	ISO 6385	Organización Internacional de Normalización, *International Standard 6385: Ergonomic Principles in the Design of Work Systems* (Norma internacional 6385: Principios ergonómicos para el diseño de sistemas de trabajo), segunda edición, ISO 6385:2004(E) (1º de febrero de 2004)
AUS-597	ISO 26000	Organización Internacional de Normalización, *International Standard 26000: Guidance on Social Responsibility* (Norma internacional 26000: Guía de responsabilidad social), primera edición, ISO 26000:2010(E) (1º de noviembre de 2010)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-598	ISO 14001	Organización Internacional de Normalización, *International Standard 14001: Environmental Management Systems - Requirements with Guidance for Use* (Norma internacional 14001: Sistemas de gestión ambiental. Requisitos con orientación para su uso), tercera edición, ISO 14001:2015(E) (15 de septiembre de 2015)
AUS-601	Kumar y Steenkamp, *Private Label Strategy*	N. Kumar y J.-B. Steenkamp, *Private Label Strategy: How to Meet the Store Brand Challenge* (Harvard Business Press, 2013), capítulo 6
AUS-602, DOM-368	Manual del CIIC de 2008	Organización Mundial de la Salud, Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (CIIC), *Methods for Evaluating Tobacco Control Policies*, *Handbooks of Cancer Prevention*, *Tobacco Control*, volumen 12 (Lyon, 2008)
AUS-604	Tercer informe de réplica de Chaloupka	F. Chaloupka, "*Third Rebuttal Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure*" (29 de enero de 2016)
AUS-605	Tercer informe de réplica de Chipty	T. Chipty, "*Third Rebuttal Report of Dr. Tasneem Chipty*" (1º de febrero de 2016)
AUS-607	Plan de medidas de la OMS para hacer retroceder la epidemia de tabaquismo	Organización Mundial de la Salud, *MPOWER: un plan de medidas para hacer retroceder la epidemia de tabaquismo* (2008)
AUS-609	Plan estratégico de Tasmania	Gobierno de Tasmania, Departamento de Sanidad y Servicios Sociales, "*Healthy Tasmania - Five Year Strategic Plan - Community Consultation Draft*" (diciembre de 2015)
AUS–612, CUB-94	*Ley de Salud Pública de Irlanda de 2015*	Irlanda, *Ley de Salud Pública (Empaquetado Normalizado del Tabaco) de 2015*
AUS-613	-	Reino Unido, *Reglamento relativo al Empaquetado Normalizado de los Productos de Tabaco, 2015*
AUS-614	-	Francia, *Ley Nº 2016-41 de Modernización del Sistema Sanitario,* de 26 de enero de 2016, artículo 27
AUS–615	Proyecto de Decreto, Neutralidad y uniformidad de los envases de los cigarrillos y del tabaco para liar	Francia, Decreto relativo a las condiciones de neutralidad y uniformidad de los envases y del papel de los cigarrillos y del tabaco para liar (Proyecto), Notificación Nº 2015/241/F de la Comisión Europea (7 de mayo de 2015)
AUS-616	Hungría, Proyecto de modificación del Decreto del Gobierno 39/2013	Hungría, Decreto del Gobierno por el que se modifica el Decreto del Gobierno 39/2013, de 14 de febrero de 2013, relativo a la fabricación, comercialización y control de los productos del tabaco, advertencias combinadas, y normas detalladas para la aplicación de la multa para la protección de la salud (Proyecto), Notificación Nº 2015/529/HU de la Comisión Europea (21 de septiembre de 2015)
AUS-617		Nueva Zelandia, Proyecto de Ley Modificatoria relativa a los Espacios Sin Tabaco (Empaquetado Genérico del Tabaco) (2014)
AUS-618	Noruega, Proyectos de modificación	Noruega, Proyecto de modificación de la Ley de Control del Tabaco y Proyecto de modificación del Reglamento relativo al etiquetado, Notificación Nº 2015/9009/N de la Comisión Europea (5 de mayo de 2015)
AUS-619	Park y Srinivasan 1994	C. Park y V. Srinivasan, "*A Survey-Based Method for Measuring and Understanding Brand Equity and Its Extendability*", *Journal of Marketing Research* (1994), volumen 31, páginas 271-288
AUS-621	Estudio realizado por el CCV correspondiente a 2014	V. White y T. Williams, "*Australian Secondary School Students' Use of Tobacco in 2014: Report*", Consejo contra el Cáncer de Victoria, elaborado para el Equipo de Trabajo sobre el Control del Tabaco, Departamento de Salud del Gobierno de Australia (octubre de 2015)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
AUS-622	Resultados de la NHS	Oficina de Estadística de Australia, *National Health Survey: First Results: 2014-15*, CAT. 4364.0.55.001 (2015)
AUS-623	Dessaix *et al.* 2016	A. Dessaix, A. Maag, J. McKenzie y D.Currow, "*Factors Influencing Reductions in Smoking Among Australian Adolescents*", *Public Health Research and Practice* (2016), volumen 26, doi:http://dx.doi.org/10.17061/phrp2611605
AUS-624	EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco	Departamento de Salud, "*Post-Implementation Review: Tobacco Plain Packaging 2016*", Gobierno de Australia (2016)
JE-6	Ley TM	*Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* (Cth)
JE-9	-	Borrador para comentarios, *Proyecto de Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011* (Cth) (7 de abril de 2011)
JE-11	Documento de consulta sobre los productos de tabaco distintos de los cigarrillos	Departamento de Salud y Envejecimiento de Australia, "*Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging: Proposed Approach to Non-Cigarette Tobacco Products*", Gobierno de Australia (30 de septiembre de 2011)
JE-16	Examen realizado por el CCV en 2011 (actualizado)	Consejo contra el Cáncer de Victoria, "*Plain Packaging of Tobacco Products: A Review of the Evidence*" (mayo de 2011, actualizado en agosto de 2011)
JE-20	Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10)	"Directrices para la aplicación del artículo 11 (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco)", documento FCTC/COP3(10), extraído de Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, "Decisiones", Tercera reunión, celebrada en Durban (Sudáfrica), 17 al 22 de noviembre de 2008, documento FCTC/COP/3/DIV/3 (16 de febrero de 2009)
JE-21	Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12)	"Directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco)", documento FCTC/COP3(12), extraído de Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, "Decisiones", Tercera reunión, celebrada en Durban (Sudáfrica), 17 al 22 de noviembre de 2008, documento FCTC/COP/3/DIV/3 (16 de febrero de 2009)
JE-22	Exposición explicativa sobre el Reglamento TPPA	Exposición explicativa, *Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1)* (Cth)
JE-24	-	Publicaciones sobre el empaquetado genérico
JE-24(2)	Arora *et al.* 2013	M. Arora, A. Tewari, N. Grills, G. Nazar, J. Sonrexa, V. Gupta, R. Moodie y K. Reddy, "*Exploring Perception of Indians About Plain Packaging of Tobacco Products: A Mixed Method Research", Frontiers in Public Health* (2013), volumen 1, doi: 10.3389/fpubh.2013.00035
JE-24(18)	Environics 2008b	Environics Research Group, "*Consumer Research on the Size of Health Warning Messages - Quantitative Study of Canadian Adult Smokers*", elaborado para el Ministerio de Salud del Canadá (mayo de 2008)
JE-24(21)	Ford *et al.* 2013b	A. Ford, C. Moodie, A. MacKintosh y G. Hastings, "*How Adolescents Perceive Cigarette Packaging and Possible Benefits of Plain Packaging*", *Education and Health* (2013), volumen 31, páginas 83-88
JE-24(33)	Hoek *et al.* 2009	J. Hoek, P. Gendall y J. Louviere, "*Tobacco Branding and Plain Packaging: The New Frontier in Tobacco Control?*", elaborado para el Congreso de Mercadotecnica y Políticas Públicas de la American Marketing Association, 20º aniversario, celebrado en Washington D.C., 28 al 30 de mayo de 2009

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
JE-24(38)	Lund y Scheffels 2013	I. Lund y J. Scheffels, "*Young Smokers and Non-Smokers Perceptions of Typical Users of Plain vs. Branded Cigarette Packs: A Between Subjects Experimental Survey*", *BMC Public Health* (2013), volumen 13, doi:10.1186/1471-2458-13-1005
JE-24(39)	Madill-Marshall *et al.* 1996	J. Madill-Marshall, M. Goldberg, G. Gorn, J. Liefeld y H. Vredenburg, "*Two Experiments Assessing the Visual and Semantic Images Associated with Current and Plain Cigarette Packaging*", *Advances in Consumer Research* (1996), volumen 23, página 267
JE-24(41)	McCool *et al.* 2012	J. McCool, L. Webb, L. Cameron y J. Hoek, "*Graphic Warning Labels on Plain Cigarette Packs: Will They Make a Difference to Adolescents?*", *Social Science & Medicine* (2012), volumen 74, páginas 1269-1273
JE-24(46)	Moodie *et al.* 2012	C. Moodie, G. Hastings y L. Joossens, "*Young Adult Smokers' Perceptions of Illicit Tobacco and the Possible Impact of Plain Packaging on Purchase Behaviour*", *European Journal of Public Health* (2012), volumen 22, páginas 251-253
JE-24(48)	Northrup y Pollard 1995	D. Northrup y J. Pollard, *Plain Packaging of Cigarettes, Event Marketing to Advertise Smoking, and other Tobacco Issues: A Survey of Grade Seven and Grade Nine Ontario Students*, Institute for Social Research, Universidad de York (Toronto, septiembre de 1995)
JE-24(51)	Pechey *et al.* 2013	R. Pechey, D. Spiegelhalter y T. Marteau, "*Impact of Plain Packaging of Tobacco Products on Smoking in Adults and Children: An Elicitation of International Experts' Estimates*", *BMC Public Health* (2013), volumen 13, Nº 18, doi:10.1186/1471-2458-13-18
JE-24(55)	Scheffels y Lund 2013	J. Scheffels y I. Lund, "*The Impact of Cigarette Branding and Plain Packaging on Perceptions of Product Appeal and Risk Among Young Adults in Norway: A Between-Subjects Experimental Survey*", *BMJ Open* (2013), doi:10.1136/bmjopen-2013-003732
JE-24(56)	Scheffels y Saebo 2013	J. Scheffels y G. Saebo, "*Perceptions of Plain and Branded Cigarette Packaging Among Norwegian Youth and Adults: A Focus Group Study*", *Nicotine & Tobacco Research* (2013), volumen 15, Nº 2, páginas 450-456
JE-24(59)	Uppal *et al.* 2013	N. Uppal, L. Shahab, J. Britton y E. Ratschen, "*The Forgotten Smoker: A Qualitative Study of Attitudes Towards Smoking, Quitting, and Tobacco Control Policies Among Continuing Smokers*", *BMC Public Health* (2013), volumen 13, doi:10.1186/1471-2458-13-432
JE-24(65)	Wakefield *et al.* 2014	M. Wakefield, M. Bayly y M. Scollo, "*Product Retrieval Time in Small Tobacco Retail Outlets Before and After the Australian Plain Packaging Policy: Real-World Study*", *Tobacco Control* (2014), volumen 23, páginas 70-76
DOM/HND/IDN-3	Informe de Ajzen	I. Ajzen, "*Examination of Australia's Reliance on Behavioral Theories to Support its Tobacco Plain Packaging Legislation*" (1º de junio de 2015)
DOM/HND/IDN-4	Informe suplementario de Ajzen	I. Ajzen, "*Supplemental Report: Pre-Implementation Empirical Testing of Behavioral Theories Relied on by Australia to Justify Plain Packaging*" (7 de julio de 2015)
DOM/HND/IDN-5	Informe de réplica de Ajzen	I. Ajzen, "*The Role of Theory and Empirical Evidence in Evaluating the Effectiveness of Plain Packaging: Response to Australia and its Experts*" (27 de octubre de 2015)
DOM/HND/IDN-6	Respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial	I. Ajzen, "*Response to Questions 146, 202, and 203 by the Panel*" (8 de diciembre de 2015)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
DOM/HND-1	Informe de Shavin	D. Shavin, "*Prohibitions Against Misleading and Deceptive Conduct Pursuant to the Australian Consumer Law and the Australian Competition and Consumer Commission's History of Effective Enforcement Thereof*" (4 de octubre de 2014)
DOM/HND-2	Informe CMZ	P. Chaudhry, A. Murray y A. Zimmerman, "*The Impact of Plain Packaging on the Illicit Trade in Tobacco Products in Australia*" (22 de septiembre de 2014)
DOM/HND-3	Informe de examen por homólogos	J. Inman, "*Plain Packaging Literature Peer Review Project*" (3 de octubre de 2014)
DOM/HND-4	Examen sistemático de Kleijnen	J. Kleijnen, A. Bryman y M. Bosnjak, "*Quality of the Empirical Evidence Testing the Impact of Plain Packaging on Tobacco Consumption: A Systematic Review*" (7 de octubre de 2014)
DOM/HND-5	Informe de Steenkamp	J.-B. Steenkamp, "*The Effect of Plain Packaging on Smoking Behavior - An Analysis Based on Widely Accepted Consumer Behavior and Marketing Principles*" (29 de septiembre de 2014)
DOM/HND-6	Informe de Steinberg	L. Steinberg, "*Adolescent Decision-Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging*" (15 de septiembre 2014)
DOM/HND-7	Informe de Fischer	"*Expert Report of G. Fischer*" (6 de octubre de 2014)
DOM/HND-8	Informe de Keller	P. Keller, "Effective and Efficient Social Marketing Communication as an Alternative to Plain Packaging" (29 de septiembre de 2014)
DOM/HND-9	Informe de Shavin relativo al escrutinio previo	D. Shavin, "*Pre-Vetting of Packaging and Tobacco Products as an Alternative to Plain Packaging*" (4 de octubre de 2014)
DOM/HND-10	Informe de réplica de Steinberg	L. Steinberg, "*Rebuttal Report: Adolescent Decision-Making and the Prevention Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Response to Expert Evidence Submitted on Behalf of Australia*" (3 de julio de 2015)
DOM/HND-11	Informe de réplica de Fischer	G. Fischer, "*Response to report submitted by Prof. Brandon*" (7 de julio de 2015)
DOM/HND-12	Informe de réplica relativo al proyecto de examen por homólogos	J. Inman, "*Plain Packaging Literature Peer Review Project: Rebuttal Report*" (14 de septiembre de 2015)
DOM/HND-13	Informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen	J. Kleijnen, A. Bryman y M. Bosnjak, "*Systematic Review Rebuttal Report*" (14 de septiembre de 2015)
DOM/HND-14	Informe de réplica de Steenkamp	J.-B. Steenkamp, "*Tobacco Packaging in the Australian Context - Lessons from Marketing Principles and Empirical Data: A Rebuttal to Arguments Raised by Australia and its Experts*" (11 de septiembre de 2015)
DOM/HND-15	Segundo informe de réplica de Steinberg	L. Steinberg, "*Adolescent Decision-Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Second Response to Expert Evidence Submitted on Behalf of Australia*" (23 de octubre de 2015)
DOM/HND-17	Segundo informe de réplica relativo al proyecto de examen por homólogos	J. Inman, "*Plain Packaging Literature Peer Review Project: Second Rebuttal Report*" (8 de diciembre de 2015)
DOM/HND-18	Segundo informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen	J. Kleijnen, A. Bryman y M. Bosnjak, "*Systematic Review Second Rebuttal Report*" (7 de diciembre de 2015)
DOM/HND-19	Segundo informe de réplica de Steenkamp	J.-B. Steenkamp, "*Rebuttal to October 2015 Supplementary Reports of Professors J.P. Dubé and N. Tavassoli*" (9 de diciembre de 2015)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
DOM/HND-20	Respuesta de Steinberg a la pregunta 159 del Grupo Especial	L. Steinberg, "*Adolescent Decision-Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Response to the WTO Panel*" (7 de diciembre de 2015)
DOM/IDN-1	Informe de List	J. List, "*A Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation*" (1º de junio de 2015)
DOM/IDN-2	Informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos	I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List y A. Shaikh, "*Reconsideration of Empirical Evidence on the Effectiveness of Australian Plain Packaging Legislation: Evidence from the National Plain Packaging Tracking Survey (NPPTS) and Other Datasets*" (15 de septiembre de 2015)
DOM/IDN-3	Informe de réplica de List	J. List, "*A Further Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation*" (16 de septiembre de 2015)
DOM/IDN-4	Segundo informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos	I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List y A. Shaikh, "*Reconsideration of Empirical Evidence on the Effectiveness of Australia's Plain Packaging Legislation: Evidence from the International Tobacco Control (ITC) and Personal Pack Display Datasets*" (27 de octubre de 2015)
DOM/IDN-5	Segundo informe suplementario de List	J. List, "*A Synthesis of the Evidence on Australia's Plain Packaging Policy*" (28 de octubre de 2015)
DOM/IDN-6	Informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos	I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List y A. Shaikh, "*Reconsideration of Empirical Evidence on the Effectiveness of Australian Plain Packaging Legislation: Evidence from the National Plain Packaging Tracking Survey (NPPTS) and Other Datasets: Rebuttal Report*" (9 de diciembre de 2015)
DOM/IDN-7	Tercer informe suplementario de List	J. List, "*A Further Synthesis of the Newly-Available Evidence on Australia's Plain Packaging Policy*" (8 de diciembre de 2015)
DOM/IDN-8	Segundo informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos	I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List y A. Shaikh, "*Findings From the NPPTS, ITC and Personal Pack Display Datasets: Response to Arguments by Professor Chaloupka and Australia*" (29 de enero de 2016)
DOM/IDN-9	Informe resumido de List	J. List, "*Concluding Summary on Australia's Plain Packaging Policy*" (2 de febrero de 2016)
HND-2, DOM-50	Mandato del NPHT	Equipo de Trabajo sobre Medicina Preventiva del Gobierno de Australia, "*Terms of Reference*", disponible en: <http://www.preventativehealth.org.au/internet/preventativehealth/publishing.nsf/Content/terms-of-reference-1lp>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014
HND-12, IDN-6	Carta de 23 de abril de 2009 dirigida por la OBPR al DHA	Carta de fecha 23 de abril de 2009 dirigida por T. Lind, de la Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación, a D. Sloane, Directora Adjunta del Departamento de Salud y Envejecimiento, proyecto de RIS relativo a la Ley de Control del Tabaco
HND-13	Evaluación preliminar de las prácticas óptimas de reglamentación	Departamento de Salud y Envejecimiento, "*Best Practice Regulation Preliminary Assessment*", Gobierno de Australia (7 de abril de 2010)
HND-15	RIS 2010	Facsímil de fecha 27 de abril de 2010 dirigido por P. Marshall, Director del Departamento de Salud y Envejecimiento, a R. Ristic, Director de la Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación, en el que se adjunta "*Regulation Impact Statement: Plain Packaging of Tobacco Products*" (abril de 2010)
HND-16	Carta de 4 de mayo de 2010 dirigida por la OBPR al DHA	Carta de fecha 4 de mayo de 2010 dirigida por R. Ristic, Director de la Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación, a P. Marshall, Director del Departamento de Salud y Envejecimiento

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
HND-18, CUB-9	Informe relativo a las prácticas óptimas de reglamentación 2011-12	Gobierno de Australia, Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación, *Best Practice Regulation Report 2011-12* (Canberra, 2012), disponible en: <https://ris.govspace.gov.au/files/2012/10/best-practice-regulation-report_2012.pdf>, consulta realizada el 1º de octubre de 2014
HND-24	-	República de Honduras, *Ley Especial para el Control del Tabaco*, Decreto 92-2010, Diario Oficial Num. 32, 296 (21 de agosto de 2010)
HND-26	Instrumento de presentación de informes del CMCT de la OMS presentado por Australia	Departamento de Salud y Envejecimiento, "*Reporting Instrument of the WHO Framework Convention on Tobacco Control*" (Instrumento de presentación de informes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco), Gobierno de Australia (30 de abril de 2012), páginas 1-3, 27-30, 55-56, y anexo 1, páginas 1 y 12, disponible en: <http://www.who.int/fctc/reporting/party_reports/australia_2012_report_final.pdf?ua=1> and <http://www.who.int/fctc/reporting/party_reports/australia_annex1_miscellaneous.pdf>, consulta realizada el 3 de octubre de 2014
HND-31	*Oxford Dictionaries online*, fragmentos presentados por Honduras	*Oxford Dictionaries online*, *British and World English*, definiciones de "*acquire*", "*by*", "*confusion*", "*course*", "*develop*", "*encumber*", "*identical*", "*justifiable*", "*likelihood*", "*nature*", "*necessary*", "*obstacle*", "*reasonable*", "*requirement*", "*right*", "*similar*" y "*trade*", disponibles en: <www.oxforddictionaries.com>, consulta realizada el 29 de septiembre de 2014 o el 3 de octubre de 2014
HND-39	Bodenhausen, fragmentos presentados por Honduras	G.H.C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as Revised at Stockholm in 1967* (Guía para la Aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Revisado en Estocolmo en 1967) (OMPI, 1969), páginas 108, 128 y 144-146 de la versión en inglés
HND-40	Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, fragmentos presentados por Honduras	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *WIPO Intellectual Property Handbook*, segunda edición (Ginebra, 2004)
HND-47	Blog de S. Lester sobre política y derecho económico internacional	S. Lester, "*Fun with Plain Packaging*", *International Economic Law and Policy Blog*, disponible en: <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2014/06/fun-with-plain-packaging.html>, consulta realizada el 2 de octubre de 2014
HND-48	*Merriam-Webster Dictionary online*, fragmentos presentados por Honduras	*Merriam-Webster Dictionary online*, *Merriam-Webster Dictionary online*, definiciones de "*competition*", "*encumber*", "*reasonable*", "*requirement*" y "*trade*", disponible en: <http://www.merriam-webster.com>, consulta realizada el 29 de septiembre de 2014 o el 7 de octubre de 2014
HND-50, DOM-161	Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA	Departamento de Salud y Envejecimiento, *Tobacco Plain Packaging: Your Guide* (julio de 2012), Gobierno de Australia, disponible en: <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tppbook>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014
HND-67, DOM-98, IDN-41	Informe de KPMG correspondiente a 2013	KPMG, "*Illicit Tobacco in Australia: 2013 Full Year Report*" (3 de abril de 2014)
HND-72	Rimpelä y Rainio 2004	A. Rimpelä y S. Rainio, "*The Effectiveness of Tobacco Sales Ban to Minors: The Case of Finland*", *Tobacco Control* (2004), volumen 13, páginas 167-174

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
HND-74	Ahmad y Billimek 2007	S. Ahmad y J. Billimek, "*Limiting Youth Access to Tobacco: Comparing the Long-Term Health Impacts of Increasing Cigarette Excise Taxes and Raising the Legal Smoking Age to 21 in the United States*", *Health Policy* (2007), volumen 80, páginas 378-391
HND-76	Ahmad 2005b	S. Ahmad, "*The Cost-Effectiveness of Raising the Legal Smoking Age in California*", *Medical Decision Making* (2005), volumen 25, páginas 330-340
HND-78	Códigos sectoriales de la ACCC	Comisión de Competencia y Consumo de Australia, "*Industry Codes*", disponible en: <https://www.accc.gov.au/business/industry-codes>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014
HND-79	*Tobacco in Australia* 2012, fragmentos presentados por Honduras	M. Scollo y M. Winstanley (editores), *Tobacco in Australia: Facts and issues*, cuarta edición, Consejo contra el Cáncer de Victoria, 2012, capítulo 1, página 7, y capítulo 13, página 1, disponible en: <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/downloads/chapters/Ch1_Prevalence.pdf> and <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/downloads/chapters/Ch13_Taxation.pdf>, consulta realizada el 6 de octubre de 2014
HND-83	Dunlop *et al.* 2011	S. Dunlop, D. Perez y T. Cotter, "*Australian Smokers' and Recent Quitters' Responses to the Increasing Price of Cigarettes in the Context of a Tobacco Tax Increase*", *Addiction* (2011), volumen 106, páginas 1687-1695
HND-86	-	*Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (Tabaco) de 2014* (Cth)
HND-89	*New Shorter Oxford English Dictionary*, fragmentos presentados por Honduras	*The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, L. Brown (editor) (Oxford University Press, 1993), volúmenes I y II, páginas 54, 459, 674, 1255, 1348, 1791, 2387 y 3482
HND-104	Notas de Chantler de 14 de marzo de 2014	C. Chantler, "*Independent Review into Standardised Packaging of Tobacco - Notes of Australia-Based Meetings*" (14 de marzo de 2014), disponible en: <http://www.kcl.ac.uk/health/packaging-docs.aspx>, consulta realizada el 6 de octubre de 2014
HND-110	Carta de IP Australia	Carta de fecha 3 de diciembre de 2012 del Gobierno de Australia, Solicitud de registro de marca de fábrica o de comercio Nº 1509780
HND-118	Informe de réplica de Klick	J. Klick, "*Rebuttal Report - A Reply to Dr. Chipty*" (8 de julio de 2015)
HND-121	ISO 3394	Organización Internacional de Normalización, *International Standard 3394: Packaging — Complete, Filled Transport Packages and Unit Loads — Dimensions of Rigid Rectangular Packages (*Norma internacional 3394: Envases y embalajes - Embalajes de expedición completos y llenos y unidades de carga. Medidas de los embalajes rectangulares rígidos*)*, tercera edición, ISO 3394:2012(E) (1º de noviembre de 2012)
HND-122	Informe de réplica suplementario de Klick	J. Klick, "*Supplemental Rebuttal Report - A Review of New and Updated Australian Survey and Market Data*" (16 de septiembre de 2015)
HND-123	Informe de réplica deNeven	D. Neven, "*The Effect of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: A Response to Professor Katz's Report*" (16 de septiembre de 2015)
HND-133, DOM-237, DOM-311	Scollo *et al.* 2015a	M. Scollo, M. Zacher, K. Coomber, M. Bayly y M. Wakefield, "*Changes in Use of Types of Tobacco Products by Pack Sizes and Price Segments, Prices Paid and Consumption Following the Introduction of Plain Packaging in Australia*", *Tobacco Control* (2015), volumen 24, páginas ii66-ii75

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
HND-134	Ajzen, *Health Psychology Review* 2014	I. Ajzen, "*The Theory of Planned Behaviour is Alive and Well, and Not Ready to Retire: A Commentary on Sniehotta, Presseau, and Araújo-Soares*", *Health Psychology Review* (2014), doi.org/10.1080/17437199.2014.883474
HND-135, DOM-236, DOM-288	White *et al.* 2015b	V. White, T. Williams, A. Faulkner y M. Wakefield, "*Do Larger Graphic Health Warnings on Standardised Cigarette Packs Increase Adolescents' Cognitive Processing of Consumer Health Information and Beliefs about Smoking Related Harms?*", *Tobacco Control* (2015), volumen 24, páginas ii50-ii57
HND-141, IDN-31	Enfoque del convenio marco/protocolo, documento 1 del CMCT	D. Bodansky, "*The Framework Convention/Protocol Approach*", Convenio Marco sobre el Control del Tabaco, *Technical Briefing Series*, documento 1, WHO/NCD/TFI/99.1 (1999)
HND-148	-	KPMG, "*Illicit Tobacco in Australia: 2014 Full Year Report*" (27 de marzo de 2015)
HND-149	Pechmann *et al.* 2011	C. Pechmann, A. Biglan, J. Grube y C. Cody, "*Transformative Consumer Research for Addressing Tobacco and Alcohol Consumption*", in D. Mick, S. Pettigrew, C. Pechmann y J. Ozanne (eds.), *Transformative Consumer Research for Personal and Collective Well-Being* (Routledge, 2011)
HND-152	Tworek *et al.* 2010	C. Tworek, R. Yamaguchi, D. Kloska, S. Emery, D. Barker, G. Giovino, P. O'Malley y F. Chaloupka, "*State-Level Tobacco Control Policies and Youth Smoking Cessation Measures*", Manuscrito de autor de acceso público de los Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos, publicado en *Health Policy* (2010), volumen 97, doi:10.1016/j.healthpol.2010.04.009
HND-153	Tauras *et al.* 2013	J. Tauras, J. Huang y F. Chaloupka, "*Differential Impact of Tobacco Control Policies on Youth Sub-Populations*", *International Journal of Environmental Research and Public Health* (2013), volumen 10, páginas 4306-4322
HND-154	Sussman *et al.* 2013	S. Sussman, D. Levy, K. Lich, C. Cene, M. Kim, L. Rohrbach y F. Chaloupka, "*Comparing Effects of Tobacco Use Prevention Modalities: Need for Complex System Models*", *Tobacco Induced Diseases* (2013), volumen 11
HND-156	Guindon *et al.* 2013	E. Guindon, P. Driezen, F. Chaloupka y G. Fong, "*Cigarette Tax Avoidance and Evasion: Findings from the International Tobacco Control Policy Evaluation Project*", *Tobacco Control* (13 de noviembre de 2013), doi:10.1136/tobaccocontrol-2013-051074
HND-157	Cummings *et al.* 2009	M. Cummings, G. Fong y R. Borland, "*Environmental Influences On Tobacco Use: Evidence From Societal And Community Influences On Tobacco Use And Dependence*", *Annual Review of Clinical Psychology* (2009), volumen 5, páginas 433-458 y C-1 y C-2
HND-158	Nargis *et al*. 2013	N. Nargis, G. Fong, F. Chaloupka y Q. Li, "*The Choice Of Discount Brand Cigarettes: A Comparative Analysis Of International Tobacco Control Surveys in Canada and the United States (2002-2005)*", Manuscrito de autor de acceso público de los Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos, publicado en *Tobacco Control* (2014), volumen 23, doi:10.1136/tobaccocontrol-2012-050851
HND-161	-	Organización Mundial de Sanidad Animal, "Procedimientos empleados por la OIE para la elaboración de normas y recomendaciones destinadas al comercio internacional, con un énfasis en el *Código Sanitario para los Animales Terrestres y en el Código Sanitario para los Animales Acuáticos*"
HND-165	Segundo informe de réplica suplementario de Klick	J. Klick, "*Second Supplemental Rebuttal Report - A Review of Australian Survey Data From New South Wales*" (28 de octubre de 2015)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
HND-166	Tercer informe de réplica suplementario de Klick	J. Klick, "*Third Supplemental Rebuttal Report - A Reply to Dr. Chipty and Professor Chaloupka*" (8 de diciembre de 2015)
HND-167	-	Irlanda, *Proyecto de Ley de Salud Pública (Empaquetado Normalizado del Tabaco) de 2014*
HND-169	Cuarto informe de réplica suplementario de Klick	J. Klick, "*Fourth Supplemental Rebuttal Report - Comments on Additional Arguments Raised by Dr. Chipty*" (3 de febrero de 2016)
DOM-49	-	Parlamento de Australia, Comisión no Legislativa de Asuntos Sociales del Senado, *The Tobacco Industry and the Costs of Tobacco-Related Illness* (15 de diciembre de 1995)
DOM-56	Informe de la OMPI sobre las marcas	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *2013 - Informe mundial sobre la propiedad intelectual: Reputación e imagen en el mercado global*, Serie de la OMPI "Economía y Estadística" (2013)
DOM-65	Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, texto íntegro	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *WIPO Intellectual Property Handbook*, segunda edición (Ginebra, 2004)
DOM-72, IDN-103	*Crazy Ron v. Mobileworld*	Tribunal Federal de Australia, *Crazy Ron's Communications Pty Limited v. Mobileworld Communications Pty Limited* (2004) 209 ALR 1
DOM-73	*Louis Vuitton v. Sonya*	Tribunal Federal de Australia, *Louis Vuitton Malletier v. Sonya Valentine Pty Ltd* (2013) FCA 933
DOM-78, IDN- 76	Recomendación Conjunta de la OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, "Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas", aprobada por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la trigésima cuarta serie de reuniones de las Asambleas de los Estados Miembros de la OMPI (20 a 29 de septiembre de 1999), Nº 833(E) (septiembre de 1999)
DOM-79	Bodenhausen, texto íntegro	G.H.C. Bodenhausen, *Guía para la Aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Revisado en Estocolmo en 1967 (*OMPI, 1969)
DOM-85	-	*Oxford English Dictionary online*, definición de "*justifiable*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/102219?redirectedFrom=justifiable#eid>, consulta realizada el 9 de abril de 2014
DOM-86	-	*Oxford English Dictionary online*, definición de "*justify*", disdponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/102219?redirectedFrom=justifiable#eid>, consulta realizada el 9 de abril de 2014
DOM-92	Informe de Gibson	S. Gibson, "*Standardised Packaging of Tobacco Products Review of Department of Health Impact Assessment*" (agosto de 2014), Apéndice 1 de la Respuesta de British American Tobacco a la Consulta del Reino Unido relativa a la adopción de un reglamento sobre el empaquetado normalizado de los productos de tabaco (7 de agosto de 2014)
DOM-93	Datos de la encuesta SA HOS	South Australian Health and Medical Research Institute, "*Key Smoking Statistics for SA - 2013*", resultados de la Encuesta general de salud de Australia Meridional 2013, disponible en: <https://www.sahmri.com/user_assets/c23dc77e9e0f242c8a59442c3bc21e1c56cbdbe5/key_smoking_statistics_for_sa_2013_-30_april_2014.pdf>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
DOM-96	ABC News 2014	L. Mellor, "*More Younger Queenslanders Smoking, But Overall Numbers Declining" Australian Broadcasting Corporation News*" (10 de septiembre de 2014), disponible en:<http://www.abc.net.au/news/2014-09-09/more-younger-qld-smokers-but-overall-numbers-decline/5731834/?site=brisbane&program>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014
DOM-97	Protocolo del CMCT sobre comercio ilícito	Organización Mundial de la Salud, Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco (2013)
DOM-99	Análisis del Informe de KPMG realizado por el CCV	Consejo contra el Cáncer de Victoria, "*Analysis of KPMG LLP Report on Use of Illicit Tobacco in Australia*" (11 de noviembre de 2013, actualizado en marzo de 2014)
DOM-100	Informe del IPE	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, "*Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime*", Instituto de Evaluación de Políticas (7 de octubre de 2014)
DOM-105, CUB-72	Informe de McKeganey	N. McKeganey, "*A Critical Analysis of Evidence that Standardised Tobacco Packaging Will Reduce Smoking Prevalence in the United Kingdom*" (5 de agosto de 2014), Apéndice 5 de la Respuesta de British American Tobacco a la Consulta del Reino Unido relativa a la adopción de un reglamento sobre el empaquetado normalizado de los productos de tabaco (7 de agosto de 2014)
DOM-108	Examen por homólogos del artículo de Pechey *et al.* 2013	B. Freeman, "Informe del examinador" acerca de "*Impact of Plain Packaging of Tobacco Products on Smoking in Adults*" (7 de septiembre de 2012), disponible en: <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/13/18/prepub>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014
DOM-109	Estudio sobre la NTC de 2013	P. Myers y D. Blackmore, "*The National Partnership Agreement on Preventative Health (NPAPH) - Tobacco Social Marketing Campaign September 2013 - Evaluation Report - Waves 5 & 6*", The Social Research Centre, elaborado para el Organismo Nacional de Medicina Preventiva de Australia
DOM-110	ACL	*Ley de Competencia y Consumo de 2010* (Cth), anexo 2 (Ley Australiana de Protección al Consumidor)
DOM-115	Chaloupka *et al.* 2012	F. Chaloupka, A. Yerekly y G. Fong, "*Tobacco Taxes as a Tobacco Control Strategy*", *Tobacco Control* (2012), volumen 12, páginas 172-180
DOM-116	Chaloupka y Warner 1998	F. Chaloupka y K. Warner, "*The Economics of Smoking*" (12 de enero de 1999), elaborado para J. Newhouse y A. Culyer (editores), *The Handbook of Health Economics*
DOM-117	Manual del CIIC de 2011	Organización Mundial de la Salud, Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer, *Effectiveness of Tax and Price Policies for Tobacco Control*, *Handbooks of Cancer Prevention, Tobacco Control,* volumen 14 (Lyon, 2011)
DOM-118	Ross y Chaloupka 2006	H. Ross y F. Chaloupka, "*Economic Policies for Tobacco Control in Developing Countries*" (Política económica para el control del tabaco en países en vías de desarrollo, *Salud Publica Mexico* (2006), volumen 48, páginas S113-S120
DOM-122	Bardsley y Olekalns 1999	P. Bardsley y N. Olekalns, "*Cigarette and Tobacco Consumption: Have Anti-Smoking Policies Made a Difference?*", *The Economic Record* (septiembre de 1999), volumen 75, Nº 230, páginas 225-240
DOM-126	*Tobacco in Australia* 2012, fragmentos presentados por la República Dominicana	M. Winstanley y L. Wood, "*Factors Influencing the Uptake and Prevention of Smoking*", en M. Scollo y M. Winstanley (editores), *Tobacco in Australia: Facts and Issues*, cuarta edición, Consejo contra el Cáncer de Victoria (Melbourne, 2012), capítulo 5, páginas i-144, disponible en: <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/chapter-5-uptake/5-26-reducing-tobacco-access-and-supply>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
DOM-128, HND-70	Fidler y West 2010	J. Fidler y R. West, "*Changes in Smoking Prevalence in 16-17 Year-Old Versus Older Adults Following a Rise in Legal Age of Sale: Findings from an English Population Study*", *Addiction* (2010), volumen 105, páginas 1984-1988
DOM-130, HND-75	Ahmad 2005a	S. Ahmad, "*Closing the Youth Access Gap: The Projected Health Benefits And Cost Savings of a National Policy to Raise the Legal Smoking Age to 21 in the United States*", *Health Policy* (2005), volumen 75, páginas 74-84
DOM-133, IDN-93	-	Turquía, Reglamento relativo a los procedimientos y normas aplicables a la producción y comercialización de productos de tabaco, Gaceta Oficial, número 27749 (4 de noviembre de 2010)
DOM-134, IDN-94	-	Turquía, Reglamento relativo a los principios y procedimientos aplicables a los métodos de fabricación, el etiquetado y las medidas de control para la protección contra los efectos nocivos de los productos de tabaco, Gaceta Oficial, número 25692 (6 de enero de 2005)
DOM-136, HND-87	-	Código de Publicidad de Bebidas Alcohólicas, "*About the ABAC Scheme*", disponible en: <http://www.abac.org.au/about/>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014
DOM-137	-	"*Alcohol Beverages Advertising Code*" (Código de Publicidad de Bebidas Alcohólicas), disponible en: <http://www.alcohol.gov.au/internet/alcohol/publishing.nsf/Content/BFE15C2AC3242C22CA25718E0081F1C5/$File/advertising.pdf>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014
DOM-143	-	*Oxford English Dictionary online*, definición de "*un'fair*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/213174?rskey=IGEAyx&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 9 de abril de 2014
DOM-145	-	*Oxford English Dictionary online*, definición de "*honest*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/88149?rskey=Tq7xuH&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 9 de abril de 2014
DOM-160	-	*Oxford English Dictionary online*, definición de "*risk*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/166306?rskey=fgWvbI&result=1&print>, consulta realizada el 10 de mayo de 2014
DOM-164	Examen por homólogos del artículo de Lund y Scheffels 2013	J. Hoek, "Informe del examinador" acerca de "*Perceptions of Typical Users of Plain vs. Branded Cigarette Packs Among Young Smokers and Non-Smokers. A Between-Subjects Experimental Survey*" (10 de agosto de 2013)
DOM-165	Respuesta del autor a los exámenes por homólogos del artículo de Pechey *et al.* 2013	"Respuesta del autor a los exámenes" de "*Impact of Plain Packaging of Tobacco Products on Smoking in Adults and Children: An Elicitation of International Experts' Estimates*" (10 de octubre de 2012), disponible en: <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/13/18/prepub>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014
DOM-224	Aribarg *et al.* 2014	A. Aribarg, N. Arora, T. Henderson y Y. Kim, "*Private Label Imitation of a National Brand: Implications for Consumer Choice and Law*", *Journal of Marketing Research* (2014), volumen 51, páginas 657-675
DOM-229	-	Comisión de Competencia y Consumo de Australia, "*ACCC Resolves 'Light' and 'Mild' Cigarette Issue with B.A.T. and Philip Morris*", Comunicado de prensa Nº 119/05 (12 de mayo de 2005), disponible en: <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-resolves-light-and-mild-cigarette-issue-with-bat-and-philip-morris>, consulta realizada el 29 de mayo de 2015

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
DOM-232	Informe del USIOM de 2015	R. Bonnie, K. Stratton y L. Kwan (editores), *Public Health Implications of Raising the Minimum Age of Legal Access to Tobacco Products*, Instituto de Medicina de los Estados Unidos (The National Academies Press, 2015) (Copia previa a la publicación: pruebas sin corregir)
DOM-282	Moodie *et al.* 2014	C. Moodie, L. Bauld, A. Ford y A. Mackintosh, "*Young Women Smokers' Response to Using Plain Cigarette Packaging: Qualitative Findings from a Naturalistic Study*", *BMC Public Health* (2014), volumen 14, doi:10.1186/1471-2458-14-812
DOM-297	Evaluación del empaquetado genérico realizada en línea por el Departamento de Salud	Departamento de Salud, "*Evaluation of Tobacco Plain Packaging in Australia*", Gobierno de Australia (17 de marzo de 2015), disponible en: <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-plain-packaging-evaluation>, consulta realizada el 27 de julio de 2015
DOM-303	Informe del IPE actualizado	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, "*Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime*", Instituto de Evaluación de Políticas (14 de septiembre de 2015)
DOM-308	-	*Oxford English Dictionary online*, definición de "*capable*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/27354?redirectedFrom=capable&print>, consulta realizada el 9 de septiembre de 2015
DOM-317	*RJ Reynolds v. FDA*	Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA*, 696 F.3d 1205 (D.C. Cir. 2012)
DOM-318, CUB-81	Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2013	Organización Mundial de la Salud, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2013: Enforcing Bans on Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship* (Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2013: hacer cumplir las prohibiciones sobre publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) (Ginebra, 2013)
DOM-331	-	*Oxford English Dictionary online*, definición de "*respect*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/163779?rskey=uWPnla&result=1&isAdvanced=false&print>, consulta realizada el 9 de septiembre de 2015
DOM-339	OIE, Cómo utilizar el Código Terrestre para establecer medidas sanitarias para el comercio de animales terrestres y productos derivados	Organización Mundial de Sanidad Animal, "Facilitar el comercio seguro: cómo utilizar el Código Terrestre para establecer medidas sanitarias para el comercio de animales terrestres y productos derivados", disponible en: <http://www.oie.int/fileadmin/Home/eng/International_Standard_Setting/docs/pdf/A_IMPORT_HEALTH_MEASURES_1.pdf>, consulta realizada el 15 de septiembre de 2015
DOM-345	Normas oficiales del Codex	Comisión del Codex Alimentarius, "Normas oficiales del Codex", disponible en: <http://www.codexalimentarius.org/standards/list-of-standards/>, consulta realizada el 15 de septiembre de 2015
DOM-360	Informe sobre la encuesta ASSAD de 2011	E. Bariola y V. White, "*Victorian Secondary School Students' Use of Licit and Illicit Substances in 2011: Results from the 2011 Australian Secondary Students' Alcohol and Drug (ASSAD) Survey*", Consejo contra el Cáncer de Victoria, elaborado para el Departamento de Salud del estado de Victoria (2012)
DOM-361	Segundo informe del IPE actualizado	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, "*Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime*", Instituto de Evaluación de Políticas (27 de octubre de 2015)
DOM-369	Borland y Cummings 2010	R. Borland y K. Cummings, "*Advancing Tobacco Control by Effective Evaluation*" en P. Boyle, N. Gray, J. Henningfield, J. Sffrin y W. Zatonski (editores), *Tobacco: Science, Policy and Public Health* (Oxford Scholarship Online, 2010), páginas 629-641

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
DOM-370	Schneider *et al.* 2015	S. Schneider, S. Buka, K. Dash, J. Winickoff y L. O'Donnell, "*Community Reductions in Youth Smoking After Raising the Minimum Tobacco Sales Age to 21*", *Tobacco Control* (12 de junio de 2015), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-052207
DOM-371	Información presentada a la Comisión Legislativa de Administración Pública y Finanzas del Senado	Información presentada a la Comisión Legislativa de Administración Pública y Finanzas, Senado, Commonwealth de Australia, Canberra (26 de mayo de 2015 y 2 de junio de 2015), fragmentos
DOM-373 (IEC)	-	Actualización de datos, y código informático y cálculos en apoyo del informe del IPE actualizado (IEC)
DOM-375	Tercer informe del IPE actualizado	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, "*Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime*", Instituto de Evaluación de Políticas (8 de diciembre de 2015)
DOM-378 (IEC)	-	"*Dominican cigar sales*" y "*Dominican cigar brands variants*" (IEC)
DOM-379	Informe resumido del IPE	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, "*Summary of Findings: Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime*", Instituto de Evaluación de Políticas (1º de febrero de 2016)
DOM-382	Yong *et al.* 2015	H. Yong, R. Borland, D. Hammond, J. Thrasher, K. Cummings y G. Fong, "*Smokers' Reactions to the New Larger Health Warning Labels on Plain Cigarette Packs in Australia: Findings from the ITC Australia Project*", *Tobacco Control* (19 de febrero de 2015), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-05197
CUB-10	Libro de Gangjee	Dev Gangjee, *Relocating the Law of Geographical Indications* (Cambridge University Press, 2012), páginas 281-283
CUB-13	*Tobacco in Australia* 2012, fragmentos presentados por Cuba	M. Scollo y M. Winstanley (editores), *Tobacco in Australia: Facts and Issues*, cuarta edición, Consejo contra el Cáncer de Victoria (Melbourne, 2012), capítulos 1 y 2, secciones 3 y 5 del capítulo 5, y capítulo 11
CUB-15	Shanahan y Elliott 2008	P. Shanahan y D. Elliott, *Evaluation of the Effectiveness of the Graphic Health Warnings on Tobacco Product Packaging 2008*, Departamento de Salud y Envejecimiento del Gobierno de Australia (Canberra, 2008)
CUB-26	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012, fragmentos presentados por Cuba	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2012), capítulos 1, 5 y 7
CUB-31	Guía de la FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y SINER-GI, *Linking People, Places and Products: A Guide for Promoting Quality Linked to Geographical Origin and Sustainable Geographical Indications* (Uniendo personas, territorios y productos. Guía para fomentar la calidad vinculada al origen y las indicaciones geográficas sostenibles), segunda edición (2009-2010), páginas iii, 19-25 y 27
CUB-34	Metanálisis de Deselnicu *et al.*	O. Deselnicu, M. Costanigro, D. Souza-Monteiro y D. McFadden, "*A Meta-Analysis of Geographical Indication Food Valuation Studies: What Drives the Premium for Origin-Based Labels?*", *Journal of Agricultural and Resource Economics* (2013), volumen 38, Nº 2, páginas 204-219
CUB-36	Estudio de 2012 sobre las IG de la UE	Comisión Europea, "*Value of Production of Agricultural Products and Foodstuffs, Wines, Aromatised Wines and Spirits Protected by a Geographical Indication (GI)*", informe definitivo (octubre de 2012)
CUB-38	-	Comisión Europea, "Preguntas y respuestas: nuevas normas sobre los productos del tabaco", Memo/14/134 (26 de febrero de 2014)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
CUB-39 (IEC)	-	"*Packaged and Non-Packaged Sales of LHM Cigars in Select Australian Retail Outlets: January 2011 - November 2012*" (IEC)
CUB-40	-	"Condiciones de almacenamiento recomendadas para los puros LHM"
CUB-41	Parr y Ell 2011	V. Parr y P. Ell, "*Market Testing of New Health Warnings and Information Messages for Tobacco Product Packaging: Premium Cigars, Cigarillos / Little Cigars and Roll Your Own*", GfK bluemoon, Informe sobre una investigación cualitativa, elaborado para el Departamento de Salud y Envejecimiento del Gobierno de Australia (octubre de 2011)
CUB-44	-	*Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 2541
CUB-45	-	*Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, páginas 1482 y 3445
CUB-48	-	*Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 827
CUB-49	Audier, Protección de las indicaciones geográficas	J. Audier, "*Protection of Geographical Indications in France and Protection of French Geographical Indications in Other Countries*", Conferencia pronunciada en el Simposio sobre la protección de las indicaciones geográficas en el contexto mundial celebrado en Eger (Hungría) los días 24 y 25 de octubre de 1997, WIPO/GEO/EGR/97/8/Rev
CUB-58	Stead *et al.* 2013	M. Stead, C. Moodie, K. Angus, L. Bauld, A. McNeill, J. Thomas, G. Hastings, K. Hinds, A. O'Mara-Eves, I. Kwan, R. Purves y S. Bryce, "*Is Consumer Response to Plain/Standardised Tobacco Packaging Consistent with Framework Convention on Tobacco Control Guidelines? A Systematic Review of Quantitative Studies*", *PLoS One* (2013), volumen 8, doi:10.1371/journal.pone.0075919
CUB-62	Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro	Organización Mundial de la Salud, *Manual técnico de la OMS sobre administración de impuestos al tabaco* (2011)
CUB-63	Modelo de simulación de impuestos al tabaco de la OMS	Organización Mundial de la Salud, "*The World Health Organization''s Tobacco Tax Simulation Model*" (El modelo de simulación de impuestos al tabaco de la Organización Mundial de la Salud) (junio de 2013)
CUB-66	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 1994), páginas 49-51
CUB-67	-	Departamento de Sanidad del Reino Unido, "*Consultation on the Introduction of Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products*" (Consulta relativa a la adopción de un reglamento sobre el empaquetado normalizado de los productos de tabaco) (junio de 2014)
CUB-79	Informe de Vision One	Vision One Research, "*Survey of the Australian Cigar Market: Report on Methodology and Findings*" (8 de octubre de 2014)
IDN-1	-	Australian Broadcasting Corporation News, "*Indonesia Pushes for Graphic Health Warnings on Cigarette Packs*" (25 de junio de 2014), disponible en: <http://www.abc.net.au/news>, consulta realizada el 27 de septiembre de 2015
IDN-23	Hojas de trabajo sobre impuestos especiales	Oficina de Impuestos de Australia, "*Excise Tariff Working Pages: Schedule (1 December 2013)*", disponible en: <http://law.ato.gov.au>, consulta realizada el 18 de diciembre de 2013

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
IDN-24	*Tobacco in Australia* 2012, fragmentos presentados por Indonesia	T. Carroll, "*Social Marketing and Public Education Campaigns",* in M. Scollo y M. Winstanley (editores), *Tobacco in Australia: Facts and Issues*, cuarta edición, Consejo contra el Cáncer de Victoria (Melbourne, 2012), capítulo 14, páginas i-36, y apéndice 1, página 1
IDN-30	Layton y Lowe 2014	D. Layton y J. Lowe, "*The Framework Convention on Tobacco Control and the World Trade Organization: A Conflict Analysis under International Law*", *Global Trade and Customs Journal* (2014), volumen 9, número 6, páginas 246-252
IDN-32	Vadi 2012	V. Vadi, "*Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law*", *Stanford Journal of International Law* (2012), volumen 48, Nº 1, páginas 93-130
IDN-43	Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, fragmentos presentados por Indonesia	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *WIPO Intellectual Property Handbook*, segunda edición (Ginebra, 2004), párrafos 2.313-2.512 y 5.107-5.123
IDN-60	Wadlow, *Law of Passing-Off*, fragmentos presentados por Indonesia	C. Wadlow, *The Law of Passing-Off: Unfair Competition by Misrepresentation*, tercera edición (Sweet & Maxwell, 2004), secciones 2-1 a 2-52
IDN-61	Bodenhausen, fragmentos presentados por Indonesia	G.H.C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as Revised at Stockholm in 1967* (Guía para la Aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Revisado en Estocolmo en 1967) (OMPI, 1969), páginas 142-146 de la versión en inglés
IDN-62	Resultados de búsqueda en ATMOSS	Sistema de búsqueda en línea de marcas de fábrica o de comercio de Australia ("ATMOSS"), Resultados de búsqueda, Marca Nº 1519376, "*Indonesian Gold*", disponible en: <http://pericles.ipaustralia.gov.au/atmoss>, consulta realizada el 26 de septiembre de 2014
IDN-87	-	F. Chaloupka, "*How Effective Are Taxes in Reducing Tobacco Consumption?*"
IDN-88	OMS, Aumentar los impuestos sobre el tabaco	Organización Mundial de la Salud, "Aumentar los impuestos sobre el tabaco: lo que hay que saber"
IDN-89	Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2000, Resumen	Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *Reducing Tobacco Use: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2000), Resumen, reimpreso en Centros para el Control de Enfermedades de los Estados Unidos, *MMWR Recommendations and Reports* (22 de diciembre de 2000), volumen 49, Nº RR-16
IDN-101	*Tivo v. Vivo*	Tribunal Federal de Australia, *Tivo Inc v. Vivo International Corporation Pty Ltd* (2012) FCA 252
IDN-106	Carvalho, tercera edición, fragmentos presentados por Indonesia	Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, tercera edición (Kluwer Law International, 2014), páginas 254-255
UKR-1	Informe de Dinwoodie	G. Dinwoodie, "*Compatibility of Restrictions on the Use of Trade Marks with the TRIPS Agreement*" (13 de julio de 2014)
UKR-2	Informe de Schwebel	"*On Whether the Owner of a Registered Trademark Has the Right to Use that Trademark: Opinion of Judge Stephen M. Schwebel*" (29 de septiembre de 2014)
UKR-3 (IEC)	Informe de Neven	D. Neven, "*The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment*" (2 de octubre de 2014) (IEC)
UKR-4	Informe de Howell	"*John Howell - Expert Report*" (25 de enero de 2014)

Prueba o pruebas documentales Nº	Título abreviado	Título
UKR-5	Informe de Klick	J. Klick, "*The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data*" (26 de julio de 2014)
UKR-6	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP	"Informe de J. Klick relativo a los estudios y el método de investigación sobre el empaquetado genérico del tabaco" (2 de octubre de 2014)
UKR-7	Informe de Satel	"*Sally Satel, M.D. -- Expert Report*" (19 de febrero de 2014)
UKR-8	Informe de Viscusi	W.K. Viscusi, "*An Assessment of Plain Pack Cigarette Packaging Policies*" (21 de noviembre de 2013)
UKR-9	Informe de Winer	"*Professor Russell S. Winer, Ph.D. -- Expert Report*" (22 de noviembre de 2013)
UKR-10	Informed de Janeczko	R. Janeczko, "*The Impact of Plain Packaging on the Sale of Illicit Tobacco in Australia*" (20 de diciembre de 2013)
UKR-11	Informe de Heydon	J. Heydon, "*Report Concerning the Australian Consumer Law and the Packaging of Tobacco Products*" (2014)
UKR-51	-	Mensaje de correo electrónico de fecha 7 de abril de 2009, dirigido por D. Sloane, Directora Adjunta del Departamento de Salud y Envejecimiento, a Ristic, S. Rowley y C. Toyne, de la Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación, al que se adjunta el documento del Departamento de Salud y Envejecimiento "*DRAFT Regulation Impact Statement - Tobacco Control Act*" (abril de 2009)
UKR-80	OMPI, *Introduction to Intellectual Property*	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice* (Kluwer Law International, 1997), capítulos 12 y 18
UKR-144	Informe de Heckman	"*Report of James J. Heckman: UK Plain Packaging Consultation*", Anexo 4 de la Respuesta de Philip Morris Limited a la Consulta del Departamento de Salud del Reino Unido relativa al empaquetado normalizado de los productos de tabaco (9 de agosto de 2012)
UKR-154	Informe de Mitchell	G. Mitchell, "*Observations on the Chantler Report: A Psychological Analysis of the Potential Impact of Standardized Cigarette Packaging on Underage Smoking*" (30 de julio de 2014), Apéndice 6 de la Respuesta de British American Tobacco a la Consulta del Reino Unido relativa a la adopción de un reglamento sobre el empaquetado normalizado de los productos de tabaco (7 de agosto de 2014)

ASUNTOS CITADOS EN LOS PRESENTES INFORMES

Título abreviado	Título completo y referencia
Argentina - Calzado (CE)	Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000
Argentina - Medidas relativas a la importación	Informes del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas que afectan a la importación de mercancías*, WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R, adoptados el 26 de enero de 2015
Argentina - Medidas relativas a la importación	Informes del Grupo Especial, *Argentina - Medidas que afectan a la importación de mercancías*, WT/DS438/R y Add.1 / WT/DS444/R y Add.1 / WT/DS445/R y Add.1, adoptados el 26 de enero de 2015, modificado (WT/DS438/R) y confirmados (WT/DS444/R / WT/DS445/R) por los informes del Órgano de Apelación WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R
Argentina - Servicios financieros	Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/AB/R y Add.1, adoptado el 9 de mayo de 2016
Argentina - Textiles y prendas de vestir	Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*, WT/DS56/AB/R y Corr.1, adoptado el 22 de abril de 1998
Australia - Manzanas	Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia*, WT/DS367/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2010
Brasil - Coco desecado	Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997
Brasil - Neumáticos recauchutados	Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
Brasil - Neumáticos recauchutados	Informe del Grupo Especial, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS332/AB/R
Canadá - Aeronaves	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
Canadá - Energía renovable / Canadá - Programa de tarifas reguladas	Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable / Canadá - Medidas relativas al programa de tarifas reguladas*, WT/DS412/AB/R / WT/DS426/AB/R, adoptados el 24 de mayo de 2013
Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado*, WT/DS276/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004
Canadá - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS321/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
Canadá - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS321/R y Add.1 a Add.7, adoptado el 14 de noviembre de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS321/AB/R
Canadá - Patentes para productos farmacéuticos	Informe del Grupo Especial, *Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*, WT/DS114/R, adoptado el 7 de abril de 2000
Canadá - Productos lácteos	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, adoptado el 27 de octubre de 1999
Canadá - Publicaciones	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997
Canadá - Publicaciones	Informe del Grupo Especial, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, WT/DS31/R, adoptado el 30 de julio de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS31/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
CE - Accesorios de tubería	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil*, WT/DS219/R, adoptado el 18 de agosto de 2003, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS219/AB/R
CE - Amianto	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos	Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, Add.1 a Add.9 y Corr.1 / WT/DS292/R, Add.1 a Add.9 y Corr.1 / WT/DS293/R, Add.1 a Add.9 y Corr.1, adoptados el 21 de noviembre de 2006
CE - Banano III	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997
CE - Banano III	Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/R/ECU *(Ecuador)* / WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND *(Guatemala y Honduras)* / WT/DS27/R/MEX *(México)* / WT/DS27/R/USA *(Estados Unidos)*, adoptados el 25 de septiembre de 1997, modificados por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)	Informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, adoptado el 11 de diciembre de 2008, y Corr.1 / *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, adoptado el 22 de diciembre de 2008
CE - Hormonas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	Decisión de los Árbitros, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999
CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	Decisión de los Árbitros, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999
CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas	Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios,* WT/DS290/R *(Australia)* / WT/DS174/R *(Estados Unidos)*, adoptados el 20 de abril de 2005
CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, Reclamación de Australia*, WT/DS290/R, adoptado el 20 de abril de 2005
CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS174/R, adoptado el 20 de abril de 2005
CE - Preferencias arancelarias	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2004
CE - Preferencias arancelarias	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/R, adoptado el 20 de abril de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS246AB/R
CE - Productos avícolas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998
CE - Productos derivados de las focas	Informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptados el 18 de junio de 2014

Título abreviado	Título completo y referencia
CE - Productos derivados de las focas	Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, WT/DS400/R y Add.1 / WT/DS401/R y Add.1, adoptados el 18 de junio de 2014, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R
CE - Sardinas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
CE - Subvenciones a la exportación de azúcar	Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar*, WT/DS265/R (*Australia*) / WT/DS266/R (*Brasil*) / WT/DS283/R (*Tailandia*), adoptados el 19 de mayo de 2005, modificados por el informe del Órgano de Apelación WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R
CE - Trozos de pollo	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2005, y Corr.1
CEE - Semillas oleaginosas I	Informe del Grupo Especial del GATT, *Comunidad Económica Europea - Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal*, L/6627, adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/93
Chile - Sistema de bandas de precios	Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)	Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas - Recurso de la Argentina al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS207/AB/RW, adoptado el 22 de mayo de 2007
China - Derechos de propiedad intelectual	Informe del Grupo Especial, *China - Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual*, WT/DS362/R, adoptado el 20 de marzo de 2009
China - Materias primas	Informes del Órgano de Apelación, *China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptados el 22 de febrero de 2012
China - Materias primas	Informes del Grupo Especial, *China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/R, Add.1 y Corr.1 / WT/DS395/R, Add.1 y Corr.1 / WT/DS398/R, Add.1 y Corr.1, adoptados el 22 de febrero de 2012, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R
China - Partes de automóviles	Informes del Órgano de Apelación, *China - Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles*, WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R, adoptados el 12 de enero de 2009
China - Publicaciones y productos audiovisuales	Informe del Órgano de Apelación, *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010
China - Publicaciones y productos audiovisuales	Informe del Grupo Especial, *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/R y Corr.1, adoptado el 19 de enero de 2010, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS363/AB/R
China - Tierras raras	Informes del Órgano de Apelación, *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*, WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptados el 29 de agosto de 2014
China - Tierras raras	Informes del Grupo Especial, *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*, WT/DS431/R y Add.1 / WT/DS432/R y Add.1 / WT/DS433/R y Add.1, adoptados el 29 de agosto de 2014, confirmados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R
Colombia - Puertos de entrada	Informe del Grupo Especial, *Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*, WT/DS366/R y Corr.1, adoptado el 20 de mayo de 2009

Título abreviado	Título completo y referencia
Colombia - Textiles	Informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado*, WT/DS461/AB/R y Add.1, adoptado el 22 de junio de 2016
Corea - Bebidas alcohólicas	Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 1999
Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna	Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001
Corea - Productos lácteos	Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/AB/R y Corr.1, adoptado el 12 de enero de 2000
Estados Unidos - Acero al carbono	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
Estados Unidos - Acero al carbono (India)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India*, WT/DS436/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2014
*Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (*upland*)*, WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
*Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (*upland*)*, WT/DS267/R y Add.1 a Add.3, adoptado el 21 de marzo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS267/AB/R
Estados Unidos - Animales	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan a las importaciones de animales, carne y otros productos del reino animal procedentes de la Argentina*, WT/DS447/R y Add.1, adoptado el 31 de agosto de 2015
Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio de 2000
Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley* Omnibus *de Asignaciones de 1998*, WT/DS176/AB/R, adoptado el 1º de febrero de 2002
Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley* Omnibus *de Asignaciones de 1998*, WT/DS176/R, adoptado el 1º de febrero de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS176/AB/R
Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000
Estados Unidos - Atún II (México)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012
Estados Unidos - Atún II (México)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/R, adoptado el 13 de junio de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS381/AB/R
Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS381/AB/RW y Add.1, adoptado el 3 de diciembre de 2015
Estados Unidos - Camarones	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
Estados Unidos - Camisas y blusas de lana	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012 XI, p. 5751

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/R, adoptado el 24 de abril de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS406/AB/R XI, p. 5865
Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/AB/R, adoptado el 19 de febrero de 2009
Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011
Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras para determinadas mercancías sujetas a derechos antidumping y compensatorios*, WT/DS345/R, adoptado el 1° de agosto de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS343/AB/R, WT/DS345/ABR
Estados Unidos - EPO	Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012
Estados Unidos - EPO	Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/R / WT/DS386/R, adoptados el 23 de julio de 2012, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R
Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)	Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW, adoptados el 29 de mayo de 2015
Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)	Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS384/RW y Add.1 / WT/DS386/RW y Add.1, adoptados el 29 de mayo de 2015, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW
Estados Unidos - EVE	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 2000
Estados Unidos - EVE	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, WT/DS108/R, adoptado el 20 de marzo de 2000, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS108/AB/R
Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes del Japón*, WT/DS244/R, adoptado el 9 de enero de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS244/AB/R
Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina*, WT/DS268/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2004
Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina - Recurso de la Argentina al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS268/RW, adoptado el 11 de mayo de 2007, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS268/AB/RW
Estados Unidos - Gasolina	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996
Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, WT/DS353/AB/R, adoptado el 23 de marzo de 2012

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea*, WT/DS296/R, adoptado el 20 de julio de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS296/AB/R
Estados Unidos - Juegos de azar	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
Estados Unidos - Juegos de azar	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/R, adoptado el 20 de abril de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS285/AB/R
Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado el 27 de enero de 2003
Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916, Reclamación presentada por las Comunidades Europeas*, WT/DS136/R y Corr.1 y 2, adoptado el 26 de septiembre de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R
Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916, Reclamación presentada por el Japón*, WT/DS162/R y Add.1, adoptado el 26 de septiembre de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R
Estados Unidos - Madera blanda IV	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004
Estados Unidos - Madera blanda VI	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Investigación de la Comisión de Comercio Internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS277/R, adoptado el 26 de abril de 2004
Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS320/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS320/R y Add.1 a Add.7, adoptado el 14 de noviembre de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS320/AB/R
Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS212/RW, adoptado el 27 de septiembre de 2005
Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS449/AB/R y Corr.1, adoptado el 22 de julio de 2014
Estados Unidos - Reducción a cero (CE)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero")*, WT/DS294/R, adoptado el 9 de mayo de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS294/AB/R
Estados Unidos - Superfund	Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, L/6175, adoptado el 17 de junio de 1987, IBDD 34S/157
Guatemala - Cemento I	Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998
India - Automóviles	Informe del Grupo Especial, *India - Medidas que afectan al sector del automóvil*, WT/DS146/R, WT/DS175/R y Corr.1, adoptado el 5 de abril de 2002
India - Derechos de importación adicionales	Informe del Órgano de Apelación, *India - Derechos adicionales y derechos adicionales suplementarios sobre las importaciones procedentes de los Estados Unidos*, WT/DS360/AB/R, adoptado el 17 de noviembre de 2008

Título abreviado	Título completo y referencia
India - Patentes (Estados Unidos)	Informe del Órgano de Apelación, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998
India - Productos agropecuarios	Informe del Órgano de Apelación, *India - Medidas relativas a la importación de determinados productos agropecuarios*, WT/DS430/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2015
India - Restricciones cuantitativas	Informe del Grupo Especial, *India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales*, WT/DS90/R, adoptado el 22 de septiembre de 1999, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS90/AB/R
Indonesia - Automóviles	Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, y Corr.3 y Corr.4
Japón - Bebidas alcohólicas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
Japón - Cuero (Estados Unidos II)	Informe del Grupo Especial del GATT, *Medidas aplicadas por el Japón a las importaciones de cuero*, L/5623, adoptado el 15 de mayo de 1984, IBDD 31S/104
Japón - DRAM (Corea)	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea*, WT/DS336/AB/R y Corr.1, adoptado el 17 de diciembre de 2007
Japón - DRAM (Corea)	Informe del Grupo Especial, *Japón - Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea*, WT/DS336/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS336/AB/R
Japón - Manzanas	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
Japón - Productos agrícolas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999
México - Impuestos sobre los refrescos	Informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/AB/R, adoptado el 24 de marzo de 2006
México - Telecomunicaciones	Informe del Grupo Especial, *México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS204/R, adoptado el 1º de junio de 2004
República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos	Informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS302/R, adoptado el 19 de mayo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS302/AB/R
Rusia - Porcinos (UE)	Informe del Grupo Especial, *Federación de Rusia - Medidas relativas a la importación de porcinos vivos, carne de porcino y otros productos de porcino procedentes de la Unión Europea*, WT/DS475/R y Add.1, adoptado el 21 de marzo de 2017, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS475/AB/R
Tailandia - Cigarrillos	Informe del Grupo Especial del GATT, *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/222
Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)	Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, WT/DS371/AB/R, adoptado el 15 de julio de 2011
Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)	Informe del Grupo Especial, *Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, WT/DS371/R, adoptado el 15 de julio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS371/AB/R
Tailandia - Vigas doble T	Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia*, WT/DS122/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
UE - Carne de aves de corral (China)	Informe del Grupo Especial, *Unión Europea - Medidas que afectan a concesiones arancelarias relativas a determinados productos de carne de aves de corral*, WT/DS492/R y Add.1, adoptado el 19 de abril de 2017

1 INTRODUCCIÓN

1.1 Reclamación de Honduras

1.1. El 4 de abril de 2012, Honduras solicitó la celebración de consultas con Australia con respecto a las medidas y alegaciones que se exponen a continuación. Esa solicitud se hizo de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), el artículo 64 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), el artículo 14 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) y el artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994).[1]

1.2. Las consultas entre Honduras y Australia se celebraron el 1º de mayo de 2012. Esas consultas no permitieron resolver la diferencia.[2]

1.2 Reclamación de la República Dominicana

1.3. El 18 de julio de 2012, la República Dominicana solicitó la celebración de consultas con Australia con respecto a las medidas y alegaciones que se exponen a continuación. Esa solicitud se hizo de conformidad con el artículo 4 del ESD, el artículo XXII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 1 del artículo 14 del Acuerdo OTC.[3]

1.4. Las consultas entre la República Dominicana y Australia se celebraron el 27 de septiembre de 2012. Esas consultas no lograron resolver la diferencia.[4]

1.3 Reclamación de Cuba

1.5. El 3 de mayo de 2013, Cuba solicitó la celebración de consultas con Australia. Esa solicitud se hizo de conformidad con el artículo 4 del ESD, el artículo XXII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 1 del artículo 14 del Acuerdo OTC, con respecto a las medidas y alegaciones que se exponen a continuación.[5]

1.6. Las consultas entre Cuba y Australia se celebraron el 13 de junio de 2013. Esas consultas no permitieron resolver la diferencia.[6]

1.4 Reclamación de Indonesia

1.7. El 20 de septiembre de 2013, Indonesia solicitó la celebración de consultas con Australia con respecto a las medidas y alegaciones que se exponen a continuación. Esa solicitud se hizo de conformidad con el artículo 4 del ESD, el párrafo 1 del artículo 14 del Acuerdo OTC, el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo XXII del GATT de 1994.[7]

1.8. Las consultas entre Indonesia y Australia se celebraron el 29 de octubre de 2013. Esas consultas no permitieron resolver la diferencia.[8]

1.5 Establecimiento y composición del Grupo Especial

1.5.1 Honduras

1.9. El 15 de octubre de 2012, Honduras solicitó el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 y el artículo 6 del ESD, el párrafo 2 del artículo XXIII del GATT de 1994, el artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 14 del Acuerdo OTC, con

[1] WT/DS435/1.
[2] WT/DS435/16.
[3] WT/DS441/1.
[4] WT/DS441/15.
[5] WT/DS458/1.
[6] WT/DS458/14.
[7] WT/DS467/1.
[8] WT/DS467/15.

el mandato uniforme.[9] En su reunión de 25 de septiembre de 2013, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) estableció, en respuesta a la solicitud presentada por Honduras, un Grupo Especial de conformidad con el artículo 6 del ESD.[10]

1.10. El mandato del Grupo Especial es el siguiente:

> Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por Honduras en el documento WT/DS435/16, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.[11]

1.11. La Argentina, el Brasil, el Canadá, Chile, China, Cuba, el Ecuador, los Estados Unidos, Filipinas, Guatemala, la India, Indonesia, el Japón, Malasia, Malawi, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Panamá, el Perú, la República de Corea, la República Dominicana, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, el Taipei Chino, Turquía, Ucrania, la Unión Europea, el Uruguay, Zambia y Zimbabwe notificaron su interés en participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

1.12. El 26 de marzo de 2014, Australia solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 8 del ESD.[12]

1.5.2 República Dominicana

1.13. El 9 de noviembre de 2012, la República Dominicana solicitó el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 y el artículo 6 del ESD, el artículo XXIII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 1 del artículo 14 del Acuerdo OTC, con el mandato uniforme.[13] En su reunión de 25 de abril de 2014, el OSD estableció, en respuesta a la solicitud presentada por la República Dominicana, un Grupo Especial de conformidad con el artículo 6 del ESD.[14]

1.14. El mandato del Grupo Especial es el siguiente:

> Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por la República Dominicana en el documento WT/DS441/15, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.[15]

1.15. La Argentina, el Brasil, el Canadá, Chile, China, Cuba, el Ecuador, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Filipinas, Guatemala, Honduras, la India, Indonesia, el Japón, Malasia, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, el Perú, el Reino de la Arabia Saudita, la República de Corea, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, el Taipei Chino, Trinidad y Tabago, Turquía, Ucrania, la Unión Europea, el Uruguay y Zimbabwe notificaron su interés en participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

1.16. El 25 de abril de 2014, Australia solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 8 del ESD.[16]

1.5.3 Cuba

1.17. El 4 de abril de 2014, Cuba solicitó el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 y el artículo 6 del ESD, el artículo XXIII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 1 del artículo 14 del

[9] WT/DS435/16.
[10] Véase WT/DSB/M/337.
[11] WT/DS435/18/Rev.1.
[12] WT/DS435/18/Rev.1.
[13] WT/DS441/15.
[14] Véase WT/DSB/M/344.
[15] WT/DS441/17/Rev.1.
[16] WT/DS441/17/Rev.1.

Acuerdo OTC.[17] En su reunión de 25 de abril de 2014, el OSD estableció, en respuesta a la solicitud presentada por Cuba, un Grupo Especial de conformidad con el artículo 6 del ESD.[18]

1.18. El mandato del Grupo Especial es el siguiente:

> Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por Cuba en el documento WT/DS458/14, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.[19]

1.19. La Argentina, el Brasil, el Canadá, Chile, China, el Ecuador, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Filipinas, Guatemala, Honduras, la India, Indonesia, el Japón, Malasia, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, el Perú, el Reino de la Arabia Saudita, la República de Corea, la República Dominicana, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, el Taipei Chino, Turquía, Ucrania, la Unión Europea, el Uruguay y Zimbabwe notificaron su interés en participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

1.20. El 25 de abril de 2014, Australia solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 8 del ESD.[20]

1.5.4 Indonesia

1.21. El 3 de marzo de 2014, Indonesia solicitó el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 y el artículo 6 del ESD, el artículo XXIII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 1 del artículo 14 del Acuerdo OTC, con el mandato uniforme.[21] En su reunión de 26 de marzo de 2014, el OSD estableció, en respuesta a la solicitud presentada por Indonesia en el documento WT/DS467/15, un Grupo Especial de conformidad con el artículo 6 del ESD.[22]

1.22. El mandato del Grupo Especial es el siguiente:

> Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por Indonesia en el documento WT/DS467/15, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.[23]

1.23. La Argentina, el Brasil, el Canadá, Chile, China, Cuba, el Ecuador, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Filipinas, Guatemala, Honduras, la India, el Japón, Malasia, Malawi, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, el Perú, la República de Corea, la República Dominicana, Singapur, Tailandia, el Taipei Chino, Turquía, Ucrania, la Unión Europea, el Uruguay y Zimbabwe notificaron su interés en participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

1.24. El 23 de abril de 2014, Australia solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 8 del ESD.[24]

1.5.5 Acuerdo de procedimiento entre Australia, Ucrania[25], Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia

1.25. El 24 de abril de 2014, antes de que se establecieran los grupos especiales en las diferencias planteadas por la República Dominicana y Cuba, Australia envió una comunicación al Presidente del OSD en nombre de todas las partes en las diferencias DS435, DS441, DS458

[17] WT/DS458/14.
[18] Véase WT/DSB/M/344.
[19] WT/DS458/16/Rev.1.
[20] WT/DS458/16/Rev.1.
[21] WT/DS467/15.
[22] Véase WT/DSB/M/343.
[23] WT/DS467/17/Rev.1.
[24] WT/DS467/17/Rev.1.
[25] Véase la sección 1.6.6 *infra*.

y DS467, así como en relación con las actuaciones en la diferencia DS434.[26] Esa comunicación se refería a determinadas disposiciones relativas a la composición de los Grupos Especiales y al calendario de los Grupos Especiales en dichas diferencias. En la comunicación se afirmaba que la República Dominicana y Cuba seguirían adelante con sus solicitudes de establecimiento de un grupo especial en la reunión del OSD de 25 de abril de 2014 y que Australia accedería al establecimiento de esos grupos especiales en esa reunión.[27]

1.26. Además, Australia informó de que solicitaría al Director General que estableciera la composición de los grupos especiales en las diferencias DS441 y DS458. En la comunicación también se señalaba que las partes habían convenido en armonizar el calendario de las actuaciones de los Grupos Especiales en las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 9 del ESD. Asimismo, las partes indicaron que "har[ían] todo lo posible para acordar un calendario a fin de proponerlo a los Grupos Especiales".[28]

1.27. El 5 de mayo de 2014, el Director General procedió en consecuencia a establecer la composición de los Grupos Especiales, que es la siguiente[29]:

Presidente:	Sr. Alexander Erwin
Miembros:	Sr. François Dessemontet Sra. Billie Miller

1.6 Actuaciones del Grupo Especial

1.6.1 Aspectos generales

1.28. El 19 de mayo de 2014, de conformidad con su acuerdo de procedimiento de 24 de abril de 2014[30], las partes presentaron al Grupo Especial[31], para su consideración, una propuesta de calendario.

1.29. El 26 de mayo de 2014, el Grupo Especial presentó a las partes un proyecto de procedimiento de trabajo y un proyecto de calendario. Explicó que en su proyecto de calendario "se tomaban debidamente en cuenta los plazos previstos por las partes para varias etapas de las actuaciones".[32] Señaló asimismo que entendía que en el calendario propuesto conjuntamente por las partes se daba por supuesto que no se celebrarían reuniones sustantivas, ni sesiones destinadas a los terceros, por separado para cada diferencia, sino conjuntamente para todas las diferencias. En consecuencia, y a fin de facilitar una gestión eficiente de las actuaciones, el proyecto de procedimiento de trabajo del Grupo Especial trataba de integrar en la mayor medida posible la sustanciación de estas, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9 del ESD.[33]

1.30. El Grupo Especial adoptó su Procedimiento de trabajo[34] y su calendario el 17 de junio de 2014. El Procedimiento de trabajo fue modificado el 1º de octubre de 2014, para reflejar la decisión del Grupo Especial concerniente a la adopción de un procedimiento relativo a la IEC[35], y el

[26] Posteriormente, se suspendieron las actuaciones del Grupo Especial en relación con la diferencia DS434 (Ucrania). Véase la sección 1.6.6 *infra*.
[27] WT/DS435/17, WT/DS441/16, WT/DS458/15 y WT/DS467/16.
[28] WT/DS435/17, WT/DS441/16, WT/DS458/15 y WT/DS467/16.
[29] WT/DS434/13, WT/DS435/18/Rev.1, WT/DS458/16/Rev.1 y WT/DS467/17/Rev.1.
[30] Véase la sección 1.5.5.
[31] Para facilitar la lectura, se aludirá colectivamente como el Grupo Especial a los Grupos Especiales a cargo de los asuntos DS435, DS441, DS458 y DS467.
[32] Comunicación de 26 de mayo de 2014 del Grupo Especial a las partes.
[33] Comunicación de 26 de mayo de 2014 del Grupo Especial a las partes.
[34] Véase en el anexo A-1 el Procedimiento de trabajo del Grupo Especial. En los presentes informes se hace referencia a las pruebas documentales presentadas por Honduras como HND-#, a las presentadas por la República Dominicana como DOM-#, a las presentadas por Cuba como CUB-#, a las presentadas por Indonesia como IDN-#, y a las presentadas por Australia como AUS-#. A las pruebas documentales presentadas conjuntamente por la República Dominicana, Honduras e Indonesia se hace referencia como DOM/HND/IDN-#; a las presentadas por la República Dominicana y Honduras, como DOM/HND-#; a las presentadas por la República Dominicana e Indonesia, como DOM/IDN-#; y a las presentadas conjuntamente por todos los reclamantes, como JE-#.
[35] Véase la sección 1.6.3 *infra*.

15 de diciembre de 2014, para reflejar la decisión del Grupo Especial concerniente a los derechos de tercero ampliados.[36]

1.31. El Grupo Especial celebró una primera reunión sustantiva con las partes los días 1º y 3 a 5 de junio de 2015. El 3 de junio de 2015 tuvo lugar una sesión con los terceros. El Grupo Especial celebró una segunda reunión sustantiva con las partes los días 28 a 30 de octubre de 2015.

1.32. El 8 de abril de 2016 el Grupo Especial dio traslado a las partes del proyecto de parte expositiva de sus informes. El 2 de mayo de 2017 dio traslado a las partes de sus informes provisionales. El 25 de septiembre de 2017 dio traslado a las partes de sus informes definitivos.

1.6.2 Resoluciones preliminares sobre el mandato del Grupo Especial

1.33. El 7 de mayo de 2014 Australia presentó al Grupo Especial solicitudes de resoluciones preliminares relativas a la compatibilidad de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por la República Dominicana, Cuba e Indonesia con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

1.34. Australia solicitó al Grupo Especial que dictara resoluciones preliminares de procedimiento que excluyeran de su mandato la "lista *no exhaustiva* de medidas conexas y medidas que 'complementen o amplíen' las medidas identificadas explícitamente" en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por Cuba, Indonesia y la República Dominicana, porque en las solicitudes no se "identifican las medidas concretas en litigio".[37] Por lo que respecta a la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, Australia también impugnó la inclusión de las alegaciones formuladas por Cuba al amparo del artículo 6*bis* del Convenio de París (leído con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC); el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC; el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC; y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC.[38] Australia solicitó al Grupo Especial que dictara resoluciones preliminares con respecto a esas cuestiones antes de la presentación de las primeras comunicaciones escritas.

1.35. El 11 de junio de 2014, la República Dominicana, Cuba e Indonesia presentaron sendas respuestas a la solicitud de Australia relativa a sus respectivos procedimientos. En la misma fecha, el Grupo Especial dio a los terceros la oportunidad de hacer observaciones sobre las solicitudes de Australia. El 17 de junio de 2014, el Grupo Especial recibió observaciones de la Unión Europea, y el 18 de junio de 2014 de la Argentina, el Brasil, el Canadá, Guatemala y México. Recibió también observaciones de Honduras, Indonesia y la República Dominicana en su calidad de terceros en las diferencias de los demás.[39]

1.36. El 1º de julio de 2014 el Grupo Especial recibió observaciones de Australia sobre las respuestas de la República Dominicana, Cuba e Indonesia a las solicitudes de resoluciones preliminares formuladas por Australia. El 8 de julio de 2014 la República Dominicana y Cuba presentaron observaciones sobre las observaciones de Australia. Indonesia no presentó observaciones.

1.37. El 19 de agosto de 2014 el Grupo Especial dio traslado a las partes y a los terceros de sus resoluciones preliminares, indicando que estas pasarían a formar parte integrante de su informe, con sujeción a cualquier modificación o ampliación del razonamiento, ya fuera en una resolución ulterior o en el informe del Grupo Especial.

[36] Véase la sección 1.6.4 *infra*.

[37] Solicitud de resolución preliminar de procedimiento formulada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la República Dominicana, párrafo 1; solicitud de resolución preliminar de procedimiento formulada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, párrafo 1; y solicitud de resolución preliminar de procedimiento formulada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 1(iii). (las cursivas figuran en el original)

[38] Solicitud de resolución preliminar formulada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 1(i).

[39] Véanse WT/DS441/19, WT/DS458/18 y WT/DS467/19.

1.38. En lo tocante a las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por la República Dominicana, Cuba e Indonesia, el Grupo Especial constató que "los términos 'incluidas', 'complementen' y 'amplíen', utilizados en [esas] solicitud[es] de establecimiento de un grupo especial no son, por la forma en que están redactados, incompatibles con la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de identificar las medidas concretas en litigio".[40]

1.39. Por lo que respecta a la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, el Grupo Especial también mantuvo que "las alegaciones adicionales presentadas por Cuba en su solicitud de establecimiento de un grupo especial están estrechamente relacionadas con las que constituyeron los fundamentos jurídicos de su solicitud de celebración de consultas y, a nuestro juicio, cabe afirmar razonablemente que se han derivado de los fundamentos jurídicos que configuraron el objeto de las consultas". En consecuencia, el Grupo Especial "no esta[ba] convencido[] de que, en las circunstancias de la presente diferencia, las alegaciones de Cuba al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) tengan por efecto 'la modificación de la esencia de la reclamación'. Consideramos que su adición en la solicitud de Cuba de establecimiento de un grupo sigue estando dentro de los límites del 'grado de flexibilidad' concedido a los Miembros al formular sus reclamaciones en su solicitud de establecimiento de un grupo especial".[41]

1.40. Esas resoluciones se distribuyeron al OSD el 27 de octubre de 2014.[42]

1.6.3 Procedimiento de trabajo relativo a la información estrictamente confidencial (IEC)

1.41. El 15 de septiembre de 2014, las partes solicitaron conjuntamente al Grupo Especial que adoptara adiciones a su Procedimiento de trabajo y un procedimiento de trabajo adicional relativo a la información estrictamente confidencial, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 del ESD. Los reclamantes explicaron que esos procedimientos eran necesarios para que pudieran proporcionar al Grupo Especial datos de dominio privado, corporativos e industriales que les habían sido facilitados bajo una garantía de confidencialidad. Además, Australia afirmó que la protección era necesaria para dar garantías a distintos organismos gubernamentales que habían facilitado determinada información para su uso en estas diferencias. A la luz de las explicaciones dadas por las partes, el Grupo Especial acordó adoptar un procedimiento adicional para la protección de la IEC y modificar en consecuencia su Procedimiento de trabajo.[43]

1.6.4 Solicitudes de derechos de tercero ampliados

1.42. En mayo y en junio de 2014 el Grupo Especial recibió del Brasil, el Canadá, Guatemala, México, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, la Unión Europea y el Uruguay solicitudes de derechos de tercero ampliados.[44]

1.43. El 15 de diciembre de 2014, tras consultar a las partes y a los terceros, el Grupo Especial decidió otorgar a los terceros los siguientes derechos adicionales: a) acceso a las comunicaciones de réplica de las partes; y b) acceso a las versiones escritas definitivas de las declaraciones inicial y final de las partes en la primera y la segunda reuniones sustantivas. El Grupo Especial señaló asimismo que con arreglo a su Procedimiento de trabajo estaba facultado para hacer preguntas a los terceros, oralmente o por escrito, en cualquier etapa de sus actuaciones. Señaló también que el acceso de los terceros a esos documentos estaría sujeto a lo dispuesto en el Procedimiento de trabajo adicional relativo a la información estrictamente confidencial adoptado por el Grupo Especial.

[40] WT/DS441/19, párrafo 5.36; WT/DS458/18, párrafo 5.71; y WT/DS467/19, párrafo 5.35.
[41] WT/DS458/18, párrafo 3.53.
[42] WT/DS441/19, DS458/18 y WT/DS467/19.
[43] El procedimiento adicional relativo a la IEC se adoptó el 1º de octubre de 2014 y se reproduce en el anexo A-2.
[44] Comunicación del Brasil de 12 de mayo de 2014; comunicación del Canadá de 16 de mayo de 2014; comunicación de Guatemala de 6 de mayo de 2014; comunicación de México de 16 de mayo de 2014; comunicación de Nicaragua de 12 de junio de 2014; comunicación de Noruega de 27 de mayo de 2014; comunicación de Nueva Zelandia de 22 de mayo de 2014; comunicación de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014; y comunicación del Uruguay de 11 de junio de 2014.

1.44. El Grupo Especial comunicó a las partes y a los terceros que al adoptar su decisión había tenido especialmente en cuenta el interés económico de la producción y el comercio de productos de tabaco identificado por varios terceros, así como la posible repercusión de las diferencias en las políticas comerciales a la luz del debate en curso en materia de política comercial mantenido por varios terceros sobre la posible adopción de medidas de control del tabaco, incluidas las prescripciones de empaquetado genérico.

1.45. El Grupo Especial estimó que la combinación de esos factores en las presentes diferencias justificaba el otorgamiento de determinados derechos adicionales en forma de acceso a los documentos arriba mencionados. En atención a las debidas garantías procesales, y con arreglo al criterio aplicado por determinados grupos especiales en casos anteriores[45], el Grupo Especial también consideró adecuado hacer extensivos los mismos derechos ampliados a todos los terceros. Los derechos adicionales otorgados permitirían que los terceros participaran de manera más significativa en las actuaciones del Grupo Especial, y que sus intereses se tuvieran plenamente en cuenta, sin por ello imponer al Grupo Especial, a las partes o a la Secretaría una carga de trabajo excesiva, demorar las actuaciones o perturbar el equilibrio entre los respectivos intereses de las partes y los terceros en las diferencias.

1.6.5 Comunicaciones *amicus curiae*

1.46. En una comunicación fechada el 17 de junio de 2014, el Grupo Especial comunicó a las partes que no incluía en su calendario una fecha límite para la presentación de escritos *amicus curiae*. No obstante, añadió que no preveía que estuviera en condiciones de examinar las comunicaciones *amicus curiae* que se le presentaran después del final de marzo de 2015, ya que aceptar escritos *amicus curiae* después de esa fecha podría causar demoras innecesarias y perturbar la sustanciación ordenada del procedimiento del Grupo Especial. El Grupo Especial indicó que esa determinación era sin perjuicio de sus facultades para pronunciarse sobre la admisibilidad y la pertinencia de cualquier comunicación no solicitada. Se invitó a las partes a que expusieran sus opiniones sobre la admisibilidad y pertinencia de cualquier comunicación *amicus curiae* en sus primeras comunicaciones escritas o en la primera reunión sustantiva.

1.47. El 20 de agosto de 2014, el Grupo Especial recibió una comunicación *amicus curiae* no solicitada de un grupo de organizaciones empresariales.[46] El 1º de septiembre de 2014, el Grupo Especial remitió esa comunicación a las partes y a los terceros, y al mismo tiempo informó a los terceros acerca del enfoque que adoptaría con respecto a las comunicaciones *amicus curiae* recibidas en el curso de las actuaciones.

1.48. El 15 de diciembre de 2014, tras la introducción de determinadas revisiones en el calendario, el Grupo Especial comunicó a las partes y a los terceros que "no estaría en condiciones de examinar información no solicitada que se le presentara después del 27 de abril de 2015".

1.49. El Grupo Especial recibió 35 comunicaciones *amicus curiae* adicionales no solicitadas el 27 de abril de 2015 o antes de esa fecha, y después de ella cinco comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas.[47]

---

[45] Véanse los informes de los Grupos Especiales, *CE - Preferencias arancelarias*, anexo A; y *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, párrafos 2.5-2.7.

[46] Presentaron conjuntamente esta comunicación las siguientes organizaciones: Emergency Committee for American Trade; National Association of Manufacturers of the United States; National Foreign Trade Council; Paperboard Packaging Council; Printing Industries of America; Independent Packaging Association; United States Chamber of Commerce; y United States Council for International Business.

[47] El Grupo Especial recibió comunicaciones *amicus curiae* de fecha 27 de abril de 2015, o anterior, de las siguientes organizaciones: Emergency Committee for American Trade, National Association of Manufacturers of the United States, National Foreign Trade Council, Paperboard Packaging Council, Printing Industries of America, Independent Packaging Association, United States Chamber of Commerce, y United States Council for International Business; Associação Brasileira da Propriedade Intelectual; American Chamber of Commerce in the Netherlands; Federation of Philippine Industries; Confederação Nacional da Indústria (Brasil); Federation of Attica and Piraeus Industries; Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay; Federação des Industrias do Estado da Bahia; Japan Business Federation; Intellectual Property Association de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN); Institute of Public Affairs; Cámara de Industria de Guatemala; Trade-related IPR Protection Association; Indonesian Chamber of Commerce and Industry; Montenegrin Employers Federation; Taxpayers Association of Europe; International Trademark Association;

1.50. Australia presentó como pruebas documentales tres comunicaciones *amicus curiae*, de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la secretaría del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT)[48]; de Healthy Caribbean Coalition; y de la Unión Internacional para el Control del Cáncer y el Consejo contra el Cáncer de Australia.[49] Honduras, Indonesia y la República Dominicana presentaron como prueba documental 36 comunicaciones *amicus curiae*.[50]

1.6.6 Suspensión de las actuaciones y caducidad de la decisión de establecer el Grupo Especial en la diferencia DS434

1.51. En la fecha de adopción del Procedimiento de trabajo y el calendario del Grupo Especial, estas actuaciones también afectaban a la diferencia DS434, iniciada por Ucrania. Ucrania participó en ellas como parte hasta el 30 de mayo de 2015.[51] El 28 de mayo de 2015, el Grupo Especial recibió una solicitud de Ucrania de que se suspendieran las actuaciones en la diferencia DS434 de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 12 del artículo 12 del ESD. En una carta fechada el 29 de mayo de 2015, Australia indicó que "apoyaba la solicitud de Ucrania de suspensión de las actuaciones por cuanto ... la suspensión tendrá lugar 'con miras a encontrar una solución mutuamente convenida'".

1.52. El párrafo 12 del artículo 12 del ESD dispone que a instancia de la parte reclamante un grupo especial podrá suspender sus trabajos por un período que no exceda de 12 meses. El 30 de mayo de 2015, tras consultar también a las partes en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467, el Grupo Especial envió a las partes una comunicación en la que las informaba de que había accedido a la solicitud de Ucrania y suspendido sus trabajos en la diferencia DS434. En su

Australian Retailers Association; Japan Intellectual Property Association; Association of European Businesses in Russia, American Chamber of Commerce in Russia y RusBrand; International Tobacco Growers' Association; Patent and Trademark Attorneys Association - Turkey; Aegean Exporters Association; European Association of Trade Mark Owners (MARQUES); United States Chamber of Commerce; EU-ASEAN Business Council, EU-Malaysia Chamber of Commerce and Industry, European Chamber of Commerce in Singapore, European Chamber of Commerce of the Philippines, European Chamber of Commerce and Industry in Lao PDR, y European Association of Business and Commerce in Thailand; American Chamber of Commerce in Thailand; Romanian Small and Medium Retailers Association; Association of Trademarks and Design Rights Practitioners; Canadian Manufacturers and Exporters; Federation of Korean Industries; Polish Chamber of Trade; Union des Fabricants; Healthy Caribbean Coalition; Union for International Cancer Control; Cancer Council Australia; y la Organización Mundial de la Salud y la secretaría del Convenio Marco para el Control del Tabaco. El Grupo Especial recibió comunicaciones *amicus curiae* de fecha posterior al 27 de abril de 2015 de las siguientes organizaciones: Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs; Graphic Association Denmark; American Chamber Mexico; Malaysian International Chamber of Commerce and Industry; y Confederation of Danish Industry.

[48] Organización Mundial de la Salud y secretaría del Convenio Marco para el Control del Tabaco, "Información de una no parte para el Grupo Especial", 16 de febrero de 2015 (Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT) (Prueba documental AUS-42, revisada).

[49] Comunicación de 22 de abril de 2015 de Healthy Caribbean Coalition al Grupo Especial (Prueba documental AUS-515); y Escrito *amici curiae* de la UICC y el CCA (Prueba documental AUS-38).

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

[51] El 19 de agosto de 2014, en respuesta a una solicitud presentada por Australia, el Grupo Especial emitió una resolución preliminar respecto de su mandato en la diferencia DS434 (véase WT/DS434/15).

comunicación, el Grupo Especial también observó que Ucrania seguía estando facultada para participar como tercero en las actuaciones del Grupo Especial en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467. Señaló asimismo que tanto Ucrania como las partes entendían que la primera comunicación escrita de Ucrania en la diferencia DS434 y las pruebas conexas permanecerían en el expediente como una comunicación presentada válidamente en calidad de tercero en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467.[52] Conforme a lo dispuesto en el párrafo 9 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial[53], este también invitó a las partes a que, si todavía no lo hubieran hecho, dieran indicaciones claras sobre cuáles de los argumentos y pruebas presentados por Ucrania deseaban hacer suyos.[54]

1.53. El 1º de junio de 2015, tras consultar a las partes, el Grupo Especial se puso en contacto con el Ecuador, Egipto y Moldova, que eran terceros en la diferencia iniciada por Ucrania, pero no en las iniciadas por Honduras, la República Dominicana, Cuba o Indonesia. El Grupo Especial comunicó al Ecuador, a Egipto y a Moldova que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 10 del ESD, tendrían que notificar al OSD su interés en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467 si deseaban participar en una o más de esas actuaciones, incluida la sesión destinada a los terceros de la primera reunión sustantiva. El 1º de junio de 2015, el Ecuador notificó al Presidente del OSD su interés en participar como tercero en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467. El 2 de junio de 2015, Moldova comunicó al Grupo Especial que no deseaba participar como tercero en las demás diferencias.[55]

1.54. El 2 de junio de 2015, el Grupo Especial comunicó al Presidente del OSD su decisión de acceder a la solicitud de Ucrania y suspender sus trabajos en la diferencia DS434, y pidió que su comunicación se distribuyera a los Miembros. La decisión del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros el 3 de junio de 2015.[56] Durante los 12 meses siguientes a la suspensión no se solicitó al Grupo Especial que reanudara sus trabajos en la diferencia DS434. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, la decisión de establecer el Grupo Especial en esa diferencia quedó sin efecto el 30 de mayo de 2016. El 30 de junio de 2016, la Secretaría emitió una nota en la que informó de ello al conjunto de los Miembros.[57]

1.6.7 Solicitudes de información en virtud del artículo 13 del ESD

1.55. El artículo 13 del ESD dispone lo siguiente:

> 1. Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro. Los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente. La información confidencial que se proporcione no deberá ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del Miembro que la haya facilitado.

[52] El párrafo 20 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial dispone que "cuando una parte reclamante presente su primera comunicación escrita en una diferencia se considerará que lo hace en ejercicio de sus derechos en calidad de tercero en las otras cuatro diferencias. Cuando se presenten argumentos solo en calidad de tercero, estos se identificarán claramente como tales". En la sección de constataciones de los presentes informes se citan los argumentos presentados por Ucrania en su primera comunicación escrita como "Primera comunicación escrita de Ucrania", tal como se presentó inicialmente, aunque en el entendimiento de que en las presentes diferencias reviste la condición de comunicación presentada en calidad de tercero.

[53] El párrafo 9 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial dispone que "[u]na parte que desee utilizar o incorporar por remisión argumentos y/o pruebas presentados por otra parte o por un tercero podrá hacerlo, a condición de que identifique claramente los argumentos y/o las pruebas concretos a los que se refiera y su fuente".

[54] Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia comunicaron esa información por separado en cartas fechadas el 8 de julio de 2015. El 13 de julio de 2015, Cuba envió una comunicación adicional sobre esta cuestión.

[55] El 1º de junio de 2015, Honduras, la República Dominicana e Indonesia también presentaron como prueba documental en estas actuaciones la comunicación de Moldova en calidad de tercero. Véase la Prueba documental DOM/HND/IDN-2.

[56] WT/DS434/16.

[57] WT/DS434/17.

> 2. Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. En el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.

1.56. Como se detalla más abajo, en el curso de las actuaciones las partes solicitaron varias veces al Grupo Especial que en ejercicio de sus facultades recabara, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13, información relativa a las pruebas presentadas por otra parte.

1.57. El Grupo Especial también obró en ejercicio de sus facultades para recabar información de la OMS y la secretaría del CMCT, la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Consejo contra el Cáncer de Queensland (CCQ) y el Consejo contra el Cáncer de Victoria (CCV).

1.6.7.1 Solicitud de información a la OMS y a la secretaría del CMCT

1.58. Durante las actuaciones, las partes hicieron referencia al CMCT y a las Directrices para la aplicación del CMCT (Directrices del CMCT), en particular por lo que respecta a la aplicación de los artículos 11 y 13 del Convenio.[58]

1.59. El 16 de febrero de 2015, la OMS y la secretaría del CMCT dirigieron una comunicación conjunta al Grupo Especial, en la que le solicitaron permiso para presentar información y proporcionaron determinada información relativa al CMCT.[59] En la comunicación también se indicaba que la OMS y la secretaría del CMCT estaban dispuestas a proporcionar información adicional si el Grupo Especial lo solicitaba.[60]

1.60. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del ESD, y tras consultar a las partes, el Grupo Especial estimó que, a la luz de las competencias de la OMS y la Secretaría del CMCT por lo que respecta al CMCT, le sería útil recibir de dichas instituciones otra información fáctica concerniente al CMCT y, en particular, las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 11 del CMCT y las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 13 del CMCT (Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT).[61] El Grupo Especial también tuvo en cuenta una solicitud de Indonesia de que el Grupo Especial recabara determinada información adicional de la OMS y la secretaría del CMCT.[62]

---

[58] Véase el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco: Directrices para la aplicación del CMCT (edición de 2013) (Directrices para la aplicación del CMCT (edición 2013)) (Pruebas documentales AUS-109, DOM-44), páginas 55-69 y 95-114; "Directrices para la aplicación del artículo 11 (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco)", documento FCTC/COP3(10), extraído de Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, "Decisiones", Tercera reunión, Durban (Sudáfrica) (17-22 de noviembre de 2008), documento FCTC/COP/3/DIV/3, de 16 de febrero de 2009 (Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10)) (Prueba documental JE-20); y "Directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco)", documento FCTC/COP3(12), extraído de Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, "Decisiones", Tercera reunión, Durban (Sudáfrica) (17-22 de noviembre de 2008), documento FCTC/COP/3/DIV/3, de 16 de febrero de 2009 (Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12)) (Prueba documental JE-21). La sección 2.4 *infra* contiene detalles sobre el CMCT e instrumentos conexos.

[59] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42, revisada).

[60] Organización Mundial de la Salud y secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, "*Request for Permission to Submit Information to the Panel by a Non-Party*", 16 de febrero de 2015 (Solicitud de autorización para facilitar información presentada por la OMS y el CMCT) (Prueba documental AUS-42, revisada), párrafo 15.

[61] En aras de la sencillez y por razones de conveniencia, cuando se alude a ellas *por separado*, nos referiremos a las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 11 del CMCT y las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 13 del CMCT como las "Directrices relativas al artículo 11 del CMCT" y las "Directrices relativas al artículo 13 del CMCT", respectivamente. Véanse también los párrafos 2.107-2.109 *infra*.

[62] Comunicación de Indonesia al Grupo Especial de 22 de abril de 2015. La República Dominicana anteriormente había solicitado información a la secretaría del CMCT de la OMS respecto del material en que se habían apoyado los grupos de trabajo del CMCT de la OMS para adoptar las dos Directrices. Comunicación

1.61. Así pues, el 14 de septiembre de 2015 el Grupo Especial invitó a la OMS y a la secretaría del CMCT a que proporcionaran información fáctica relacionada con i) el proceso en virtud del cual se adoptaron las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT; ii) la naturaleza y la función prevista de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT por lo que respecta al empaquetado genérico de productos del tabaco; iii) los aspectos específicos del texto de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que afectan a la implementación del empaquetado genérico de productos del tabaco; y iv) cualesquiera materiales preparatorios disponibles (incluidos testimonios científicos o técnicos) examinados por la Conferencia de las Partes en el CMCT en sus deliberaciones conducentes a la adopción de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT.

1.62. El 5 de octubre de 2015, en respuesta a la solicitud del Grupo Especial, la OMS y la secretaría del CMCT proporcionaron información adicional que, según indicaron, debía leerse en el contexto de la información presentada el 16 de febrero de 2015. La OMS y la secretaría del CMCT explicaron que, como los grupos de trabajo se reúnen a puerta cerrada, "la secretaría del Convenio no tiene el mandato permanente de dar a conocer los materiales preparatorios de los grupos de trabajo" que condujeron a la adopción de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT.[63] La OMS y la secretaría del CMCT explicaron también que, respecto de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, mediante la Decisión FCTC/COP3(10) de la Conferencia de las Partes en el CMCT, se levantó en forma parcial la restricción relativa a la divulgación de información, y posteriormente la secretaría del Convenio confeccionó una lista de los recursos de dominio público.[64] La OMS y la secretaría del CMCT explicaron asimismo que, con respecto a las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, "no ha habido una decisión de la Conferencia de las Partes que ordene a la secretaría del Convenio hacer públicos los materiales preparatorios".[65]

1.6.7.2 Solicitud de información a la Oficina Internacional de la OMPI

1.63. En el curso de las actuaciones, los reclamantes se remitieron a determinadas disposiciones del Acta de Estocolmo del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Convenio de París (1967))[66] por considerarlas pertinentes para la interpretación de las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

1.64. El 14 de septiembre de 2015, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del ESD, y tras consultar a las partes, el Grupo Especial pidió la asistencia de la Oficina Internacional de la OMPI con respecto a información fáctica pertinente para la aplicación del artículo 6*bis*, el artículo 6*quinquies* (y, en particular, el párrafo (A)(1) de ese artículo), el artículo 7 y el artículo 10*bis*, en particular como se refleja en los materiales de las conferencias diplomáticas y acontecimientos posteriores en el marco de la Unión de París.

1.65. El 8 de octubre de 2015, en respuesta a la solicitud del Grupo Especial, la OMPI proporcionó material relacionado con esas disposiciones.

1.6.7.3 Solicitudes de datos presentadas por las partes

1.66. En el curso de las actuaciones, las partes se presentaron mutuamente varias solicitudes de datos en los que se apoyaban determinados informes de expertos y otro material proporcionado al Grupo Especial. Pidieron además al Grupo Especial que, en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 13 del ESD, recabara datos subyacentes en distintas pruebas documentales presentadas por otras partes en el curso de las actuaciones.

---

de 25 de abril de 2014 dirigida por la República Dominicana al Jefe de la secretaría del CMCT de la OMS (Prueba documental DOM-46). La secretaría del CMCT de la OMS rehusó proporcionar esa información, basándose en el "carácter consultivo e intergubernamental del proceso de elaboración de directrices". Comunicación de 26 de mayo de 2014 dirigida por el Jefe de la secretaría del CMCT de la OMS a la República Dominicana (Prueba documental DOM-47).

[63] Información adicional de una no parte para el Grupo Especial presentada en nombre de la Organización Mundial de la Salud y la secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, 5 de octubre de 2015 (Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial), párrafo 68.

[64] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafo 69, nota 63 *supra*.

[65] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafo 68, nota 63 *supra*.

[66] Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, hecho en París, 20 de marzo de 1883, revisado en Estocolmo, 14 de julio de 1967, enmendado el 28 de septiembre de 1979, Naciones Unidas *Treaty Series*, volumen 828, página 305.

1.6.7.3.1 Solicitudes de Australia en relación con pruebas presentadas por la República Dominicana y Ucrania[67] en el contexto de sus primeras comunicaciones escritas

1.67. El 17 octubre de 2014, Australia solicitó al Grupo Especial que en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 13 del ESD recabara de la República Dominicana y de Ucrania información relativa a los conjuntos de datos en que se apoyaban determinados informes de expertos presentados con sus primeras comunicaciones escritas. Concretamente, Australia pidió los conjuntos de datos subyacentes en un informe de un experto presentado por la República Dominicana[68] (informe del IPE), y dos informes de expertos presentados por Ucrania[69] (informe de Neven e informe de Klick).

1.68. El 24 de octubre de 2014, la República Dominicana se comprometió a proporcionar los datos relativos al informe IPE solicitados por Australia. El 31 de octubre de 2014 proporcionó esa información[70] y se ofreció a proporcionar otros datos y el lenguaje informático en que se apoyaba el informe IPE que Australia no había solicitado, si el Grupo Especial lo solicitaba. El 24 de octubre de 2014 Ucrania indicó que en principio no se oponía a proporcionar los conjuntos de datos solicitados, pero afirmó que el artículo 13 del ESD tenía por objeto otorgar al Grupo Especial, no a Australia, el derecho a solicitar la información adicional, y que, en consecuencia, el Grupo Especial debería "guiarse únicamente por sus propias necesidades".

1.69. El 31 de octubre de 2014, el Grupo Especial tomó nota de que la República Dominicana se había comprometido a proporcionar los conjuntos de datos solicitados, y de que Ucrania no se oponía a proporcionar los conjuntos de datos solicitados por Australia. Señaló asimismo que el párrafo 1 del artículo 13 del ESD otorga a los grupos especiales "'facultades investigadoras significativas'[71], y que esas facultades son de 'carácter amplio'".[72] Además, el ESD "confiere a los grupos especiales ... facultades amplias y extensas para emprender y controlar el proceso mediante el cual recaban información tanto sobre los hechos pertinentes de la diferencia como sobre las normas y principios jurídicos aplicables a tales hechos".[73] El Grupo Especial señaló asimismo que en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* el Órgano de Apelación había examinado el ejercicio de esas facultades a fin de obtener información solicitada por otra parte en una diferencia. A ese respecto, el Órgano de Apelación había observado que uno de los aspectos que aseguran que el procedimiento se desarrolle con equidad es que cada parte tenga derecho a saber qué tiene que acreditar, o a qué alegaciones tiene que responder, y que se le dé una oportunidad equitativa y razonable para hacerlo. En consecuencia, aconsejó a los grupos especiales que tuvieran en cuenta las siguientes consideraciones:

> cuál es la información que se necesita para completar el expediente, en posesión de quién obra, qué otros medios razonables podrían utilizarse para obtenerla, por qué no ha sido presentada, si es justo solicitar a la parte que la posee que la presente, y si es

---

[67] Por lo que respecta a la participación de Ucrania en las presentes actuaciones, véase la sección 1.6.6 *supra*.

[68] Esa solicitud concernía a los datos de escáner relativos a ventas al por menor en que se apoyaron D. Afshartous, M. Hagedom, A. Kaul y M. Wolf, "*Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime*", Instituto de Evaluación de Políticas (7 de octubre de 2014) (Informe del IPE) (Prueba documental DOM-100).

[69] Esa solicitud concernía a los datos de venta al por menor de cigarrillos, así como a los datos sobre ingresos y volumen de venta al por menor en Australia y Nueva Zelandia proporcionados por Nielsen, en los que se apoyó D. Neven, "*The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment*" (2 de octubre de 2014) (Informe de Neven) (Prueba documental UKR-3) (IEC) (en que se apoyó Indonesia: véase la comunicación de Indonesia al Grupo Especial de 8 de julio de 2015); y J. Klick, "*The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data*" (26 de julio de 2014) (Informe de Klick) (Prueba documental UKR-5). (en que se apoyaron Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia: véanse la comunicación de Honduras al Grupo Especial de 8 de julio de 2015; las respuestas de la República Dominicana a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva, párrafo 1; la comunicación de Cuba al Grupo Especial de 8 de julio de 2015; y la comunicación de Indonesia al Grupo Especial de 8 de julio de 2015).

[70] Véase la Prueba documental DOM-100.A (IEC).

[71] Comunicación del Grupo Especial de 31 de octubre de 2014, párrafo 8 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la suspensión*, párrafo 439; *Canadá - Continuación de la suspensión*, párrafo 439; y *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129).

[72] Comunicación del Grupo Especial de 31 de octubre de 2014, párrafo 8 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones,* párrafo 104).

[73] Comunicación del Grupo Especial de 31 de octubre de 2014, párrafo 8 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 185).

> probable que la información o las pruebas en cuestión sean necesarias para asegurar el debido proceso y una resolución adecuada de la alegación o las alegaciones pertinentes.[74]

1.70. El Grupo Especial señaló que los conjuntos de datos solicitados por Australia estaban subyacentes en los informes facilitados por Ucrania y a los que esta había recurrido al presentar sus argumentos, y que ese recurso constituía la base del argumento de Australia de que el acceso a los datos era necesario para que pudiera "comprobar la veracidad de las aseveraciones basadas en los datos y, en consecuencia, asegurar el debido proceso y una resolución adecuada de las diferencias".[75] El Grupo Especial observó asimismo que Australia había tratado, sin éxito, de obtener los datos en cuestión de las entidades privadas que los compilaron. El Grupo Especial tenía presente la observación del Órgano de Apelación de que las garantías procesales están vinculadas, entre otras cosas, con el derecho de las partes a que se les conceda una oportunidad adecuada de llevar adelante sus alegaciones, exponer sus defensas y demostrar los hechos, y que puede haber circunstancias en las que una parte no pueda satisfacer su obligación presentando todas las pruebas pertinentes, muy especialmente cuando la información obra exclusivamente en poder de una parte opuesta.[76]

1.71. El Grupo Especial señaló además que Ucrania no había dado a entender que no podría proporcionar la información solicitada o no estaría dispuesta a hacerlo, si se le pedía, y que el Grupo Especial había adoptado un procedimiento de trabajo adicional para la protección de la IEC. Concluyó que procedía facilitar los datos, y pidió a Ucrania que proporcionara los conjuntos de datos en cuestión, sin perjuicio de cualquier constatación posterior del Grupo Especial concerniente a su pertinencia para la evaluación por el Grupo Especial del asunto que se le ha sometido.[77] Los conjuntos de datos, junto con determinados códigos informáticos conexos, se proporcionaron al Grupo Especial y a las partes el 13 de noviembre de 2014. El 28 de noviembre de 2014 y el 5 de diciembre de 2014 se proporcionaron códigos informáticos conexos adicionales.[78]

1.72. El 10 de noviembre de 2014, Australia solicitó al Grupo Especial que en ejercicio de las facultades discrecionales que le confería el artículo 13 del ESD solicitara a la República Dominicana información adicional concerniente al informe IPE. El 12 de noviembre de 2014, la República Dominicana comunicó que proporcionaría determinada información, que posteriormente presentó el 24 de noviembre de 2014[79], pero pidió al Grupo Especial que dictara una resolución con arreglo al párrafo 1 del artículo 13 del ESD para obtener de entidades privadas el resto de la información solicitada. El 20 de noviembre de 2014, el Grupo Especial, en ejercicio de las facultades discrecionales que le confería el artículo 13 del ESD, solicitó que los datos pendientes en cuestión se proporcionaran a la República Dominicana para que esta pudiera comunicarlos al Grupo Especial y a las demás partes. La República Dominicana aportó esa información el 12 de diciembre de 2014.[80]

1.6.7.3.2 Solicitudes de Ucrania[81] y la República Dominicana en relación con pruebas presentadas por Australia en el contexto de su primera comunicación escrita

1.73. El 24 de octubre de 2014, Ucrania solicitó al Grupo Especial que obrara en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 13 para pedir a Australia que proporcionara, a más tardar en el momento de la presentación de su primera comunicación escrita, determinados conjuntos de datos que no eran de dominio público y que "podían ser pertinentes" para la diferencia. Concretamente, Ucrania identificó determinados estudios "sobre la supuesta eficacia del

[74] Comunicación del Grupo Especial de 31 de octubre de 2014, párrafo 9 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1140).
[75] Comunicación del Grupo Especial de 31 de octubre de 2014, párrafo 11.
[76] Comunicación del Grupo Especial de 31 de octubre de 2014, párrafo 12 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 147; y *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1139).
[77] Comunicación del Grupo Especial de 31 de octubre de 2014, párrafos 13-14.
[78] Véanse las Pruebas documentales UKR-199(1) a UKR-199(12), UKR-200(1) a UKR-200(10) y UKR-201(1) a UKR-201(2), respectivamente. Ucrania designó como IEC la totalidad de cada una de esas pruebas documentales.
[79] Véase la Prueba documental DOM-100.B (IEC).
[80] Véase la Prueba documental DOM-100.C (IEC).
[81] Por lo que respecta a la participación de Ucrania en las presentes actuaciones, véase la sección 1.6.6 *supra*.

empaquetado genérico para influir en la conducta tabáquica de los consumidores australianos" realizados por el Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur (CINSW) y el CCV. Ucrania solicitó al Grupo Especial que pidiera los datos subyacentes en esos estudios para que el Grupo Especial pudiera "comprender mejor los hechos y evaluarlos objetivamente ... con independencia de si Australia se apoya o no en estos estudios en su comunicación". Ucrania adujo que Australia conocía esos conjuntos de datos, que no eran de dominio público ni estaban de otro modo a disposición del Grupo Especial o de otras partes en estas diferencias, por intermedio de esos dos organismos gubernamentales antes citados. Ucrania solicitó asimismo al Grupo Especial que pidiera a Australia que proporcionara, al presentar su primera comunicación escrita, cualesquiera datos subyacentes en sus propios informes de expertos y en otros argumentos expuestos en dicha comunicación.[82]

1.74. En respuesta, Australia, remitiéndose a sus propias solicitudes de conjuntos de datos en relación con argumentos presentados en las primeras comunicaciones escritas de República Dominicana y de Ucrania[83], señaló que era consciente de los problemas concretos que plantea un examen adecuado de materiales basados en conjuntos de datos cuando los conjuntos de datos subyacentes no se proporcionan con prontitud y a su debido tiempo. Para evitar que esa situación se prolongara, Australia estaba "dispuesta a proporcionar los conjuntos de datos en los que se basan sus informes de expertos" en el momento de la presentación de su primera comunicación escrita". No obstante, consideraba que "cualquier petición de que se proporcionen datos antes de esa fecha es puramente especulativa".[84]

1.75. El 20 de noviembre de 2014, el Grupo Especial denegó la solicitud, observando que Ucrania había afirmado que los datos "podían" ser pertinentes en esta diferencia y deberían estar disponibles "con independencia de si Australia se apoya o no en estos estudios en su comunicación".[85] El Grupo Especial no estaba persuadido de que las circunstancias requirieran que solicitara a Australia que proporcionara esa información en esta etapa de las actuaciones. Consideraba que estaría en mejores condiciones para evaluar la necesidad de recabar información adicional de las partes, incluida, si fuera pertinente, la información especificada por Ucrania, después de que Australia hubiera presentado su primera comunicación escrita. En consecuencia, se abstuvo de pedir a Australia que proporcionara la información solicitada, sin perjuicio de cualquier decisión ulterior concerniente a la pertinencia o no pertinencia de las series de datos en cuestión.[86]

1.76. El 30 de marzo de 2015, Ucrania pidió al Grupo Especial que solicitara, de conformidad con el artículo 13 del ESD, que Australia presentara "determinados datos e informaciones de encuestas de seguimiento".[87] Según Ucrania, "no se han proporcionado todos los datos y las informaciones pertinentes presentados como pruebas y en los que Australia se ha apoyado", en contradicción con el compromiso de Australia de proporcionar, en el momento de la presentación de su primera comunicación escrita, los conjuntos de datos en los que se basan sus informes de expertos.[88] El 7 de abril de 2015, Honduras, la República Dominicana e Indonesia manifestaron su apoyo a la solicitud de Ucrania. El 10 de abril de 2015, la República Dominicana también pidió al Grupo Especial que solicitara a Australia que proporcionara, de conformidad con el artículo 13 del ESD, determinada "información a la que se hace referencia y en la que se apoya en su primera comunicación escrita ... y en informes de expertos presentados como pruebas documentales de esa comunicación"[89], con inclusión de datos y códigos informáticos "asociados a una serie de estudios a los que Australia y sus expertos hacen referencia y en los que se apoyan para afirmar la eficacia de la medida de empaquetado genérico impugnada".[90]

[82] Comunicación de Ucrania al Grupo Especial de 24 de octubre de 2014, Sección III.
[83] Véase la sección 1.6.7.3.1 *supra*.
[84] Comunicación de Australia al Grupo Especial de 30 de octubre de 2014, página 2.
[85] Comunicación del Grupo Especial de 20 de noviembre de 2014, párrafos 4-5.
[86] Comunicación del Grupo Especial de 20 de noviembre de 2014, párrafos 7 y 9.
[87] Comunicación de Ucrania al Grupo Especial de 27 marzo de 2015, párrafo 1.
[88] Comunicación de Ucrania al Grupo Especial de 27 marzo de 2015, párrafos 10-11.
[89] Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 10 de abril de 2015, párrafo 1.
[90] Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 10 de abril de 2015, párrafo 6. La solicitud de la República Dominicana se refería a los conjuntos de datos en que se apoyaban los 14 estudios publicados siguientes: NTPPTS: M. Wakefield, K. Coomber, M. Zacher, S. Durkin, M. Brennan y M. Scollo, "Australian Adult Smokers' Responses to Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings One Year After Implementation: Results from a National Cross-Sectional Tracking Survey", *Tobacco Control* (2015),

1.77. Australia, que consideraba que la alegación de Ucrania de que los datos solicitados eran de un tipo que Australia se había comprometido a proporcionar "inducía a error", añadió que los datos no fueron analizados por expertos de Australia, sino en publicaciones académicas o documentos independientes, en cuyas conclusiones se apoyaron Australia y uno de sus expertos.[91] En su respuesta a la República Dominicana de 16 de abril de 2015, Australia también adujo que ni Australia ni sus expertos se apoyaron en los conjuntos de datos solicitados por la República Dominicana, que fueron, por el contrario, analizados en artículos de publicaciones examinadas por homólogos independientes en las que se apoyaron Australia y sus expertos.[92] A juicio de Australia, esas publicaciones no eran el objeto adecuado de una solicitud al amparo del artículo 13 del ESD.

1.78. A pesar de esa posición, Australia proporcionó algunos datos solicitados por Ucrania y la República Dominicana en el contexto de ulteriores intercambios de información sobre esta cuestión que tuvieron lugar los días 7, 16 y 24 de abril de 2015 y 12 de mayo de 2015. El 22 de abril de 2015, la República Dominicana presentó al Grupo Especial observaciones adicionales, incluida la especificación de los datos que a su entender aún no se habían aportado. El 24 de abril de 2015, Australia presentó nuevas observaciones adicionales.

---

volumen 24 (Wakefield *et al.* 2015) (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306), páginas ii17-ii25; S. Durkin, E. Brennan, M. Coomber, M. Zacher, M. Wakefield y M. Scollo, "Short-Term Changes in Quitting-Related Cognitions and Behaviours After the Implementation of Plain Packaging with Larger Health Warnings: Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers", *Tobacco Control* (2015), volumen 24 (Durkin *et al.* 2015) (Pruebas documentales AUS-215 (revisada), DOM-305), páginas ii26-ii32; E. Brennan, S. Durkin, K. Coomber, M. Zacher, M. Scollo y M. Wakefield, "Are Quitting-Related Cognitions and Behaviours Predicted by Proximal Responses to Plain Packaging with Larger Health Warnings? Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers", *Tobacco Control* (2015), volumen 24 (Brennan *et al.* 2015) (Pruebas documentales AUS-224, DOM-304), páginas ii33-ii41. Encuestas basadas en escuelas: V. White, T. Williams y M. Wakefield, "Has the Introduction of Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings Changed Adolescents' Perceptions of Cigarette Packs and Brands?" *Tobacco Control* (2015), volumen 24 (White *et al.* 2015a) (Pruebas documentales AUS 186, DOM-235), páginas ii42 49; V. White, T. Williams, A. Faulkner y M. Wakefield, "Do Larger Graphic Health Warnings on Standardised Cigarette Packs Increase Adolescents' Cognitive Processing of Consumer Health Information and Beliefs about Smoking Related Harms?", *Tobacco Control* (2015), volumen 24 (White *et al*. 2015b) (Pruebas documentales HND-135, DOM-236, DOM 288), páginas ii50 ii57. Datos relativos al consumo de cigarros: C. Miller, K. Ettridge y M. Wakefield, "'You're Made to Feel like a Dirty Filthy Smoker When You're Not, Cigar Smoking is Another Thing All Together.' Responses of Australian Cigar and Cigarillo Smokers to Plain Packaging", *Tobacco Control* (2015), volumen 24 (Miller *et al.* 2015) (Pruebas documentales AUS-102, DOM-315), páginas ii58 ii65. Datos relativos a la exhibición de cajetillas por particulares: M. Zacher, M. Bayly, E. Brennan, J. Dono, C. Miller, S. Durkin, M. Scollo y M. Wakefield, "Personal Tobacco Pack Display Before and After the Introduction of Plain Packaging with Larger Pictorial Health Warnings in Australia: An Observational Study of Outdoor Café Strips", *Addiction* (2014), volumen 109 (Zacher *et al.* 2014) (Pruebas documentales AUS-222 (revisada), JE-24(68), DOM-286), páginas 653 662; M. Zacher, M. Bayly, E. Brennan, J. Dono, C. Miller, S. Durkin, M. Scollo y M. Wakefield, "Personal Pack Display and Active Smoking at Outdoor Café Strips: Assessing the Impact of Plain Packaging 1 year Post Implementation", *Tobacco Control* (2015), volumen 24 (Zacher *et al.* 2015) (Pruebas documentales AUS-223 (revisada), DOM-287), páginas ii94 ii97. La encuesta realizada en cuatro países por el Proyecto CIT: H.H. Yong, R. Borland, D. Hammond, J. Thrasher, K. Cummings y G. Fong, "Smokers' Reactions to the New Larger Health Warning Labels on Plain Cigarette Packs in Australia: Findings from the ITC Australia Project", *Tobacco Control* (2015), doi:10.1136/tobaccocontrol 2014 05197 (Yong *et al.* 2015) (Prueba documental DOM-382); E. Swift, R. Borland, K. Cummings, G. Fong, A. McNeill, D. Hammond, J. Thrasher, T.R. Partos y H.H. Yong, "Australian Smokers' Support for Plain or Standardised Packs Before and After Implementation: Findings from the ITC Four Country Survey", *Tobacco Control* (2014), doi:10.1136/tobaccocontrol 2014 051880. VSHS: M. Scollo, M. Zacher, S. Durkin y M. Wakefield, "Early Evidence About the Predicted Unintended Consequences of Standardised Packaging of Tobacco Products in Australia: A Cross-Sectional Study of the Place of Purchase, Regular Brands and Use of Illicit Tobacco", BMJ Open (2014), volumen 4, doi:10.1136/bmjopen-2014-005873 (Scollo *et al.* 2014) (Pruebas documentales AUS-507, JE-24(57)); M. Wakefield, L. Hayes, S. Durkin y R. Borland, "Introduction Effects of the Australian Plain Packaging Policy on Adult Smokers: A Cross-Sectional Study", *BMJ Open* (2013), volume 3, doi:10.1136/bmjopen-2013-003175 (Wakefield *et al.* 2013) (Pruebas documentales AUS-184, JE-24(64)). Encuesta de seguimiento sobre el tabaco realizada por el Instituto del Cáncer (CITTS): S. Dunlop, T. Dobbins, J. Young, D. Perez y D. Currow, "Impact of Australia's Introduction of Tobacco Plain Packs on Adult Smokers' Pack-Related Perceptions and Responses: Results from a Continuous Tracking Survey", *BMJ Open* (2014), volumen 4, doi:10.1136/bmjopen-2014-005836 (Dunlop *et al.* 2014) (Pruebas documentales AUS-207, HND-132, DOM-199). Datos relativos a las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco: J.M. Young, I. Stacey, T.A. Dobbins, S. Dunlop, A.L. Dessaix y D.C. Currow, "Association Between Tobacco Plain Packaging and Quitline Calls: A Population-Based, Interrupted Time-Series Analysis", *Medical Journal of Australia* (2014), volumen 200 (Young *et al.* 2014) (Pruebas documentales AUS-214, JE-24(67), DOM-285), páginas 29-32.

[91] Comunicación de Australia al Grupo Especial de 7 de abril de 2015, página 1.

[92] Comunicación de Australia al Grupo Especial de 16 de abril de 2015, página 1.

1.79. El 13 de mayo de 2015, el Grupo Especial respondió a las solicitudes de Ucrania y la República Dominicana, tomando nota al mismo tiempo de los aspectos de esas solicitudes que ya se habían abordado en el contexto de las comunicaciones de Australia de 7, 16 y 24 de abril y 12 de mayo de 2015. El Grupo Especial recordó en primer lugar que, como se indicaba en su comunicación de 31 de octubre de 2014:

> En el ámbito de las facultades discrecionales que confiere el artículo 13 del ESD para recabar información de una parte en virtud de una solicitud de otra parte, y para determinar si debe obrar en ejercicio de esas facultades, el Grupo Especial debe tener en cuenta consideraciones como las siguientes: cuál es la información que se necesita para completar el expediente, en posesión de quién obra, qué otros medios razonables podrían utilizarse para obtenerla, por qué no ha sido presentada, si es justo solicitar a la parte que la posee que la presente, y si es probable que la información o las pruebas en cuestión sean necesarias para asegurar el debido proceso y una resolución adecuada de la alegación o las alegaciones pertinentes.[93]

1.80. El Grupo Especial observó que, como se indicaba en su anterior comunicación relativa a la solicitud de datos presentada por la propia Australia[94], era consciente de que las garantías procesales están vinculadas, entre otras cosas, con el derecho de las partes a que se les conceda una oportunidad adecuada de llevar adelante sus alegaciones, exponer sus defensas y demostrar los hechos, y es posible que haya circunstancias en las que una parte no pueda satisfacer su obligación presentando todas las pruebas pertinentes, muy especialmente cuando la información obra exclusivamente en posesión de una parte opuesta.[95]

1.81. El Grupo Especial también tomó nota de que Australia había reconocido, antes de presentar su primera comunicación escrita, "los problemas que plantea un examen adecuado de materiales basados en conjuntos de datos cuando los conjuntos de datos subyacentes no se proporcionan con prontitud y a su debido tiempo ... y su compromiso de proporcionar los conjuntos de datos en los que se basan sus informes de expertos en el momento de la presentación de su primera comunicación escrita".[96] El Grupo Especial tomó nota asimismo de que las solicitudes en cuestión "se basaban en el recurso de Australia, en su primera comunicación escrita, a determinados resultados de investigaciones publicadas en relación con la repercusión de las medidas impugnadas, entre otras cosas en lo concerniente a las conductas tabáquicas desde la entrada en vigor de las medidas de etiquetado genérico", y que los reclamantes también habían pedido acceso a conjuntos de datos conexos adicionales a los que no se recurría expresamente en las publicaciones citadas.[97]

1.82. Una consideración importante que guio al Grupo Especial al decidir si estaba justificado el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 13 del ESD, era en posesión de quién obraba la información, si esta obraba exclusivamente en posesión de la otra parte, si podían utilizarse otros medios razonables para obtenerla, y si la parte que la solicitaba había aprovechado o tratado de aprovechar esos medios. El Grupo Especial observó que Ucrania y la República Dominicana no habían dado indicación alguna de haber adoptado medidas para obtener la información solicitada directamente de las instituciones que identificaban como fuentes de los datos, o de las personas identificadas como puntos de contacto en cada una de las publicaciones citadas, tras la presentación por Australia de su primera comunicación escrita. Basándose en la información que tenía ante sí, y sin perjuicio de la posible pertinencia de la información solicitada, el Grupo Especial tampoco estaba persuadido de que pudiera "suponerse" que esa información, como indicaban los argumentos de los reclamantes, "obrara exclusivamente en posesión del Gobierno de Australia o fuera directamente accesible para dicho Gobierno, únicamente sobre la base de que las investigaciones subyacentes fueron financiadas públicamente o se realizaron en instituciones financiadas públicamente".[98]

---

[93] Comunicación del Grupo Especial de 13 de mayo de 2015, párrafo 6. Véase también la comunicación del Grupo Especial de 31 de octubre de 2014, párrafo 9 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1140).

[94] Véanse la comunicación del Grupo Especial de 31 de octubre de 2015 y la sección 1.6.7.3.1 *supra*.

[95] Comunicación del Grupo Especial de 13 de mayo de 2015, párrafo 8.

[96] Comunicación del Grupo Especial de 13 de mayo de 2015, párrafo 9 (donde se cita la comunicación de Australia al Grupo Especial de 30 de octubre de 2014, página 2).

[97] Comunicación del Grupo Especial de 13 de mayo de 2015, párrafo 11.

[98] Comunicación del Grupo Especial de 13 de mayo de 2015, párrafo 14.

1.83. Por consiguiente, sin perjuicio de la posible pertinencia de esa información, el Grupo Especial no estaba persuadido de que en esa etapa de las actuaciones las circunstancias justificaran que ejerciera las facultades que le confería el artículo 13 del ESD para pedir a Australia que la proporcionara, e invitó a Ucrania y a la República Dominicana a que trataran de obtener los datos directamente de las fuentes pertinentes a través de los canales adecuados.[99]

1.84. El 16 de junio de 2015, la República Dominicana comunicó al Grupo Especial que, atendiendo a su resolución, había enviado cartas a los autores de los 14 estudios a los que concernía su solicitud, así como a las instituciones que, según tenía entendido, poseían los datos, y que sus esfuerzos habían "tenido muy poco éxito".[100] Pidió al Grupo Especial que, en primer lugar, recabara de Australia cualquier información solicitada que estuviera en su posesión y control, y en segundo lugar obrara concurrentemente en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 13 del ESD recabando información de las personas y las instituciones designadas como contactos en los estudios en cuestión.

1.85. Entre el 17 de junio de 2015 y el 10 de agosto de 2015, el CINSW proporcionó por intermedio de Australia determinados datos concernientes a la Encuesta de seguimiento del tabaco realizada por el Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur (CITTS) que se habían solicitado, así como datos sobre las llamadas a la línea telefónica de ayuda para dejar de fumar (Quitline) nacional de Australia.[101] Durante ese período, también el CCV proporcionó, directamente a la República Dominicana o por medio de Australia, determinada información concerniente a la Encuesta nacional de seguimiento sobre el empaquetado genérico del tabaco (NTPPTS), a encuestas transversales basadas en colegios, y datos de la Encuesta sobre consumo de tabaco y salud del estado de Victoria (VSHS).[102]

1.86. El 21 de agosto de 2015, la República Dominicana aclaró más la situación en que se encontraba su solicitud a la luz de comunicaciones recientes. El 26 de agosto de 2015, Australia envió una comunicación adicional al Grupo Especial, observando que a pesar de la "firme posición" que mantiene por lo que respecta a lo "inapropiado de las solicitudes de la República Dominicana al amparo del artículo 13", había proporcionado toda la información solicitada que obraba en su poder.[103] El 29 de agosto de 2015, la República Dominicana envió al CINSW una nueva comunicación concerniente a los datos y la información que había proporcionado.

1.87. El 7 de septiembre de 2015, el Grupo Especial comunicó a las partes que entendía que, como consecuencia de los intercambios de información entre estas, el CINSW y el CCV habían proporcionado al Grupo Especial y a las demás partes, por intermedio de Australia, determinada información, y que, como consecuencia de ello, varios aspectos de la solicitud de la República Dominicana ya eran superfluos.[104]

1.88. En lo tocante a los aspectos pendientes de la solicitud, el Grupo Especial abordó en primer lugar el argumento de Australia de que la República Dominicana no estaba solicitando información preparada específicamente para su uso en estas actuaciones, sino información subyacente "en 'determinados artículos de revistas objeto de examen por homólogos preparados por académicos independientes a los que Australia ha hecho referencia en sus comunicaciones'", los

[99] Comunicación del Grupo Especial de 13 de mayo de 2015, párrafo 15. El Grupo Especial abordó en la misma comunicación una solicitud similar de Ucrania fechada el 30 de marzo de 2015. Australia proporcionó determinada información en respuesta a esa comunicación. Véase la comunicación de Australia al Grupo Especial de 7 de abril de 2015. Esa solicitud pasó a ser superflua tras la suspensión, el 30 de mayo de 2015, de las actuaciones en la diferencia DS434. Véase la sección 1.6.6 *supra*.

[100] Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 16 de junio de 2015, página 3.

[101] Comunicaciones de Australia al Grupo Especial de 17 de junio de 2015, 28 de julio de 2015 y 10 de agosto de 2015. El 18 de junio de 2015, la República Dominicana comunicó al Grupo Especial que había recibido esa información, aclaró un "error administrativo" en su comunicación de 16 de junio de 2015 y, a la luz de esa corrección, aclaró el contenido exacto de su solicitud.

[102] El 22 de junio de 2015, la República Dominicana indicó que había recibido del CCV una comunicación "en la que se ofrecía a proporcionar al Grupo Especial determinada información pero se negaba a proporcionar otra". El 28 de julio de 2015 y el 7 de agosto de 2015 Australia proporcionó determinada información en nombre del CCV.

[103] Comunicación de Australia al Grupo Especial de 26 de agosto de 2015, página 2.

[104] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.11.

cuales, a juicio de Australia, "'no son el objeto adecuado de una solicitud al amparo del artículo 13'".[105]

1.89. El Grupo Especial observó en primer lugar que la información solicitada era por su naturaleza comparable a la solicitada anteriormente por Australia. Recordó que el 17 de octubre y el 10 de noviembre de 2014 Australia había pedido al Grupo Especial que obrara en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 13 del ESD para recabar de la República Dominicana[106] información relativa a varias pruebas documentales presentadas por los reclamantes[107], incluidos datos fuente sin procesar y códigos informáticos/lenguaje de programación.[108] El Grupo Especial también tomó nota de las recientes solicitudes de datos similares formuladas por Australia en relación con la declaración en la primera reunión sustantiva y las respuestas a las preguntas de la República Dominicana.[109] De manera análoga, la República Dominicana, en sus solicitudes, pidió acceso a "datos y códigos informáticos subyacentes en las conclusiones presentadas"[110] en varios estudios en los que Australia se apoyaba para "'comprobar la veracidad de las afirmaciones hechas' por Australia"[111] basándose en esos estudios.[112]

1.90. El Grupo Especial observó que las respectivas solicitudes de Australia y la República Dominicana, así como sus primeras comunicaciones escritas, indicaban que, a pesar de que la información solicitada por Australia constituía la base de los informes de expertos encargados y no de determinados estudios publicados, ambas partes consideran que un análisis de la información a ese nivel de detalle es necesario, en las presentes actuaciones, para que sepan "'qué tiene[n] que acreditar, o a qué alegaciones debe[n] responder'".[113] Habida cuenta de ello, y sin perjuicio de la evaluación del propio Grupo Especial sobre el nivel de análisis que será necesario para que haga una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido, el Grupo Especial considera que su obligación de velar por el derecho de las partes a que se les conceda una oportunidad adecuada para "'llevar adelante sus alegaciones, exponer sus defensas y demostrar los hechos en el contexto de un procedimiento llevado a cabo de manera equilibrada'" requiere que dé a las partes la oportunidad de realizar exámenes de un nivel comparable de la información obrante en el expediente.[114]

1.91. Por lo que respecta al argumento de Australia de que los datos subyacentes en artículos de revistas independientes y examinados por homólogos (en contraste con los datos subyacentes en los informes de expertos encargados) no constituyen el objeto adecuado de una solicitud de información al amparo del artículo 13 del ESD, el Grupo Especial observó que los párrafos 1 y 2 del artículo 13 del ESD facultan a los grupos especiales a solicitar y obtener información de "'cualquier persona o entidad que estime[n] conveniente'", y que el Grupo Especial no ve ninguna restricción *a priori* por lo que respecta a la persona o entidad a la que pueda dirigir una solicitud.[115] En consecuencia, el Grupo Especial consideró que el hecho de que la información solicitada

[105] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.20 (donde se cita la comunicación de Australia al Grupo Especial de 19 de junio de 2015, página 2).

[106] Australia también abordó esa solicitud con respecto a Ucrania; véase la nota 99 *supra*.

[107] Informe de Klick (Prueba documental UKR-5); Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC); Informe del IPE (Prueba documental DOM-100); y Prueba documental DOM-100.B (IEC). Véase la sección 1.6.7.3.1 *supra*.

[108] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.21 (donde se cita la comunicación de Australia al Grupo Especial de 10 de noviembre de 2014, página 2).

[109] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.21 (donde se hace referencia a la comunicación de Australia al Grupo Especial de 2 de junio de 2015, página 1; y comunicación de Australia al Grupo Especial de 20 de julio de 2015, página 2). Véase también la sección 1.6.7.3.3 *infra*.

[110] Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 16 de junio de 2015, página 1.

[111] Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 26 de junio de 2015, párrafos 22, 27, 32, 39 y 42-43 (donde se cita la comunicación de Australia al Grupo Especial de 10 de noviembre de 2014, página 2).

[112] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.21.

[113] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.22 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes Aeronaves Civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1140).

[114] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.22 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 147).

[115] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.23 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Argentina - Textiles y prendas de vestir*, párrafo 84; y *Canadá - Aeronaves*, párrafo 185).

estuviera subyacente en artículos publicados no la excluía, de por sí, de una indagación con arreglo al artículo 13 del ESD.[116]

1.92. El Grupo Especial también tomó nota de que en las circunstancias concretas de las presentes actuaciones Australia se apoyaba en los estudios en cuestión para respaldar directamente sus argumentos de que las medidas de empaquetado genérico del tabaco impugnadas están cumpliendo su objetivo y abordan específicamente, en varias formas, los efectos de las medidas, lo que constituye una cuestión muy controvertida. El Grupo Especial observó que esas publicaciones estaban concretamente destinadas a evaluar los efectos de las medidas de empaquetado genérico del tabaco impugnadas, y se basaban en datos reunidos en el contexto de encuestas y programas de investigación dedicados al estudio del control del tabaco, incluidos programas que recibían financiación pública.[117]

1.93. El Grupo Especial observó además que el CCV, que respondió a la solicitud de la República Dominicana en nombre de los autores de la mayoría de los estudios en cuestión, y que dispone de la mayor parte de la información solicitada, fue establecido por ley en el estado de Victoria como una organización sin fines de lucro y rinde cuentas al Parlamento, aunque no está clasificada como una entidad pública ni forma parte del servicio público.[118] El Grupo Especial explicó que la República Dominicana también observa, y Australia no cuestiona, que muchos de los autores de los estudios citados, incluidos los que pertenecen al CCV, han formado parte de diversas entidades que asesoran al Gobierno de Australia respecto del control del tabaco, incluso respecto de la legislación de empaquetado genérico.[119] Por último, el Grupo Especial observó que el Profesor Fong, uno de los expertos designados por Australia en estas actuaciones, es el fundador e investigador principal en jefe del Proyecto de Evaluación de Políticas del Control Internacional del Tabaco[120] (Proyecto CIT) y coautor de los dos estudios mencionados en su informe de experto que utilizan datos del Proyecto CIT, que son el objeto de algunas de las solicitudes de la República Dominicana.[121] En vista de lo anterior, el Grupo Especial concluyó que *a priori* la información subyacente a esos estudios no trascendía el ámbito de lo que podía solicitar en estas actuaciones.[122] No obstante, también señaló que el hecho de que considerara que *podía* solicitar la

---

[116] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.23.

[117] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafos 2.24-2.25. Véase la evaluación del empaquetado genérico realizada en línea por el Departamento de Salud (Prueba documental DOM-297), página 1:

> Los 15 artículos examinados por homólogos del suplemento especial sobre Control del Tabaco del *British Medical Journal* (BMJ) esbozan los resultados de la primera evaluación global de la legislación sobre empaquetado genérico del tabaco. El suplemento especial contiene varios estudios llevados a cabo por diversos autores, incluidos artículos relacionados con trabajos encargados por el Departamento: la Encuesta Nacional de Seguimiento Mensual, la evaluación del empaquetado genérico para los adolescentes y la investigación sobre cigarros (puros).

Véase también la comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 10 de abril de 2015, párrafos 11 y 14. Por ejemplo, como se explica en varios de los estudios, la NPPTS se financió en virtud de un contrato con el Departamento de Salud y Envejecimiento (DHA) de Australia. Véanse Brennan *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-224, DOM-304), página ii41; Wakefield *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306), página ii24; y White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235), página ii48.

[118] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.26 (donde se hace referencia a Consejo contra el Cáncer de Victoria, "*About us: Governance*", disponible en: <http://www.cancervic.org.au/about/governance>, consulta realizada el 2 de octubre de 2014 (Prueba documental HND-62)).

[119] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.26 (donde se hace referencia a la comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 10 de abril de 2015, párrafo 14, nota 26).

[120] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.26 (donde se hace referencia a "*Expert Report of G. Fong*", 4 de marzo de 2014 (informe de Fong) (Prueba documental AUS-14), párrafo 3 y apéndice A).

[121] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.26 (donde se hace referencia a informe de Fong (Prueba documental AUS-14), apéndice D; E. Swift, R. Borland, K. Cummings, G. Fong, A. McNeill, D. Hammond, J. Thrasher, T.R. Partos y H.H. Yong, "*Australian Smokers' Support for Plain or Standardised Packs Before and After Implementation: Findings from the ITC Four Country Survey*", *Tobacco Control* (10 de noviembre de 2014), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-051880 (Swift *et al.*); y H.H. Yong, R. Borland, D. Hammond, J. Thrasher, K. Cummings y G. Fong, "*Smokers' Reactions to the New Larger Health Warning Labels on Plain Cigarette Packs in Australia: Findings from the ITC Australia Project*", *Tobacco Control* (19 de febrero de 2015), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-05197 (Yong *et al.*)).

[122] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.27.

información en cuestión no significaba necesariamente que tuviera que hacerlo. En consecuencia, el Grupo Especial examinó más a fondo los detalles de la solicitud de la República Dominicana a la luz de otras consideraciones que debían inspirar su decisión, entre ellas la pertinencia de la información específica en cuestión, las garantías procesales, quién disponía de la información, y las razones por las que esta no se había facilitado. El Grupo Especial también era consciente, en ese contexto, de que para la sustanciación ordenada del procedimiento también es preciso tener debidamente en cuenta la necesidad de procurar, de conformidad con los objetivos del ESD, la pronta solución de las diferencias.[123]

1.94. El Grupo Especial concluyó que el suministro de parte de la información solicitada por la República Dominicana con respecto a los estudios en que Australia se apoyó en su primera comunicación escrita sería adecuado para ofrecer a la República Dominicana y a otras partes reclamantes una oportunidad significativa de hacer observaciones sobre los argumentos y las pruebas presentados por Australia, contribuyendo así a consolidar las garantías procesales y la capacidad del Grupo Especial para hacer una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.[124]

1.95. El Grupo Especial tomó nota asimismo de los esfuerzos desplegados por la República Dominicana para obtener esa información directamente de las personas e instituciones que disponían de ella, así como de las razones por las que el CCV se abstuvo de proporcionarla, entre ellas: a) las cargas indebidas y la complejidad que a juicio del CCV supondría para él suministrar información detallada sobre la NTPPTS y la VSHS; b) lo apropiado de divulgar, a efectos de las presentes actuaciones, cualesquiera datos relativos a encuestas transversales basadas en escuelas, habida cuenta de las obligaciones jurídicas, éticas y de otra naturaleza del Consejo para con las entidades interesadas; y c) la futura viabilidad de las encuestas basadas en escuelas.[125]

1.96. El Grupo Especial no puso en entredicho la opinión del CCV acerca de las dificultades jurídicas, prácticas y de otra naturaleza que afrontaría al proporcionar parte de la información adicional en cuestión a efectos de las presentes actuaciones. No obstante, con respecto a parte de la información en cuestión, consideró adecuado tratar de "confirmar mejor la medida en que se dispondría de medios razonables a través de los cuales pudiera proporcionarse información adicional en una forma que pudiera contribuir a la sustanciación del procedimiento sin poner en peligro los intereses expresados por el CCV (y posibles intereses similares del CCQ, según el caso)".[126]

1.97. El Grupo Especial también entendía que Australia no tenía en su poder datos e informaciones que no se hubieran ya facilitado a la República Dominicana y al Grupo Especial y las demás partes.[127] En ese contexto, el Grupo Especial estimó adecuado recabar, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 13 del ESD, la colaboración adicional del CCV y el CCQ, como poseedores de la información pertinente, en la medida en que fuera posible y compatible con sus obligaciones jurídicas y de otra naturaleza.[128] El Grupo Especial también esperaba que Australia, como parte que se apoyaba en los estudios en cuestión, algunos de los cuales habían sido encargados por su propio Departamento de Salud, colaborara activamente con el CCV y el CCQ para facilitar la determinación de los hechos pertinentes[129] y se asegurara de que la

[123] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.27 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1140).

[124] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.63.

[125] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.65.

[126] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.66.

[127] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.67 (donde se hace referencia a la comunicación de Australia al Grupo Especial de 16 de junio de 2015).

[128] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.68. Véanse también las comunicaciones del Grupo Especial de 9 de septiembre de 2015 al CCV y al CCQ, respectivamente.

[129] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.69 (donde se señala que el sitio web del Departamento de Salud de Australia indica que las solicitudes de datos compilados en la NTPPTS pueden dirigirse a la dirección de correo electrónico del Departamento de Salud, tobacco.control@health.gov.au, y se hace referencia a la evaluación del empaquetado genérico realizada en línea por el Departamento de Salud (Prueba documental DOM-297)).

información pertinente subyacente a sus propios argumentos pudiera presentarse en estas actuaciones sin demora y en toda la medida de lo posible.[130]

1.98. Por último, habida cuenta de la considerable cantidad de pruebas ya intercambiadas, y teniendo presentes los plazos desacostumbradamente largos establecidos para estas actuaciones del Grupo Especial, este recordó a todas las partes que, conforme al párrafo 2 del artículo 12 del ESD, en los procedimientos de los grupos especiales "deberá haber flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes sin retrasar indebidamente los trabajos de los grupos especiales". El Grupo Especial consideraba importante que en esa etapa de las actuaciones cualquier intercambio de pruebas adicional tuviera lugar lo más rápidamente posible, en interés de la pronta solución de estas diferencias, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 3 del ESD.[131]

1.99. El 24 de septiembre de 2015, el CCQ comunicó al Grupo Especial que los datos solicitados de las encuestas basadas en escuelas no podían presentarse sin revelar su procedencia, y que en consecuencia determinados acuerdos jurídicos y éticos vinculantes le impedían divulgarlos.

1.100. El 25 de septiembre de 2015, el CCV comunicó al Grupo Especial que podía proporcionar cierta información solicitada relacionada con la NPPTS, pero no la información solicitada con respecto a la VSHS, debido a restricciones presupuestarias. El CCV manifestó que tampoco podía proporcionar la información relativa a las encuestas basadas en escuelas que se había solicitado, debido a los compromisos asumidos ante los estudiantes, los padres y las escuelas participantes, así como a la preocupación por la posibilidad de que el suministro de la información pusiera en peligro la capacidad del CCV para realizar encuestas en el futuro.

1.6.7.3.3 Solicitudes de datos adicionales

1.101. El 2 de junio de 2015, Australia solicitó al Grupo Especial que obrara en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 13 del ESD para solicitar determinada información relacionada con un informe preparado por el Profesor List (informe de List), presentado como prueba documental por Indonesia y la República Dominicana en la primera reunión sustantiva con las partes.[132] El 5 de junio de 2015, la República Dominicana indicó que proporcionaría voluntariamente datos y códigos subyacentes en el informe, incluidos cálculos que el Profesor List había generado apoyándose en "la mimeografía de Klick".[133] La República Dominicana también señaló que los datos subyacentes en la mimeografía de Klick ya estaban en posesión de Australia, y que no estaba en condiciones de proporcionar el documento mismo, ya que no tenía una "relación directa con el Profesor Klick".[134] El Grupo Especial invitó a las partes a que siguieran manteniendo debates bilaterales sobre esa cuestión y se pusieran en contacto con el Grupo Especial si no era posible llegar a un acuerdo.[135] Las partes se reunieron el 8 de junio de 2015.[136]

---

[130] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.69 (donde se cita en una nota de pie de página la declaración del Órgano de Apelación, en el párrafo 197 de su informe sobre el asunto *Canadá - Aeronaves*, de que "un grupo especial tiene amplias facultades legales para solicitar información a un Miembro que sea parte en una diferencia, y ... la parte a la que se solicite está legalmente obligada a facilitarla").

[131] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 2.70. El Grupo Especial también señaló a la atención de las partes que, como ha observado el Órgano de Apelación, en los esfuerzos de un grupo especial destinados a proteger el debido proceso hay que tener en cuenta varias consideraciones, que pueden incluir "la necesidad de que el grupo especial, al tratar de solucionar rápidamente la diferencia, controle el procedimiento para poner fin al intercambio sucesivo de pruebas contradictorias presentadas por las partes". Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 155.

[132] J. List, "*A Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation*", 1º de junio de 2015 (Informe de List) (Prueba documental DOM/IDN-1).

[133] La mimeografía de Klick es un proyecto de respuesta a una crítica del informe original del Profesor Klick, presentado por Ucrania como Prueba documental UKR-5. El Grupo Especial suspendió las actuaciones en la diferencia DS434 a solicitud de Ucrania antes de que el Profesor Klick completara su respuesta, pero después de que el Profesor Klick, en su calidad de experto de Ucrania, diera a conocer su proyecto al Profesor List. Véase la comunicación de Honduras al Grupo Especial de 19 de junio de 2015, página 1; y la comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 19 de junio de 2015, página 1.

[134] Primera reunión sustantiva, 5 de junio de 2015.

[135] Primera reunión sustantiva, 5 de junio de 2015.

[136] Véase la comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 19 de junio de 2015, página 1; y la comunicación de Australia al Grupo Especial de 2 de julio de 2015, página 3.

1.102. El 19 de junio de 2015, Australia observó que estaba esperando recibir datos y materiales de apoyo subyacentes al informe de List, y en una carta a la República Dominicana reiteró su petición de la mimeografía de Klick. Ese mismo día, la República Dominicana explicó que el Profesor List no controlaba la mimeografía de Klick, y que no sería adecuado que afirmara que lo hacía dándola a conocer a terceros. Sin embargo, proporcionó algunos otros datos del informe de List solicitados por Australia entre ellos, detalles de los cálculos para los que el Profesor List se apoyó en la mimeografía de Klick.[137] El mismo día 19 de junio de 2015 Honduras comunicó al Grupo Especial que la mimeografía de Klick, que solo era un proyecto cuando se proporcionó al Profesor List y este se apoyó en él, se estaba finalizando y se presentaría el 8 de julio de 2015 como prueba documental de Honduras en sus respuestas a las preguntas.

1.103. Australia respondió que necesitaba la "*versión específica de la mimeografía del Profesor Klick en la que el Profesor List se apoyó y a la que hizo referencia* en su informe", y pidió al Grupo Especial que obrara en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 13 del ESD para recabarla de la República Dominicana o, subsidiariamente, de Honduras.[138] El 8 de julio de 2015, Honduras presentó un nuevo informe elaborado por el Profesor Klick, junto con determinados datos y códigos conexos utilizados para prepararlo.[139]

1.104. El 7 de septiembre de 2015[140], el Grupo Especial observó que, como consecuencia de los intercambios de información arriba descritos, entendía que la solicitud de Australia relativa a los datos subyacentes en el informe de List se había atendido.[141] En relación con la mimeografía de Klick, el Grupo Especial entendía que el documento presentado por Honduras el 8 de julio de 2015 tenía por objeto satisfacer esa solicitud.[142] El 14 de septiembre de 2015, la República Dominicana y Honduras confirmaron que se había proporcionado a Australia la totalidad de los datos y análisis solicitados en los que se apoyaban el informe y la presentación de List.

1.105. El 20 de julio de 2015, Australia pidió a la República Dominicana que proporcionara los datos, los códigos informáticos y el lenguaje de programación subyacentes en dos cifras que figuraban en la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 8 del Grupo Especial.[143] Posteriormente las partes intercambiaron nuevas comunicaciones en relación con esa información.[144] El 4 de septiembre de 2015, la República Dominicana indicó que Australia disponía de todos los datos necesarios para comprobar la conclusión a que se llegaba en la respuesta a la pregunta 8 del Grupo Especial.

1.106. El 30 de septiembre de 2015, Australia solicitó a Honduras que proporcionara los códigos y los datos de apoyo utilizados por el Profesor Neven para preparar su informe de réplica, que había sido presentado por Honduras como parte de su segunda comunicación escrita.[145] El 1º de octubre de 2015, Honduras proporcionó el material solicitado.[146]

[137] Véanse la comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 19 de junio de 2015; y la Prueba documental DOM/IDN-1.A (IEC).

[138] Comunicación de Australia al Grupo Especial de 2 de julio de 2015, página 2. (las cursivas figuran en el original)

[139] Informe de réplica de Klick (Prueba documental HND-118).

[140] Véanse los párrafos 1.87-1.98 *supra.*

[141] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 1.13.

[142] Comunicación del Grupo Especial de 7 de septiembre de 2015, párrafo 1.13.

[143] Comunicación de Australia a la República Dominicana de 20 de julio de 2015, página 2.

[144] Comunicación de Australia a la República Dominicana de 20 de julio de 2015, página 2; comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 13 de agosto de 2015; comunicación de Australia a la República Dominicana de 14 de agosto de 2015; comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 21 de agosto de 2015; comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 28 de agosto de 2015; comunicación de Australia al Grupo Especial de 24 de agosto de 2015; comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 28 de agosto de 2015; comunicación de Australia al Grupo Especial de 31 de agosto de 2015; y comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 4 de septiembre de 2015.

[145] D. Neven, "*The effect of plain packaging regulation on competition and tobacco consumption: a Response to Professor Katz's repor*t", 16 de septiembre de 2015 (informe de réplica de Neven) (Prueba documental HND-123).

[146] Véanse las Pruebas documentales HND-123(1)-HND-123(2) (IEC).

1.107. El 7 de octubre de 2015, Australia pidió a Honduras que proporcionara todo el material de apoyo que acompañaba al informe de réplica suplementario del Profesor Klick[147], presentado por Honduras junto con su segunda comunicación escrita. Según Australia, los materiales de apoyo proporcionados eran incompletos, y, en particular, no contenían los archivos de programas, los metadatos o los datos no procesados originales en los que se apoyaban los análisis del Profesor Klick. El 9 de octubre de 2015, Honduras proporcionó los materiales solicitados.[148]

1.108. El 13 de noviembre de 2015, la República Dominicana solicitó a Australia que proporcionara materiales de producción de apoyo adicionales concernientes a un informe del Profesor Chaloupka presentado por Australia en la segunda reunión sustantiva.[149] Australia proporcionó esa información el 18 de noviembre de 2015.[150]

1.109. El 14 de enero de 2016, Australia solicitó a Honduras que proporcionara materiales de producción de apoyo pertinentes subyacentes en los cálculos que figuraban en un informe del Profesor Klick presentado por Honduras con sus respuestas a preguntas formuladas después de la segunda reunión sustantiva.[151] El 15 de enero de 2016, Honduras proporcionó los materiales de producción de apoyo pertinentes.[152]

1.6.8 Pruebas y argumentos presentados con posterioridad a las observaciones sobre las respuestas a preguntas formuladas después de la segunda reunión sustantiva

1.6.8.1 Observaciones adicionales relativas al tercer informe de réplica de la Dra. Chipty

1.110. El 17 de febrero de 2016, la República Dominicana dirigió al Grupo Especial una comunicación concerniente a determinadas cuestiones relacionadas con las debidas garantías procesales que a su entender planteaba determinado material nuevo presentado por Australia en el contexto de sus observaciones sobre las respuestas a preguntas formuladas después de la segunda reunión sustantiva. La República Dominicana consideraba que "ahora podrían hacerse muchas observaciones por lo que respecta a los nuevos argumentos y pruebas de Australia". La República Dominicana identificó, "como ejemplo", una cuestión concreta relacionada con un informe de experto de la Dra. Chipty[153] proporcionado por Australia junto con sus observaciones finales sobre las respuestas a las preguntas del Grupo Especial. La República Dominicana invitó al Grupo Especial a que "adoptara medidas adecuadas, a su libre arbitrio, para asegurarse que se respetaran los intereses de las partes en materia de debidas garantías procesales".[154] Australia consideró que era "del todo inadecuado que la República Dominicana presentara argumentos de réplica adicionales" después de la conclusión del último intercambio de argumentos y pruebas, y que procedía que el Grupo Especial los considerara inadmisibles. Si el Grupo Especial considerara que las observaciones adicionales de la República Dominicana eran admisibles, Australia solicitaba una oportunidad para presentar una respuesta limitada a las críticas específicas formuladas en el informe de la Dra. Chipty, en reconocimiento de los intereses de Australia en materia de debidas garantías procesales.[155]

1.111. El 2 de marzo de 2016, el Grupo Especial dirigió a las partes una comunicación en la que señalaba que la presentación de pruebas en esta etapa de las actuaciones trascendía el ámbito de la primera frase del párrafo 8 de su Procedimiento de trabajo, y que podía examinar pruebas presentadas por las partes fuera del contexto de la primera frase del párrafo 8 "previa justificación suficiente". Observó asimismo que ambas partes habían hecho referencia en este asunto a sus respectivos intereses en materia de debidas garantías procesales, y que, en consecuencia, el Grupo Especial estudiaría, a la luz de esas preocupaciones en materia de debidas garantías procesales, así como de otros factores pertinentes, si correspondiera, cuál debía ser su proceder.

---

[147] J. Klick, "*Supplemental Rebuttal Report - A Review of New and Updated Australian Survey and Market Data*", 16 de septiembre de 2015 (informe de réplica suplementario de Klick) (Prueba documental HND-122).

[148] Véanse las Pruebas documentales HND-122(i)-HND-122(ae) (IEC).

[149] Informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582).

[150] Véase la Prueba documental AUS-582.A.

[151] Tercer informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-166).

[152] Véase la Prueba documental HND-166(n) (IEC).

[153] Véase T. Chipty, "*Third Rebuttal Report of Dr. Tasneem Chipty*", 1º de febrero de 2016 (tercer informe de réplica de Chipty) (Prueba documental AUS-605).

[154] Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial de 17 de febrero de 2016, páginas 1-3.

[155] Comunicación de Australia al Grupo Especial de 19 de febrero de 2016.

1.112. El Grupo Especial señaló que su calendario ya se extendía mucho más allá de lo previsto por el ESD, y que, si bien se adoptó teniendo en cuenta las solicitudes de todas las partes en estas diferencias, la necesidad de garantizar una "'pronta solución' de estas diferencias que no se vea 'retrasa[da] indebidamente'" obraba en favor de poner fin al intercambio de argumentos y pruebas.[156] El Grupo Especial señaló asimismo que ya se había intercambiado una cantidad considerable de argumentos y pruebas concernientes a la solidez de los diversos informes de los expertos, y que un grupo especial, al tratar de solucionar rápidamente una diferencia, tiene que "'control[ar] el procedimiento para poner fin al intercambio sucesivo de pruebas contradictorias presentadas por las partes'".[157] Por último, el Grupo Especial señaló que la República Dominicana no había pedido una oportunidad para hacer observaciones sobre el informe de la Dra. Chipty, pero pese a ello había identificado ciertas críticas de dicho informe.

1.113. El Grupo Especial decidió aceptar las observaciones de la República Dominicana relativas a las críticas concretas expresamente identificadas en su comunicación de 17 de febrero de 2016, y pidió a la República Dominicana que proporcionara los resultados mencionados en esa comunicación. Se dio a Australia (y a los demás reclamantes, exclusivamente en caso necesario) la oportunidad de hacer observaciones, estrictamente limitadas a abordar las críticas concretas identificadas en la comunicación de la República Dominicana. El Grupo Especial hizo hincapié en el muy limitado alcance de esas oportunidades de hacer nuevas observaciones, y señaló que el volumen de las pruebas ya presentadas por las partes, y el imperativo de poner fin a estas actuaciones, eran tales que solo consideraría ulteriores peticiones de este tipo en las circunstancias más excepcionales.[158]

1.114. El 4 de marzo de 2016, la República Dominicana facilitó la información solicitada. El 16 de marzo de 2016 Australia presentó observaciones.

1.6.8.2 Observaciones adicionales relativas al examen posterior a la implementación realizado por Australia

1.115. El 26 de febrero de 2016, Australia presentó un documento que contenía un examen posterior a la implementación (EPI) de sus medidas de empaquetado genérico del tabaco, como se preveía en su respuesta a la pregunta 149 del Grupo Especial.[159] En sus observaciones sobre las respuestas de Australia a determinadas preguntas, Honduras habría pedido la oportunidad de hacer observaciones sobre ese documento "si este se facilita, y cuando se facilite, al Grupo Especial y a las partes".[160] El Grupo Especial convino en que procedía dar a Honduras y a los demás reclamantes la oportunidad de hacer observaciones sobre este documento recientemente presentado, e invitó a los reclamantes a que las presentaran no más tarde del 21 de marzo de 2016.[161] Los reclamantes formularon observaciones el 21 de marzo de 2016. El 22 de marzo de 2016, Australia indicó que no tenía intención de seguir prolongando las actuaciones escritas invocando el derecho a responder a las observaciones de los reclamantes, pero que su silencio sobre esta cuestión no debía en modo alguno interpretarse en el sentido de que aceptaba los argumentos de los reclamantes.

2 ELEMENTOS DE HECHO

2.1. En esta sección el Grupo Especial describirá las medidas en litigio (sección 2.1), así como los elementos del contexto reglamentario interno e internacional en el que se adoptaron y se mantienen, entre ellos otras medidas de Australia relacionadas con el control del tabaco (sección 2.2), el marco general para la protección de las marcas de fábrica o de comercio[162] y las

[156] Comunicación del Grupo Especial de 2 de marzo de 2016, página 3 (donde se citan el párrafo 3 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 12 del ESD y el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 150).

[157] Comunicación del Grupo Especial de 2 de marzo de 2016, página 3 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 155).

[158] Comunicación del Grupo Especial de 2 de marzo de 2016, página 3.

[159] Véase EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624).

[160] Observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 149 del Grupo Especial.

[161] Comunicación del Grupo Especial de 2 de marzo de 2016, página 3.

[162] En consonancia con el texto del Acuerdo sobre los ADPIC, en la versión inglesa de los presentes informes siempre se utiliza "*trademark(s)*" (marca(s) de fábrica o de comercio) como una sola palabra, excepto cuando se cita material en el que figura la expresión "*trade mark(s)*".

indicaciones geográficas en Australia (sección 2.3), otras medidas (sección 2.2.5) y el CMCT (sección 2.4).[163]

2.1 Las medidas en litigio

2.2. Las medidas en litigio en estos procedimientos son las siguientes:

a. la *Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011* (Cth)[164] (Ley TPP);

b. el *Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011* (Cth), modificado por el *Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1)* (Cth)[165] (Reglamento TPP); y

c. la *Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011* (Cth)[166] (Ley TMA).

2.3. Además de las medidas a que se hace referencia *supra*, los reclamantes indicaron, en sus solicitudes de establecimiento de un grupo especial, que las medidas en litigio también incluían instrumentos adicionales, descritos, respectivamente, como:

a. "cualquier modificación, ampliación e instrumento o práctica conexos" (Honduras)[167]; y

b. "cualesquiera medidas conexas adoptadas por Australia, incluidas las que apliquen, complementen o amplíen estas leyes y reglamentos, así como cualquier medida que los modifique o sustituya" (República Dominicana, Cuba e Indonesia).[168]

2.4. Como se explica en la sección 1.6.2 *supra*, el Grupo Especial mantuvo en resoluciones preliminares que esas referencias en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por la República Dominicana, Cuba e Indonesia "no [eran], por la forma en que están redactad[a]s, incompatibles con la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de identificar las medidas concretas en litigio". No obstante, nos reservamos el derecho a evaluar si alguna medida en particular (además de las expresamente enumeradas *supra* en el párrafo 2.2) que pudiera invocarse sobre la base de ese texto en el curso de las actuaciones está o no abarcada por esas referencias y, en consecuencia, comprendida en nuestro mandato.[169]

2.5. En el curso de las actuaciones ninguno de los reclamantes pidió que se dictaran resoluciones relativas a medidas adicionales comprendidas en las descripciones arriba citadas. Por consiguiente, estimamos que las medidas en litigio en estas actuaciones son las enumeradas en el párrafo 2.2. En lo sucesivo, el Grupo Especial utilizará la expresión "medidas TPP" para aludir a esos instrumentos considerados conjuntamente.[170]

---

[163] Las partes no están de acuerdo acerca de varias cuestiones de hecho. En la medida en que sea necesario que el Grupo Especial aborde esas cuestiones de hecho controvertidas, lo hará en sus constataciones.

[164] *Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011* (Cth) (Ley TPP) (Pruebas documentales AUS-1, JE-1). La referencia a "Cth" indica que las disposiciones legislativas fueron promulgadas a nivel del Commonwealth. La legislación estatal o de los territorios lleva una referencia equivalente, en función del Estado o territorio de que se trate, que se identificará cuando proceda. En los presentes informes, las referencias al Gobierno de Australia o al Gobierno del Commonwealth son referencias al gobierno a nivel federal. Las referencias a la legislación promulgada a nivel estatal y territorial se especifican cuando procede.

[165] *Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011* (Cth), modificado por el *Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1)* (Cth) (Reglamento TPP) (Pruebas documentales AUS-3, JE-2).

[166] La *Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011* (Cth) (Ley TMA) (Pruebas documentales AUS-4, JE-3).

[167] WT/DS435/16, página 2.

[168] Respectivamente, WT/DS441/15, página 2; WT/DS458/14, página 1; y WT/DS467/15, página 1.

[169] Estimamos que la misma observación es aplicable a la referencia a "cualquier modificación, ampliación e instrumento o práctica conexos" que figura en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Honduras, sobre la cual Australia no solicitó una resolución preliminar.

[170] Observamos que las partes han utilizado términos distintos al referirse colectivamente a las medidas en litigio. Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 81 y 847 (donde se

2.1.1 Preparación, adopción y entrada en vigor de las medidas TPP

2.6. El proceso legislativo que desembocó en la adopción de las medidas TPP comenzó en 2008 con el establecimiento del Equipo Nacional de Trabajo sobre Medicina Preventiva (NPHT).[171] El NPHT era responsable de desarrollar una "estrategia nacional para la prevención de las enfermedades", que "propusiera un plan de trabajo para hacer frente a la carga de las enfermedades crónicas actualmente derivadas de la obesidad, el tabaco y el consumo excesivo de alcohol".[172] También se creó un Grupo de Trabajo sobre el Tabaco (TWG).[173] El NPHT publicó en 2009 un documento para el debate, acompañado de un informe técnico del TWG que recomendaba la adopción de una serie de medidas.[174]

2.7. En septiembre de 2009, el NPHT publicó su informe definitivo, titulado *Australia: The Healthiest Country by 2020 - National Preventative Health Strategy - The Roadmap for Action* (Australia: el país más sano para 2020 - Estrategia Nacional de Medicina Preventiva - Hoja de ruta para la adopción de medidas).[175] Por lo que respecta al control del tabaco, ese informe especificaba 11 "esferas de acción cruciales": "Hacer que los productos de tabaco sean significativamente más caros"; "Aumentar la frecuencia, el alcance y la intensidad de las campañas de mercadotecnia social"; "Poner fin a todas las formas de publicidad y promoción de los productos de tabaco" (lo cual incluía una "acción" específica para "eliminar la promoción de los productos de tabaco mediante el diseño del empaquetado")[176]; "Eliminar la exposición de los fumadores pasivos en los lugares públicos"; "Reglamentar la fabricación y reglamentar en mayor medida el empaquetado y la oferta de productos de tabaco"; "Asegurarse de que se aliente y respalde para dejar de fumar a todos los fumadores que estén en contacto con los servicios de salud ..."; "Redoblar los esfuerzos para reducir el hábito de fumar y la exposición de los fumadores pasivos entre la población indígena australiana"; "Redoblar los esfuerzos para disuadir del hábito de fumar a personas de otros grupos muy desfavorecidos"; "Ayudar a los padres y los educadores a desalentar el uso de tabaco y proteger a los fumadores pasivos jóvenes"; "Asegurarse de que el público, los medios de difusión, los políticos y otros líderes de opinión sigan siendo conscientes de

---

utilizan los términos "medidas de empaquetado genérico" y "medidas PP", respectivamente); la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 161 (donde se especifica que la República Dominicana alude a las medidas "individualmente, y colectivamente, como las medidas 'de empaquetado genérico' o 'PP'"); la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 40 (donde se especifica que Cuba alude a los instrumentos colectivamente como las "medidas PP"); la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 23 (donde se utiliza la expresión "medidas PP", pero sin especificar si se refiere a medidas individuales con ese título); y la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 3 (donde se utiliza la expresión "medida de empaquetado genérico del tabaco").

La expresión "las medidas TPP", en plural, no se utiliza con el propósito de indicar que el Grupo Especial considera que esos tres instrumentos jurídicos constituyen medidas distintas que sería preciso examinar por separado a los efectos de su análisis de las alegaciones que se le han sometido. Como se expone en las observaciones del Órgano de Apelación citadas en el párrafo 7.180 *infra*, la cuestión de si instrumentos jurídicos distintos deben tratarse como una "única medida" o como medidas separadas a los efectos de su análisis dependerá de la alegación de que se trate y de la forma en que el Grupo Especial considere más conveniente abordarla.

[171] Entre 1994 y 1995 el Comité de Referencias de Asuntos Comunitarios del Senado australiano debatió, celebró audiencias y examinó comunicaciones concernientes a varias cuestiones relacionadas con el tabaco, en particular el grado de reglamentación de los productos en ese momento. Se recibieron comunicaciones relativas a la posibilidad de introducir un "empaquetado neutral o genérico". En su informe definitivo, el Comité del Senado recomendó que se "emprendieran investigaciones adicionales sobre la eficacia del empaquetado genérico de los productos de tabaco como medio para hacer frente a los problemas del hábito de fumar entre los jóvenes". Parlamento de Australia, Comisión no Legislativa de Asuntos Sociales del Senado, *The Tobacco Industry and the Costs of Tobacco-Related Illness* (15 de diciembre de 1995) (Prueba documental DOM-49), páginas 68-71.

[172] Mandato del NPHT (Pruebas documentales HND-2, DOM-50).

[173] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 115.

[174] Informe técnico Nº 2 del NPHT (Pruebas documentales AUS-52, JE-12), páginas vii-ix. Las medidas recomendadas se clasificaban como sigue: "Medidas relacionadas con los ingresos que reducirían la asequibilidad de los productos de tabaco"; "Reformas legislativas para hacer frente a las actuales deficiencias en la reglamentación del tabaco" (que incluían el "empaquetado genérico obligatorio de los cigarrillos" y un aumento del tamaño requerido de las advertencias sanitarias gráficas); "Medidas de gasto"; "Control del tabaco entre la población indígena"; "Otras iniciativas para reducir las disparidades sociales en el hábito de fumar"; "Intervenciones en el sistema sanitario"; "Reforzamiento de la estrategia nacional australiana para el tabaco"; y "Desarrollo en ultramar".

[175] NPHT, Hoja de ruta para la adopción de medidas (Pruebas documentales AUS-67, JE-14).

[176] NPHT, Hoja de ruta para la adopción de medidas (Pruebas documentales AUS-67, JE-14), página 182.

la necesidad de adoptar medidas constantes y enérgicas para desalentar el uso de tabaco"; y "Velar por la aplicación y medir el progreso hacia las metas establecidas".[177]

2.8. El 29 de abril de 2010, el Gobierno de Australia anunció la adopción de cuatro medidas para "atender a las recomendaciones del [NPHT]"[178], que especificó como un aumento del 25% del impuesto especial sobre el tabaco[179]; legislación que requiriera que "todos los cigarrillos ... se vendan en empaquetado genérico no más tarde del 1º de julio de 2012"; restricciones de la publicidad en Internet de los productos de tabaco en Australia; y aumento del gasto en campañas contra el hábito de fumar.[180] En mayo de 2010, el Gobierno de Australia hizo pública una respuesta al informe definitivo del NPHT en la que detallaba esas cuatro medidas.[181]

2.9. El 7 de abril de 2011, el Gobierno de Australia publicó un borrador para formular comentarios sobre el Proyecto de Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth) (Proyecto de Ley TPP) para su consulta pública, que duró hasta el 6 de junio de 2011.[182] El Proyecto de Ley TPP y el Proyecto de Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth) (Proyecto de Ley TMA)[183] fueron aprobados por el Parlamento en noviembre de 2011 y recibieron la sanción real el 1º de diciembre de 2011, convirtiéndose de ese modo, respectivamente, en la Ley TPP y la Ley TMA.[184] El Reglamento TPP fue adoptado el 7 de diciembre de 2011 y modificado el 8 de marzo de 2012.[185] Como se ha indicado más arriba[186], la Ley TPP, la Ley TMA y el Reglamento TPP constituyen, conjuntamente, las medidas TPP en litigio en las presentes diferencias.

2.10. A partir del 1º de octubre de 2012, fue obligatorio que los productos de tabaco fabricados o envasados en Australia y destinados al consumo interno cumplieran las medidas TPP. Desde el 1º de diciembre de 2012, fue obligatorio que todos los productos de tabaco vendidos, ofrecidos para la venta o de otro modo suministrados en Australia cumplieran dichas medidas.[187]

[177] NPHT, Hoja de ruta para la adopción de medidas (Pruebas documentales AUS-67, JE-14), página 174.

[178] Primer Ministro Rudd, Comunicado de prensa sobre medidas contra el tabaco (Pruebas documentales AUS-115, HND-4, DOM-52).

[179] Véase la sección 2.2.3 *infra*.

[180] Primer Ministro Rudd, Comunicado de prensa sobre medidas contra el tabaco (Pruebas documentales AUS-115, HND-4, DOM-52).

[181] Medidas adoptadas a partir de la Hoja de ruta del NPHT (Pruebas documentales AUS-116, JE-15), páginas 61-85.

[182] Borrador para comentarios, *Proyecto de Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011* (Cth) (7 de abril de 2011) (Prueba documental JE-9). Se publicó junto con un documento de consulta. Véase Departamento de Salud y Envejecimiento de Australia, "*Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging Bill 2011 Exposure Draft*", 7 de abril de 2011 (Pruebas documentales AUS-120, JE-10).

[183] Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-6, JE-4).

[184] Ley TPP (Pruebas documentales JE-1, AUS-1); Ley TMA (Pruebas documentales AUS-4, JE-3). Los proyectos de Ley TPP también se notificaron al Comité OTC. Véase Organización Mundial del Comercio, Notificación presentada por Australia al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, G/TBT/N/AUS/67 (8 de abril de 2011) (Prueba documental AUS-130).

[185] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2). La modificación del Reglamento TPP fue adoptada el 8 de marzo de 2012. Véase el *Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1)* (Cth) (Prueba documental AUS-125). La "finalidad del reglamento es modificar el Reglamento principal para hacer extensiva su aplicación a productos de tabaco que no son cigarrillos y establecer prescripciones específicas aplicables al empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco". Exposición explicativa del *Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1)* (Cth) Exposición explicativa sobre el Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22).

[186] Véase la sección 2.1 *supra*.

[187] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 123. El artículo 2 de la Ley TPP específica la fecha en que entraría en vigor, a partir del 1º de diciembre de 2011, cada una de las disposiciones, de las que las últimas entrarían en vigor el 1º de diciembre de 2012. El Reglamento TPP entró en vigor el 1º de octubre de 2012. Véanse el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.2; y la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 9.

2.1.2 Las medidas TPP

2.1.2.1 Introducción

2.11. La Ley TPP es, a tenor de sus propios términos, una "Ley para desalentar el consumo de productos de tabaco y para fines conexos". Un esquema simplificado que figura en la propia Ley TPP la describe como sigue:

- La presente Ley regula el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco con objeto de:

  (a) mejorar la salud pública; y

  (b) dar cumplimiento a determinadas obligaciones establecidas en el Convenio para el Control del Tabaco.

- La Parte 2 del Capítulo 2 especifica las prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco. (Si hubiera adquisición de propiedad en términos no justos, las disposiciones en virtud del artículo 15 podrían también estipular prescripciones).

- El empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco deberán cumplir las prescripciones establecidas en la presente Ley.

- Se incurrirá en delito y se aplicarán sanciones civiles si se suministran, compran o fabrican productos de tabaco y el empaquetado para la venta al por menor o los propios productos no cumplen las prescripciones establecidas,.[188]

2.12. En la Ley TPP, la expresión "producto de tabaco" significa "tabaco elaborado o cualquier producto que contenga tabaco" y que esté "destinado a ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé" y "no esté inscrito en el Registro Australiano de Productos Terapéuticos mantenido en virtud de la *Ley de Productos Terapéuticos de 1989*".[189] Esta definición comprende no solo los cigarrillos, sino también productos que "no son cigarrillos", como los cigarros (puros), los cigarros pequeños (también conocidos como cigarritos (puritos)) y los bidis.[190] En la medida en que algunos de los productos abarcados por esa definición estén prohibidos en Australia, ya sea por el Commonwealth o por los estados y territorios, la Ley TPP no afecta a su legalidad.[191]

2.13. El Proyecto de Ley TPP y el Proyecto de Ley TMA iban acompañados de memorandos explicativos.[192] Esos documentos son "documentos que ayudan a los miembros del Parlamento, a los funcionarios y al público en general a entender los objetivos y los detalles del funcionamiento

---

[188] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 12.

[189] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1) (que contiene varias definiciones a los efectos de la Ley). Esas definiciones son también aplicables al Reglamento TPP, además de su propia lista de definiciones. Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), nota al artículo 1.1.3. La definición de "productos de tabaco" se basa en la definición de la misma expresión que figura en el apartado f) del artículo 1 del CMCT. Memorándum explicativo, Proyecto de Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth) (Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP) (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 9. Véase el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra, 21 de mayo 2003, Naciones Unidas, *Treaty Series*, volumen 2302, página 166 (CMCT) (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), apartado f) del artículo 1.

[190] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 9. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 13 del Grupo Especial, párrafo 60. Otros productos "que no son cigarrillos" abarcados incluyen el tabaco para armar, los kreteks, y los productos de tabaco solubles, como las pastillas para chupar que contienen tabaco. *Ibid.*, Algunos de esos tipos de productos de tabaco (como los cigarrillos, los cigarros (puros) y los bidis), así como su empaquetado específico, también se definen en la Ley TPP y el Reglamento TPP. Véanse la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1); y el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.3.

[191] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), páginas 4 y 9. Por ejemplo, el tabaco para mascar y para uso oral como rapé están prohibidos en Australia desde 1991. Véase el párrafo 2.64 *infra*.

[192] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7); y Memorándum explicativo, Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth) (Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA) (Pruebas documentales AUS-5, JE-5).

de las cláusulas de los proyectos de ley".[193] En Australia, un Memorándum explicativo puede también servir como "material extrínseco" utilizable como ayuda para la interpretación judicial de las leyes.[194] El Reglamento TPP iba acompañado de un documento similar, una Exposición explicativa, que también puede servir como ayuda extrínseca para la interpretación judicial.[195]

2.14. El artículo 109 de la Ley TPP dispone que "el Gobernador General podrá dictar reglamentos que prescriban cuestiones: a) que la presente Ley requiere o permite que se prescriban; o b) cuya prescripción sea necesaria o conveniente para llevar a cabo o dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Ley".[196] El Reglamento TPP se elaboró de conformidad con esa disposición.[197]

2.1.2.2 "Objetivos" de la Ley TPP

2.15. El artículo 3 de la Ley TPP, titulado "Objetivos de la presente Ley", dispone lo siguiente:

> (1) los objetivos de la presente Ley son:
>
> (a) mejorar la salud pública:
>
> (i) desalentando de empezar a fumar o de consumir productos de tabaco; y
>
> (ii) alentando a dejar de fumar y a dejar de consumir productos de tabaco; y
>
> (iii) desalentando a quienes han dejado de fumar, o dejado de consumir productos de tabaco, de recaer en ello; y
>
> (iv) reduciendo la exposición al humo de los productos de tabaco; y
>
> (b) dar cumplimiento a determinadas obligaciones asumidas por Australia como parte en el Convenio para el Control del Tabaco.
>
> (2) el Parlamento tiene intención de contribuir al logro de los objetivos enunciados en el párrafo (1) reglamentando el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco con objeto de:
>
> (a) reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores; y
>
> (b) aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias que figuran en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco ; y
>
> (c) reducir 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.[198]

2.16. La expresión "Convenio para el Control del Tabaco" se define en el sentido de que alude al Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT).[199] El Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP declara que "la introducción del empaquetado genérico para los productos de tabaco es uno de los medios por los que el Gobierno de Australia dará cumplimiento a las

[193] P. O'Neill, "*Was There an EM?: Explanatory Memoranda and Explanatory Statements in the Commonwealth Parliament*" (12 de septiembre de 2006) (Prueba documental AUS-260), Resumen (citado en la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 601, nota 775).

[194] *Ley sobre la Interpretación de las Leyes de 1901* (Cth) (Prueba documental AUS-259), artículo 15AB(2)(e). Véase también la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 601, nota 775.

[195] Exposición explicativa sobre el Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22); y P. O'Neill, "*Was There an EM?: Explanatory Memoranda and Explanatory Statements in the Commonwealth Parliament*" (12 de septiembre de 2006) (Prueba documental AUS-260), Exposiciones explicativas de los Reglamentos del Commonwealth. Véase también la nota 185 *supra*.

[196] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 109(1).

[197] Véase la Exposición explicativa sobre el Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22), página 2.

[198] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3. Véanse también el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), páginas 1-2 y 6-7; y la Exposición explicativa sobre el Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22), páginas 1 y 10.

[199] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1).

obligaciones asumidas por Australia en virtud del [CMCT]" y, en ese contexto, se remite a los artículos 5, 11 y 13 del CMCT.[200] En el Memorándum Explicativo del Proyecto de Ley TPP se añade que el artículo 3(2) "no pretende ser una lista exhaustiva de las maneras en que pueden cumplirse las obligaciones asumidas por Australia en virtud del CMCT de la OMS".[201]

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

2.17. La Ley TPP especifica las prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco. La Ley define el "empaquetado para la venta al por menor" como:

> (a) cualquier contenedor para la venta al por menor en el que el producto de tabaco esté directamente situado; o
>
> (b) cualquier contenedor para la venta al por menor que contenga un contenedor más pequeño en el que el producto de tabaco esté directamente situado; o
>
> (c) cualquier plástico u otro envoltorio que cubra cualquier empaquetado para la venta al por menor del producto de tabaco (en el sentido de los párrafos (a) o (b) de esta definición); o
>
> (d) cualquier plástico u otro envoltorio que cubra el producto de tabaco que sea un producto de tabaco para la venta al por menor; o
>
> (e) cualquier prospecto insertado en el empaquetado para la venta al por menor del producto de tabaco (en el sentido de cualquiera de los párrafos (a) a (d) de esta definición); o
>
> (f) cualquier prospecto que se fije o adhiera en el exterior del empaquetado para la venta al por menor del producto de tabaco (en el sentido de cualquiera de los párrafos (a) a (d) de esta definición).[202]

2.18. Como se detalla en el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP, la Ley TPP regula "cualquier contenedor en el que un producto de tabaco esté empaquetado para la venta al por menor, incluido el paquete que rodea inmediatamente al producto de tabaco, cualquier cartón que contenga uno o más paquetes de productos de tabaco para la venta al por menor, cualquier envoltorio que cubra el empaquetado de un producto de tabaco o un producto de tabaco en sí mismo, y cualquier cosa situada en el empaquetado, que no sea un producto de tabaco, así como cualquier cosa que esté sujeta al empaquetado o forme parte de él".[203]

2.19. Los artículos 18 a 25 de la Ley TPP establecen las prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco[204] y el artículo 26 establece las prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco.[205] El artículo 27 de la Ley TPP dispone que los reglamentos pueden establecer prescripciones adicionales relacionadas con el empaquetado para

---

[200] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 2.
[201] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 7.
[202] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1). Las medidas TPP también contienen definiciones específicas de ciertos tipos de empaquetado del tabaco, como "cajetilla de cigarrillos", "cartón de cigarrillos", "tubo para cigarros (puros)", y "petaca". Una cajetilla de cigarrillos es "cualquier contenedor para venta al por menor en el que los cigarrillos estén directamente situados". *Ibid*. Por su parte, una referencia a una superficie exterior de una cajetilla de cigarrillos (como su "superficie exterior frontal") "es una referencia a toda esa superficie exterior, incluida la parte de esa superficie exterior que forma parte de la tapa abatible". *Ibid.*, artículo 6(1). Además, el "labio interior" de una cajetilla "significa la parte de las superficies exteriores de la cajetilla que queda oculta cuando la tapa abatible se cierra". *Ibid.*, artículo 4(1). Un cartón de cigarrillos es "cualquier contenedor para venta al por menor que contenga contenedores más pequeños en los que los cigarrillos estén directamente situados". *Ibid.,* Además, "si un cartón de cigarrillos tiene una o más solapas con superficies solo visibles cuando el cartón se abre, se considerará que esas superficies constituyen superficies interiores del cartón". *Ibid.*, artículo 6(2). Un tubo para cigarros (puros) significa "un tubo para empaquetar un cigarro (puro)". Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.3. Una petaca significa un "empaquetado primario" que "está hecho de material flexible" y "adopta la forma de un bolsillo rectangular con una solapa que cubre la apertura". Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.3.
[203] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 8.
[204] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículos 18-25.
[205] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 26.

la venta al por menor de productos de tabaco y el aspecto de los productos de tabaco.[206] Esas prescripciones figuran en el Reglamento TPP.[207] El efecto acumulativo de la Ley TPP y el Reglamento TPP, tal como estos se aplican al empaquetado de productos de tabaco, se resume más abajo.[208]

2.1.2.3.1 Características físicas del empaquetado para la venta al por menor

2.20. El artículo 18(1) de la Ley TPP dispone que las superficies exterior e interior del empaquetado para la venta al por menor de cualquier tipo de producto de tabaco no deben tener "bordes decorativos, relieve, bultos u otras irregularidades de forma o textura, o cualesquiera otros embellecimientos" (salvo en la medida en que los permite el Reglamento TPP).[209] Además, "cualquier cola u otro adhesivo utilizado en la fabricación del empaquetado deberá ser transparente e incoloro".[210] El Reglamento TPP establece otras especificaciones de las características físicas del empaquetado de tabaco para la venta al por menor[211], incluidas prescripciones aplicables a las cajetillas de cigarrillos[212], los cartones de cigarrillos[213], los tubos para cigarros (puros)[214] y cualquier otro tipo de empaquetado.[215]

2.21. Las cajetillas y cartones de cigarrillos deberán ser rígidos y estar hechos únicamente de cartón.[216] Cada una de las superficies exteriores de la cajetilla o el cartón, una vez cerrados, deberán ser rectangulares, y entrar en contacto a un ángulo de 90 grados.[217] Todos los bordes de la cajetilla o el cartón deberán ser rígidos, rectos y nunca redondeados, biselados o configurados o embellecidos de otra manera (salvo que lo permita el Reglamento TPP).[218] El Reglamento TPP regula las dimensiones de las cajetillas de cigarrillos.[219]

2.22. La cajetilla de cigarrillos deberá abrirse mediante una tapa abatible.[220] El labio interior de la cajetilla deberá tener bordes rectos, si bien las esquinas podrán ser redondeadas, y ni el labio ni los bordes del labio podrán ser redondeados, biselados ni configurados o embellecidos de otra forma.[221] El forro de la cajetilla deberá estar hecho únicamente de lámina metálica con revestimiento de papel (salvo que el Reglamento TPP prescriba otra cosa).[222]

---

[206] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 27.
[207] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2).
[208] Véase, en general, el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7).
[209] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18(1)(a).
[210] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18(1)(b).
[211] Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Sección 2.1.
[212] Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.1.1.
[213] Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.1.2.
[214] Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.1.4. Los tubos para cigarros (puros) deberán ser cilíndricos y rígidos, y uno de sus extremos o ambos podrán ser cónicos o redondeados. La apertura de un tubo para cigarros (puros) deberá tener como mínimo 15 milímetros de diámetro.
[215] Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.1.5. Con excepción de las cajetillas de cigarrillos y los tubos para cigarros (puros), la dimensión mayor de un contenedor para la venta al por menor en el que el producto de tabaco esté directamente situado deberá ser como mínimo de 85 milímetros, y la segunda dimensión mayor como mínimo de 55 milímetros. *Ibid.,* Véase también el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.3 (donde se define el "empaquetado primario"); y Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1)(a) (donde se define "empaquetado para la venta al por menor").
[216] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18(2)(a).
[217] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18(2)(b).
[218] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18(2)(c).
[219] Las dimensiones de las cajetillas cerradas deberán ser de 85-125 milímetros (altura), 55-82 milímetros (anchura), y 20-42 milímetros (profundidad). Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.1.1(1).
[220] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18(3)(b). La tapa solo deberá articularse en la parte posterior de la cajetilla; tendrá bordes rectos; y ni la tapa ni sus bordes podrán ser redondeados, biselados o modelados o embellecidos de ninguna otra forma, si bien las esquinas podrán ser redondeadas. Los artículos 2.1.1(2)-2.1.1(3) del Reglamento establecen también las prescripciones aplicables a la apertura de la cajetilla. Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2).
[221] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18(3)(c).
[222] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18(3)(d). El artículo 2.1.3 del Reglamento establece prescripciones concernientes al revestimiento de los contenedores de productos de tabaco para la venta al por menor. El revestimiento podrá estar en relieve con puntos o cuadrados, siempre que estos

2.1.2.3.2 Color y acabado del empaquetado para la venta al por menor

2.23. El artículo 19 de la Ley TPP establece prescripciones adicionales para todas las superficies exteriores e interiores de determinado empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco, incluidas las dos caras del forro de las cajetillas de cigarrillos.[223] Esas superficies deben tener un acabado mate y deben ser de color marrón oscuro apagado[224], si bien esta prescripción relativa al color no se aplica a las advertencias sanitarias, al texto del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social o del nombre de la variante, ni al texto de los elementos legislativos prescritos pertinentes.[225] El Reglamento TPP estipula además que las superficies exteriores del empaquetado deberán ser de color Pantone 448C (marrón oscuro apagado), y que las superficies interiores de una cajetilla o un cartón de cigarrillos deberán ser blancas. La superficie interior del empaquetado (que no sea una cajetilla de cigarrillos o un cartón para cigarrillos) deberá ser o bien blanca o del color del material de empaquetado en su estado natural. El forro de las cajetillas deberá ser de lámina metálica de color plata revestida de papel blanco.[226]

2.1.2.3.3 Marcas de fábrica o de comercio y otras marcas en el empaquetado para la venta al por menor

2.24. El artículo 20 de la Ley TPP prohíbe la presencia de marcas de fábrica o de comercio y de otras marcas en cualquier parte del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco, con excepción del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, el nombre de la variante, los elementos legislativos prescritos pertinentes y otras marcas de fábrica o de comercio y marcas permitidas por el Reglamento TPP.[227] El Reglamento TPP regula la presencia de marcas de origen, marcas de calibración, marcas de medida y descripciones comerciales, códigos de barras, declaraciones de riesgo de incendio, declaraciones de producto de fabricación local, el nombre y dirección de la persona que empaquetó el producto o en cuyo nombre este se empaquetó, y un número de teléfono de contacto para el consumidor.[228] Este marcado no debe enmascarar ningún elemento legislativo prescrito pertinente ni constituir publicidad y promoción del tabaco o dar acceso a estas.[229]

2.25. El artículo 21 de la Ley TPP, que opera en conjunción con las disposiciones del Reglamento TPP, establece las prescripciones aplicables a la manera en que el nombre de la marca, el nombre comercial, la razón social o el nombre de la variante de los productos de tabaco pueden aparecer en el empaquetado para la venta al por menor de un producto de tabaco.[230] Por lo que respecta al empaquetado de cigarrillos, todos esos nombres deben imprimirse en tipo de letra Lucida Sans de tamaño no superior a 14 puntos (para el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social) o 10 puntos (para el nombre de la variante). La letra deberá ser de un grosor normal y de color Pantone Cool Gray 2C.[231] Por lo que respecta al empaquetado para la venta al por menor distinto del empaquetado para la venta al por menor de cigarrillos, los nombres deberán respetar las mismas especificaciones, pero podrán imprimirse en el empaquetado o en una etiqueta adhesiva adherida a él.[232] Esa etiqueta adhesiva deberá ser de color Pantone 448C (marrón oscuro apagado), no mayor de lo razonablemente necesario para imprimir los nombres permitidos, estar adherida firmemente al empaquetado para la venta al por menor de manera que no pueda

cumplan determinadas condiciones, entre ellas que no formen una imagen u otro símbolo o constituyan publicidad y promoción del tabaco. Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2).

[223] El artículo 19 solo se aplica a los elementos de la definición de "empaquetado para la venta al por menor" a que se hace referencia en los apartados a) y b) de la definición que figura en el párrafo 2.17 *supra*. Véase la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículos 19(1)(a) y 4(1) (donde se define "empaquetado para la venta al por menor").

[224] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 19(2).

[225] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 19(3).

[226] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.2.1.

[227] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículos 20(1)-20(3). El artículo 20(3) también permite la presencia de elementos legislativos prescritos pertinentes. El artículo 20(4) estipula que el artículo 20 no se aplica a los envoltorios, que se regulan en el artículo 22.

[228] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.3.1(1)-2.3.1(2) y 2.3.8(1). Las condiciones específicas que regulan cada una de esas marcas se detallan en los artículos 2.3.2 a 2.3.9.

[229] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.3.1(5).

[230] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1). El artículo 21(5) estipula que el artículo 21 no es aplicable a los envoltorios, que se regulan en el artículo 22.

[231] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.4.1. Además, la primera letra de cada palabra debe ser mayúscula. No podrán utilizarse otras mayúsculas.

[232] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.4.2(2).

despegarse fácilmente[233], y no deberá enmascarar ningún elemento legislativo prescrito pertinente.[234]

2.26. El artículo 21(3) de la Ley TPP especifica la ubicación y orientación de esos nombres en el empaquetado de cigarrillos:

Cuadro 1: Prescripciones aplicables al nombre de la marca, el nombre comercial, la razón social o el nombre de la variante

Prescripciones aplicables al nombre de la marca, el nombre comercial, la razón social o el nombre de la variante			
Elemento	**Si este nombre …**	**aparece en esta superficie …**	**el nombre …**
1	nombre de la marca, nombre comercial o razón social	la superficie exterior frontal de una cajetilla de cigarrillos	deberá aparecer: (a) horizontalmente debajo de la advertencia sanitaria y en su misma orientación; (b) en el centro del espacio restante en la superficie exterior frontal debajo de la advertencia sanitaria.
2	nombre de la marca, nombre comercial o razón social	la superficie exterior frontal de un cartón para cigarrillos	deberá aparecer: (a) en la misma orientación que la advertencia sanitaria; y (b) en el centro del espacio de la superficie exterior frontal que no esté ocupado por la advertencia sanitaria.
3	nombre de la marca, nombre comercial o razón social	cualquier superficie exterior de una cajetilla de cigarrillos o un cartón de cigarrillos (salvo la superficie exterior frontal)	deberá aparecer: (a) horizontalmente; y (b) en el centro de la superficie exterior de la cajetilla o el cartón.
4	nombre de la variante	cualquier superficie exterior de una cajetilla de cigarrillos o un cartón de cigarrillos	deberá aparecer: (a) horizontalmente e inmediatamente debajo del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social; y (b) en la misma orientación que el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social.

Fuente: Ley TPP (Prueba documental AUS-1, JE-1), artículo 21(3).

2.27. Por lo que respecta a los tubos para cigarros (puros), el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante, solo podrán aparecer una vez, en una sola línea, y no deberán enmascarar ningún elemento legislativo prescrito pertinente.[235] Cuando un tubo para cigarros (puros) contenga solo un nombre de marca, un nombre comercial o una razón social, o solo un nombre de variante, dicho nombre deberá figurar en la misma orientación que las advertencias sanitarias e inmediatamente debajo de estas. Cuando un tubo para cigarros (puros) contenga un nombre de marca, un nombre comercial o una razón social junto con un nombre de variante, el nombre de marca, el nombre comercial o la razón social deberán aparecer en la misma orientación que las advertencias sanitarias en la superficie, e inmediatamente debajo de estas, y el nombre de la variante deberá aparecer paralelo al nombre de marca, el nombre comercial o la razón social, en la misma orientación de ese nombre e inmediatamente debajo de él.[236]

2.28. El nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social o el nombre de la variante podrán aparecer en otro empaquetado para la venta al por menor[237] solo en una línea en cada una de las superficies exteriores frontal y posterior (y en ninguna otra), en la misma orientación que las advertencias sanitarias en la superficie, y no encima de ellas, y no deberán enmascarar ningún elemento legislativo prescrito pertinente. Los nombres de variantes en esos empaquetados

[233] El artículo 2.4.2(4) del Reglamento explica que una etiqueta adhesiva es fácilmente despegable si no es probable que permanezca adherida durante la vida prevista del empaquetado para la venta al por menor, o si puede despegarse sin daño para la etiqueta o el empaquetado para la venta al por menor. Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2).

[234] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.4.2(3).

[235] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.4.3(1).

[236] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.4.3(2).

[237] Es decir, distintos de cajetillas de cigarrillos, cartones para cigarrillos y tubos para cigarros (puros). Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.4.4(1).

deberán aparecer paralelos al nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, en la misma orientación de ese nombre e inmediatamente debajo de él.[238]

2.1.2.3.4 Envoltorios

2.29. El artículo 22 de la Ley TPP establece las prescripciones aplicables a los envoltorios.[239] Los envoltorios deberán ser transparentes e incoloros, y no estar marcados, texturados o embellecidos de ninguna manera, salvo la medida en que lo permite el Reglamento TPP. Salvo en la medida en que lo permite el Reglamento TPP, en ninguna parte del envoltorio podrán aparecer marcas de fábrica o de comercio o marcas.[240] Esas prescripciones se detallan en el Reglamento TPP.[241]

2.1.2.3.5 Prospectos interiores y exteriores

2.30. El artículo 23 de la Ley TPP se aplica a determinados tipos de empaquetado para la venta al por menor, y dispone que esos paquetes no deberán llevar prospectos interiores o exteriores, salvo en la medida en que lo permita el Reglamento TPP.[242] El Reglamento TPP dispone que el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco podrá llevar una etiqueta adhesiva que contenga una advertencia sanitaria[243], y, salvo en el caso de los cigarrillos y los cartones de cigarrillos, podrá contener un elemento insertado si este se utiliza para evitar daños al producto de tabaco durante el transporte o el almacenamiento, y es blanco o del color del material de empaquetado en su estado natural.[244] Los paquetes de productos de tabaco distintos de los cigarrillos podrán incluir una lengüeta para volver a cerrar el paquete, siempre que sea o bien negra o transparente e incolora, o de color Pantone 448C (marrón oscuro apagado).[245]

2.1.2.3.6 Otras prescripciones relativas al empaquetado para la venta al por menor

2.31. El empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco no deberá hacer ruidos ni contener o producir un aroma que pudiera considerarse constituyen publicidad y promoción del tabaco[246], y no deberá tener características destinadas a cambiar el empaquetado después de la venta al por menor.[247]

2.1.2.3.7 Resumen de las prescripciones relativas al empaquetado para la venta al por menor

2.32. Como se señala más abajo, las prescripciones establecidas en la Ley TPP y el Reglamento TPP operan en conjunción con otros elementos legislativos prescritos que no han sido

---

[238] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.4.4(2).

[239] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 22. Este artículo solo es aplicable a los envoltorios de plástico u otros envoltorios que cubran el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco y estén comprendidos en el ámbito de aplicación de los apartados a) y b) de la definición de "empaquetado para la venta al por menor" que figura en el párrafo 2.17. Véase *ibid.*, artículos 22(1) y 4(1) (donde se define "empaquetado para la venta al por menor").

[240] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 22(2).

[241] Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.5.1-2.5.2.

[242] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 23. Este artículo solo se aplica a empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco y que estén comprendidos en el ámbito de aplicación de cualquiera de los apartados a) a d), inclusive, de la definición de "empaquetado para la venta al por menor" que figura en el párrafo 2.17. Véase *ibid.*, artículos 23 y 4(1) (donde se define "empaquetado para la venta al por menor").

[243] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.6.1. Esas advertencias deben satisfacer lo dispuesto en el *Reglamento de Prácticas Comerciales (Normas de Información al Consumidor sobre los Productos) (Tabaco) de 2004* (Cth) (Pruebas documentales AUS-297, DOM-43); y la *Norma de Información en materia de Competencia y Protección del Consumidor (Tabaco) de 2011* (Cth) (Norma de Información) (Pruebas documentales AUS-128, JE-8).

[244] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.6.2.

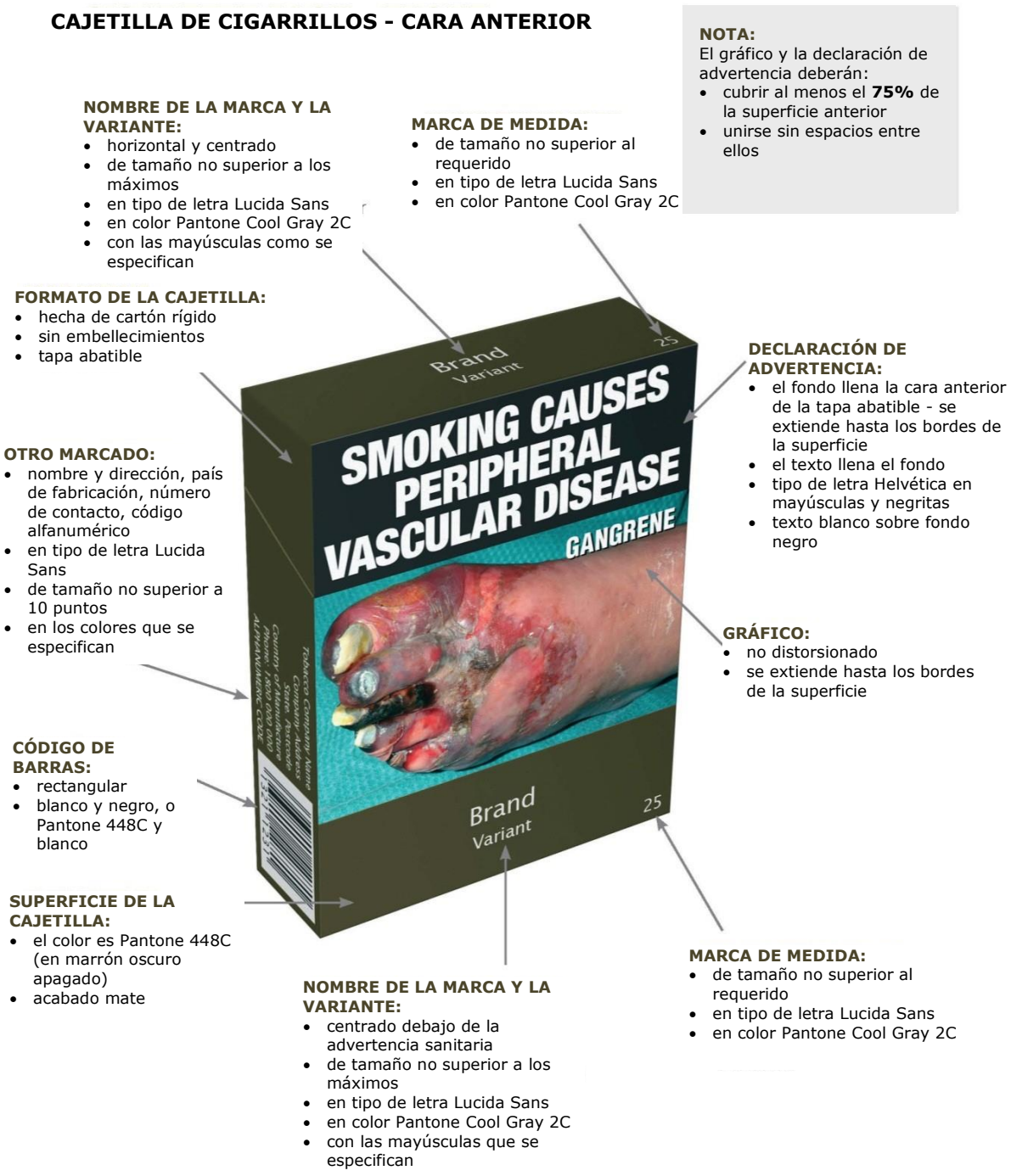
[245] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.6.3.

[246] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 24.

[247] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 25. El artículo 25 ofrece los siguientes ejemplos de esas características: a) tintas activadas por calor; b) tintas o embellecimientos destinados a aparecer gradualmente con el tiempo; c) tintas que en determinadas condiciones lumínicas son fluorescentes; d) paneles diseñados para ser raspados o frotados para que aparezca una imagen o un texto; e) lengüetas despegables; y f) paneles desplegables.

impugnados en estas diferencias, entre ellas las advertencias sanitarias gráficas (ASG). A continuación se exponen los efectos acumulativos de las prescripciones de la Ley TPP y el Reglamento TPP y otros elementos legislativos prescritos concernientes al empaquetado de cigarrillos y cigarros (puros):

Figura 1: La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara anterior, la parte superior y la cara lateral de una cajetilla de cigarrillos



Fuente: Primera comunicación escrita de Australia, anexo A, figura 1; primera comunicación escrita de la República Dominicana, anexo I, figura 25; y Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA (Pruebas documentales HND-50, DOM-161).

Figura 2: La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara posterior, la base y la cara lateral de una cajetilla de cigarrillos



Fuente: Primera comunicación escrita de Australia, anexo A, figura 1; primera comunicación de la República Dominicana, anexo I, figura 26; y Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA (Pruebas documentales HND-50, DOM-161).

Figura 3: La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara anterior, la parte superior y la cara lateral de un cartón de cigarrillos



Fuente: Primera comunicación escrita de la República Dominicana, anexo I, figura 27; y Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA (Pruebas documentales HND-50, DOM-161).

Figura 4: La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara posterior, la base y la cara lateral de un cartón de cigarrillos



Fuente: Primera comunicación escrita de la República Dominicana, anexo I, figura 28; y Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA (Pruebas documentales HND-50, DOM-161).

Figura 5: La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a los tubos para cigarros (puros)



Fuente: Primera comunicación escrita de Australia, anexo A, figura 4. Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, anexo 1, figuras 29 y 30; y Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA (Pruebas documentales HND-50, DOM-161).

Figura 6: La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a las caras anterior y lateral de una caja de cigarros (puros)



Fuente: Primera comunicación escrita de la República Dominicana, anexo I, figura 31; y Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA (Pruebas documentales HND-50, DOM-161).

Figura 7: La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican a la cara posterior de una caja de cigarros (puros)

NOTA:
Esta imagen ilustra la diagramación de la advertencia sanitaria en la superficie posterior del empaquetado horizontal para la venta al por menor de cigarros (puros).

El empaquetado vertical para la venta al por menor de cigarros (puros) deberá llevar la advertencia sanitaria en la superficie posterior utilizando esta diagramación:

Declaración de advertencia
Mensaje explicativo

NOTA:
La declaración de advertencia y el mensaje explicativo deberán:
- cubrir como mínimo el **75%** de la superficie posterior
- unirse sin espacios entre ellos

La única excepción es para el empaquetado de cigarros (puros) con una superficie posterior de 250 cm^2 o más, en cuyo caso la declaración de advertencia y el mensaje explicativo deberán cubrir como mínimo 188 cm^2.



DECLARACIÓN DE ADVERTENCIA:
- el fondo se extiende hasta los bordes de la superficie
- el texto llena el fondo
- en tipo de letra Helvética en negritas y mayúsculas
- texto blanco sobre fondo rojo

MENSAJE EXPLICATIVO:
- el fondo se extiende hasta los bordes de la superficie
- el texto llena el fondo
- en tipo de letra Helvética
- con las mayúsculas y grosor que se especifican
- texto blanco sobre fondo negro

FORMATO Y SUPERFICIE DE LA CAJA (INCLUIDAS LAS BISAGRAS Y LOS CIERRES)
- el color es Pantone 448C (marrón oscuro apagado)
- acabado mate
- sin embellecimientos

NOMBRE DE LA MARCA Y LA VARIANTE:
- horizontal
- de tamaño no superior a los máximos
- en tipo de letra Lucida Sans
- en color Pantone Cool Gray 2C
- con las mayúsculas que se especifican

MARCA DE MEDIDA:
- de tamaño no superior al requerido
- en tipo de letra Lucida Sans
- en color Pantone Cool Gray 2C

Fuente: Primera comunicación escrita de la República Dominicana, anexo I, figura 32; y Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA (Pruebas documentales HND-50, DOM-161).

2.1.2.4 Prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco

2.33. Las medidas TPP regulan varios elementos que afectan al aspecto de los productos de tabaco propiamente dichos. El artículo 26 de la Ley TPP dispone que ninguna marca ni marca de fábrica o de comercio podrá aparecer en ningún lugar de un producto de tabaco, salvo en la medida en que lo permite el Reglamento TPP.[248] El artículo 27 de la Ley TPP dispone que el Reglamento TPP puede establecer prescripciones adicionales relacionadas con el aspecto de los productos de tabaco para promover los objetivos de la Ley.[249]

2.1.2.4.1 Prescripciones relativas a los cigarrillos

2.34. La Sección 3.1 del Reglamento TPP especifica las prescripciones relativas a los cigarrillos. La envoltura de papel y la banda de permeabilidad reducida (si la hubiera) deberán ser blancas o blancas con una extremidad de imitación de corcho.[250] Los cigarrillos podrán estar marcados con un código alfanumérico, que solo podrá aparecer una vez. El código deberá imprimirse paralelo al extremo del cigarrillo no destinado a ser encendido, y a no más de 38 milímetros de él, en tipo de letra Lucida Sans negra de grosor normal y un tamaño máximo de 8 puntos.[251] El código alfanumérico no deberá: constituir publicidad y promoción del tabaco, ni dar acceso a ellas; ser "falso, equívoco o engañoso, o poder inducir a error con respecto a las características, efectos para la salud, riesgos o emisiones del cigarrillo"; "tener el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros"; "representar las emisiones del cigarrillo o estar de algún modo vinculado o relacionado con ellas"; o "representar el nombre de la marca o de la variante del cigarrillo, o estar de algún modo relacionado con ellos".[252] Si los cigarrillos tienen filtro, deberá ser blanco.[253]

2.1.2.4.2 Prescripciones relativas a los cigarros (puros)

2.35. Por lo que respecta a los cigarros (puros), el Reglamento TPP dispone que alrededor de la circunferencia del cigarro (puro) podrá haber una única vitola, en color Pantone 448C (marrón oscuro apagado). La vitola puede ser una vitola adhesiva que cubra completamente otra vitola o vitolas, siempre que esté firmemente adherida a aquellas y no sea fácilmente desplegable de ellas.[254]

2.36. En la vitola podrán figurar el nombre de la marca, la razón social o el nombre comercial, y el nombre de la variante del cigarro (puro), el nombre del país en que este fue fabricado o producido, y un código alfanumérico.[255] Esas marcas solo podrán aparecer una vez en la vitola y deberán estar impresas en tipo de letra Lucida Sans de grosor normal y un tamaño máximo de 10 puntos, en color Pantone Cool Gray 2C.[256] El nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social y el nombre de la variante deberán situarse horizontalmente a lo largo de la longitud de la vitola de manera que circunden la circunferencia del cigarro (puro).[257] El código alfanumérico no deberá: constituir publicidad y promoción del tabaco, ni dar acceso a ellas; ser "falso, equívoco o engañoso, o poder inducir a error con respecto a las características, efectos para la salud, riesgos o emisiones del cigarro (puro)"; "tener el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros"; "representar las emisiones del cigarro (puro) o estar de algún modo vinculado o relacionado con ellas".[258]

2.37. La vitola podrá también contener una marca encubierta que no sea visible a simple vista y no dé acceso a publicidad y promoción del tabaco.[259]

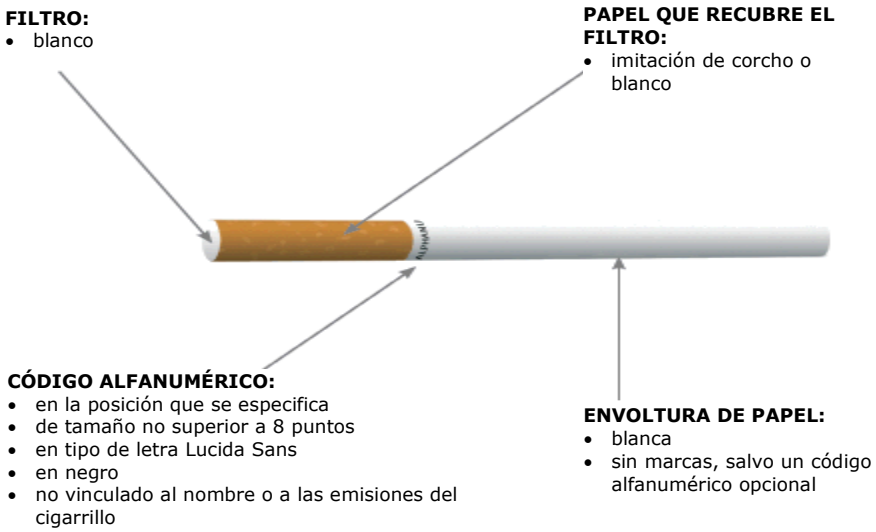
---

[248] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 26.
[249] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 27(1)(b).
[250] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.1.1.
[251] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.1.2(2).
[252] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.1.2(3).
[253] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.1.3.
[254] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 3.2.1(1)-3.2.1(2).
[255] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.2.1(3).
[256] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.2.1(5).
[257] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.2.1(6).
[258] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.2.1(7).
[259] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.2.1(4).

2.1.2.4.3 Resumen de las prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco

2.38. Los efectos acumulativos de las prescripciones relativas al aspecto de los cigarrillos y los cigarros (puros) establecidas en la Ley TPP, el Reglamento TPP y otros elementos legislativos prescritos a que se hace referencia en las secciones 2.1.2.4.1 y 2.1.2.4.2 se representan gráficamente como sigue:

Figura 8: La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican al aspecto de los cigarrillos



Fuente: Primera comunicación escrita de Australia, anexo A, figura 3; primera comunicación escrita de la República Dominicana, anexo I, figura 33; y Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA (Pruebas documentales HND-50, DOM-161).

Figura 9: La Ley TPP y el Reglamento TPP tal como se aplican al aspecto de los cigarros (puros)



Fuente: Primera comunicación escrita de Australia, anexo A, figura 4; primera comunicación escrita de la República Dominicana, anexo I, figura 34; y Guía sobre el empaquetado genérico del tabaco elaborada por el DHA (Pruebas documentales HND-50, DOM-161).

2.1.2.5 Artículo 28 de la Ley TPP

2.39. El artículo 28(1) de la Ley TPP dispone que, a los efectos de la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* (Cth) (Ley TM) y los reglamentos elaborados en virtud de dicha Ley, "se considerará que el solicitante del registro de una marca de fábrica o de comercio relativa a productos de tabaco tiene la intención de: a) utilizar la marca de fábrica o de comercio en Australia en relación con esos productos; o b) autorizar a otra persona a utilizar la marca de fábrica o de comercio en Australia en relación con esos productos; o c) asignar la marca de fábrica o de comercio a una sociedad que esté a punto de constituirse con miras a utilizar la marca de fábrica o de comercio en Australia en relación con esos productos".[260]

2.40. El Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP señala que el artículo 28 "preserva la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio para protegerla y para registrarla y mantener su registro". Detalla que, por ejemplo, "se considerará que un fabricante de tabaco que solicite el registro de una marca de fábrica o de comercio con respecto a productos de tabaco tiene la intención de utilizar la marca de fábrica o de comercio en Australia si la utilizara en los productos o el empaquetado para la venta al por menor de no ser por lo dispuesto" en la Ley TPP. Señala además que si se presenta una solicitud para eliminar del registro una marca de fábrica o de comercio sobre la base de que no ha sido utilizada, la alegación de falta de uso "será rechazada si hay pruebas de que el titular registrado habría utilizado la marca de fábrica o de comercio de no ser por lo dispuesto en la Ley TPP.[261] Los reclamantes impugnan los efectos del artículo 28(1) de la Ley TPP.

2.1.2.6 Delitos y sanciones civiles

2.41. El Capítulo 3 de la Ley TPP se titula "Delitos y disposiciones en materia de sanciones civiles". Ese Capítulo tipifica diversos actos que pueden dar lugar a sanciones civiles o penales. El artículo 30, que figura en la Parte I del Capítulo 3, contiene un esquema simplificado de las disposiciones del Capítulo. Dispone, entre otras cosas, que:

- Una persona no deberá:

  (a) suministrar o comprar productos de tabaco en un empaquetado para venta al por menor que no cumpla las prescripciones de la presente Ley; ni

  (b) participar en el empaquetado de productos de tabaco para la venta al por menor si el empaquetado no cumple esas prescripciones; ni

  (c) suministrar, adquirir o manufacturar productos de tabaco que no cumplan esas prescripciones; ni

  (d) suministrar productos de tabaco que no estén empaquetados para la venta al por menor sin determinadas prohibiciones contractuales.

- Una persona que lo haga:

  (a) podrá cometer un delito por culpa (es decir, un delito en el que elementos de culpa afectan a los elementos físicos del delito); y

  (b) podrá también cometer un delito por responsabilidad objetiva (es decir, un delito en el que ningún elemento de culpa afecta a los elementos físicos del delito); y

  (c) podrá asimismo infringir una disposición en materia de sanciones civiles.[262]

[260] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 28(1).
[261] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 15.
[262] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 30. Los detalles de esas prohibiciones se desarrollan en los artículos 31-50, que figuran en las Partes 2-4 del Capítulo 3.

2.42. Cada una de las prohibiciones especificadas en el Capítulo 3 va acompañada de las sanciones penales (por delitos por culpa y por responsabilidad objetiva) y civiles aplicables.[263] La Parte 4 del Capítulo 3 establece una excepción con respecto a determinados delitos y disposiciones en materia de sanciones civiles de ese Capítulo para productos de tabaco infractores destinados a la exportación.[264]

2.1.2.7 Relación con otras disposiciones legislativas

2.43. El artículo 10 de la Ley TPP regula las incompatibilidades entre la Ley y otra legislación del Commonwealth, e identifica determinadas normas de seguridad o información que prevalecen si hay incompatibilidad entre ellas y la Ley TPP.[265] El artículo 11 de la Ley TPP dispone, entre otras cosas, que la Ley "no excluye ni limita la aplicación de una ley sobre el tabaco pertinente de un estado o territorio que pueda aplicarse concurrentemente con la presente Ley".[266] El Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP aclara que dicho proyecto no:

> Limita la aplicación de las leyes de estados o territorios relativas al empaquetado y el aspecto de los productos de tabaco cuando esas leyes pueden aplicarse concurrentemente con las disposiciones del Proyecto de Ley. Se prevé que las leyes del Commonwealth y los estados y territorios para el control del tabaco sigan aplicándose conjuntamente. No obstante, si hubiera algún conflicto entre las leyes de los estados y territorios y las prescripciones de empaquetado genérico, el Proyecto de Ley prevalecerá.[267]

2.44. El Memorándum explicativo aclara, además, que:

> Se prevé que este Proyecto de Ley se aplique junto con otros mecanismos de reglamentación de los productos de tabaco y el empaquetado en general. Aunque el Proyecto de Ley regula la información que podrá aparecer, y la forma en que determinada información puede aparecer, no se prevé que interfiera con otra reglamentación de los productos de tabaco, incluida cualquier reglamentación que establezca una prescripción para el empaquetado en general que sea aplicable al empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco. [...] El Proyecto de Ley no pretende restar validez a ninguna forma de reglamentación o publicidad de los productos de tabaco, sino respaldar las actuales restricciones en materia publicitaria en la medida en que establece prescripciones para restringir la publicidad en los productos de tabaco propiamente dichos o en su empaquetado.[268]

2.1.2.8 La Ley TMA

2.45. La Ley TMA introduce en la Ley TM una nueva disposición, a saber, el artículo 231A, que establece lo siguiente:

> (1) En los reglamentos podrán establecerse disposiciones en relación con el efecto de la aplicación de la *Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011*, y de cualesquiera reglamentos elaborados en virtud de dicha Ley, sobre:
>
> (a) una disposición de la presente Ley; o
>
> (b) un reglamento elaborado en virtud de la presente Ley, incluidos:
>
> (i) un reglamento por el que se aplique una disposición de la presente Ley; o

[263] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículos 31-48.
[264] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 3, Parte 4.
[265] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 10. Véase, por ejemplo, el *Reglamento de Prácticas Comerciales (Normas de Información al Consumidor sobre los Productos) (Tabaco) de 2004* (Cth) (Pruebas documentales AUS-297, DOM-43).
[266] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 11(1).
[267] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 4. Véase también *Ibid.*, página 10.
[268] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 4. Véase también *ibid.*, página 10.

(ii) un reglamento por el que se aplique una disposición de la presente Ley en forma modificada.

(2) Sin limitar lo previsto en el párrafo (1), los reglamentos elaborados a los fines de ese párrafo podrán aclarar o declarar el efecto de la aplicación de la *Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011*, y de cualesquiera reglamentos elaborados en virtud de dicha Ley, sobre una disposición de la presente Ley o un reglamento elaborado en virtud de la presente Ley, incluso considerando o estimando:

(a) que algo ha sucedido (o no); o

(b) que alguna circunstancia se ha dado (o no); o

(c) que algo tiene (o no) un efecto determinado.

(3) Los reglamentos elaborados a los fines del párrafo (1):

(a) podrán ser incompatibles con la presente Ley; y

(b) prevalecerán sobre la presente Ley (incluidos cualesquiera otros reglamentos o instrumentos elaborados en virtud de la presente Ley) en la medida en que exista alguna incompatibilidad.[269]

2.46. El Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA explica que:

> El [Proyecto de Ley TMA] se está introduciendo para que si fuera necesario el Gobierno pueda remediar rápidamente cualquier interacción no prevista entre la [Ley TPP] y la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* .... El objetivo de ese ejercicio de las facultades conferidas por el Proyecto de Ley será asegurarse de que los solicitantes de registros de marcas de fábrica o de comercio y los titulares registrados de marcas de fábrica o de comercio no queden en desventaja debido a la aplicación práctica de la Ley relativa al Empaquetado Genérico.[270]

2.47. El Memorándum explicativo señala seguidamente que:

> El Proyecto de Ley propuesto introducirá un nuevo artículo 231A para permitir la elaboración de reglamentos en virtud de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio en relación con el efecto de la aplicación de la [Ley TPP] y los reglamentos elaborados en virtud de esa Ley sobre (a) una disposición de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio o (b) una reglamentación promulgada en virtud de esa Ley.
>
> Los reglamentos elaborados en virtud del nuevo artículo 231A no están destinados a tener efecto alguno en la aplicación de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio en relación con los bienes o servicios no regulados por la Ley relativa al Empaquetado Genérico.[271]

2.48. La Ley TMA entró en vigor el 1º de diciembre de 2011.[272]

2.1.2.9 Análisis de los efectos de la reglamentación

2.49. El proceso de análisis de los efectos de la reglamentación en Australia se basa en un sistema en tres tramos para evaluar las disposiciones reglamentarias que conlleva "un análisis en profundidad, documentado en una Declaración de efectos de la reglamentación (RIS), de todas las propuestas que tengan efectos significativos en las empresas y personas o en la economía".[273] El proceso prevé también la posibilidad de que se realice un EPI en circunstancias en que no se finalice una RIS respecto de una propuesta de reglamentación.

---

[269] Ley TMA (Pruebas documentales AUS-4, JE-3), párrafo 2 del anexo 1. (no se reproduce la nota de pie de página)

[270] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-5, JE-5), página 1.

[271] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-5, JE-5), página 1.

[272] Véase la Ley TMA (Pruebas documentales AUS-4, JE-3), artículo 2.

[273] Véase Gobierno de Australia, "*Best Practice Regulation Handbook*", agosto de 2007 (Manual de prácticas óptimas de reglamentación) (Prueba documental AUS-126), página 16.

2.50. En abril de 2009, el Departamento de Salud y Envejecimiento (DHA) presentó a la Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación (OBPR) un proyecto de RIS para una ley de control del tabaco que habría establecido, entre otras cosas, disposiciones sobre el empaquetado genérico de los productos de tabaco.[274] La OBPR advirtió al DHA que el proyecto de RIS requería más trabajo para satisfacer los requisitos establecidos en materia de prácticas óptimas de reglamentación del Gobierno de Australia, y se ofreció a formular observaciones para contribuir a su finalización.[275] En abril de 2010, el DHA transmitió a la OBPR un segundo proyecto de RIS sobre empaquetado genérico de productos de tabaco.[276] En mayo de 2010, después de que se anunciara que el Gobierno adoptaría un conjunto integral de medidas de control del tabaco centrado en el hábito de fumar, incluido el empaquetado genérico[277], la OBPR comunicó al DHA que el segundo proyecto de RIS no satisfacía los requisitos en materia de prácticas óptimas de reglamentación y que era necesario que el DHA iniciara un EPI pasados uno o dos años desde el comienzo de la implementación.[278]

2.51. Con arreglo al Manual de prácticas óptimas de reglamentación, un EPI "debe ser de escala y alcance similar a lo que se habría preparado para la etapa de adopción de decisiones" y "debería centrarse en la forma en que se implementó la política, en si la implementación está resultando eficaz para alcanzar los objetivos de política, y en si la implementación o los métodos de ejecución en curso pueden ajustarse para gestionar más eficiente y/o efectivamente la ejecución en curso de la política".[279] El DHA obtuvo una prórroga del plazo para finalizar su EPI de las medidas TPP, que expiraba en diciembre de 2014 y pasó a hacerlo en junio de 2015.[280] En noviembre de 2015, "se advirtió al Departamento de Salud que quedaría registrado como 'infractor' en el sitio web de la Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación respecto del examen posterior a la implementación de la medida de empaquetado genérico del tabaco".[281] El Departamento de Salud completó en febrero de 2016 el EPI correspondiente a las medidas TPP.[282] Ese EPI tiene por objeto

[274] Mensaje de correo electrónico de fecha 7 de abril de 2009, dirigido por D. Sloane, Directora Adjunta del Departamento de Salud y Envejecimiento, a R. Ristic, S. Rowley y C. Toyne, de la Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación, al que se adjunta el documento del Departamento de Salud y Envejecimiento "*DRAFT Regulation Impact Statement - Tobacco Control Act*" (abril de 2009) (Prueba documental UKR-51).

[275] Carta de 23 de abril de 2009 dirigida por la OBPR al DHA (Pruebas documentales HND-12, IDN-6). La OBPR formuló "observaciones generales" sobre la definición del problema, la estructura de la RIS, las diversas fuentes a que se había recurrido y la necesidad de centrar la información en las medidas cuya introducción se proponía, incluido un análisis del grado en que las medidas propuestas contribuirán a los beneficios para la salud de dejar de fumar. *Ibid.*, página 2. Por lo que respecta al empaquetado genérico, observó que "la idea de que los cigarrillos forman parte de las mismas pistas sociales sobre el estilo y ponen de relieve nuestra condición social como lo hace la ropa de diseño parece exagerada". *Ibid.*, página 6.

[276] Carta de 4 de mayo de 2010 dirigida por la OBPR al DHA (Prueba documental HND-16).

[277] Véase Primer Ministro Rudd, Comunicado de prensa sobre medidas contra el tabaco (Pruebas documentales AUS-115, HND-4, DOM-52).

[278] Carta de 4 de mayo de 2010 dirigida por la OBPR al DHA (Prueba documental HND-16). Con arreglo al Manual de prácticas óptimas de reglamentación del Gobierno:

> Si la OBPR detecta que puede haberse introducido o modificado un reglamento sin un nivel de análisis suficiente, se pondrá primero en contacto con el departamento u organismo de que se trate para obtener información adicional. Tras consultar al departamento u organismo, la OBPR determinará o bien que:
>
> - se han satisfecho los requisitos en materia de prácticas óptimas de reglamentación, y no es preciso adoptar más medidas; o bien que
>
> - no se han satisfecho los requisitos para preparar una RIS o una evaluación cuantitativa de los costos del cumplimiento, y el departamento u organismo deberá realizar un examen posterior a la implementación. Además, el departamento u organismo quedará registrado como infractor en el *Informe sobre prácticas óptimas de reglamentación* de ese año.

Gobierno de Australia, "*Best Practice Regulation Handbook*", agosto de 2007 (Manual de prácticas óptimas de reglamentación) (Prueba documental AUS-126), página 37. Véase también *ibid.,* páginas 32 y 36-38. La propuesta sobre el empaquetado genérico del tabaco se registró como infractora en 2012. Informe relativo a las prácticas óptimas de reglamentación 2011-2012 (Pruebas documentales HND-18, CUB-9), página 33.

[279] Manual de prácticas óptimas de reglamentación (Prueba documental AUS-126), página 37.

[280] Información presentada a la Comisión Legislativa de Administración Pública y Finanzas del Senado (Prueba documental DOM-371).

[281] Respuesta de Australia a la pregunta 149 del Grupo Especial, párrafo 31.

[282] Véase la comunicación de Australia al Grupo Especial de 26 de febrero de 2016 (donde se hace referencia a: http://ris.dpmc.gov.au/2016/02/26/tobacco-plain-packaging/).

evaluar "la efectividad y eficiencia de la medida de empaquetado genérico del tabaco para cumplir su objetivo, a fin de determinar si constituye una intervención reglamentaria adecuada".[283]

2.2 Otras medidas relacionadas con el control del tabaco en Australia

2.52. Australia mantiene a nivel del Commonwealth, los estados y los territorios varias medidas que regulan la utilización, venta, publicidad y promoción de los productos de tabaco que no están impugnadas en estas actuaciones. No obstante, las partes han hecho referencia a algunas de esas medidas y las han debatido. Por consiguiente, a continuación se presenta una descripción general de este contexto reglamentario.

2.2.1 Advertencias sanitarias textuales y gráficas de carácter obligatorio

2.53. Inicialmente, las prescripciones sobre advertencias sanitarias relativas al tabaco, promulgadas por todos los estados y territorios australianos en 1973, solo se aplicaban al empaquetado para la venta al por menor de cigarrillos y regulaban las advertencias sanitarias textuales.[284] Posteriormente se promulgaron medidas a nivel federal que ampliaban la forma (para incluir advertencias textuales y gráficas/pictóricas), el tamaño (como porcentaje de la superficie de la cajetilla), la posición (en las caras anterior o posterior de las cajetillas), las modalidades (la variación y rotación del texto y las imágenes) y el alcance (la aplicación de las prescripciones a otras categorías de productos de tabaco) de esas advertencias.[285] A partir del 1º de marzo de 2006 es obligatorio incluir advertencias sanitarias gráficas (ASG) en casi todos los productos de tabaco.[286]

2.54. El 1º de enero de 2012 entró en vigor la *Norma de Información en materia de Competencia y Protección al Consumidor (Tabaco) de 2011* (Cth) (*Norma de Información*), que empezó a aplicarse a todos los productos de tabaco el 1º de diciembre de 2012.[287] Esa medida requiere que todos los productos de tabaco vendidos[288], ofrecidos para la venta o suministrados de otro modo en Australia lleven advertencias sanitarias nuevas y ampliadas, entre ellas declaraciones de advertencia con los correspondientes gráficos, un mensaje explicativo y mensajes informativos.[289]

---

[283] Véase EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), página 2.

[284] Primera comunicación escrita de Australia, anexo B, artículo A(1); *Orden relativa a los Contenedores para Cigarrillos (Etiquetado) de 1972* (Cth) (en su forma original) (Prueba documental AUS-299), artículo 5(1); *Orden relativa a los Contenedores para Cigarrillos (Etiquetado) de 1972* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-300), artículo 4; *Reglamento relativo al Etiquetado de los Paquetes de Cigarrillos de 1972* (Victoria) (Prueba documental AUS-301), artículos 3-4 y 6; *Reglamento relativo a los Cigarrillos (Etiquetado) de 1972* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-302), artículos 3-6; *Ley relativa a los Cigarrillos* (Etiquetado) de 1972 (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-303), artículo 4; *Reglamento relativo a los Cigarrillos (Etiquetado) de* 1973 (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-304), artículo 4; *Ley relativa a los Cigarrillos (Etiquetado) de 1972* (Tasmania) (Prueba documental AUS-305), artículos 3-4; *Reglamento relativo a los Cigarrillos (Etiquetado) de 1973* (Tasmania) (Prueba documental AUS-306), artículo 3; *Reglamento relativo a los Cigarrillos (Etiquetado) 1971-1972* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-307), artículos 2 y 3; y *Reglamento Modificatorio de las Disposiciones sobre Alimentos y Medicamentos de 1973* (Queensland) (Prueba documental AUS-308).

[285] Primera comunicación escrita de Australia, anexo B, sección A(1). Véase, por ejemplo, el *Reglamento de Prácticas Comerciales (normas de información al consumidor sobre los productos (Tabaco) de 1994* (Cth) (Prueba documental AUS-322), artículos 7, 9, 10(1), 11(1)(b), 11(2)(b) y 15(1); *Reglamento de Prácticas Comerciales (Normas de Información al Consumidor sobre los Productos) (Tabaco) de 2004* (Cth) (Prueba documental AUS-323), artículos 35, 42, 47, 51 y anexo 2.

[286] Se hizo una excepción para los cigarros (puros) vendidos individualmente y el tabaco para exportación. *Reglamento de Prácticas Comerciales (Normas de Información al Consumidor sobre los Productos) (Tabaco) de 1994* (Cth) (Prueba documental AUS-322), artículo 4(2)(b).

[287] Norma de Información (Pruebas documentales AUS-128, JE-8), artículo 1.5.

[288] Antes de la Norma de Información, se estableció una excepción respecto de las prescripciones en materia de advertencia para los cigarros (puros) vendidos individualmente, así como para el tabaco para exportación. Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 133 y anexo B, sección A(1); y la Norma de Información (Pruebas documentales AUS-128, JE-8), artículo 9.16. Cabe señalar que la Norma de Información requiere la presencia de declaraciones de advertencia, pero no de ASG, para los tubos de cigarros individuales, los bidis y el tabaco sin humo. Véase la Norma de Información (Pruebas documentales AUS-128, JE-8), Partes 6, 7 y 8.

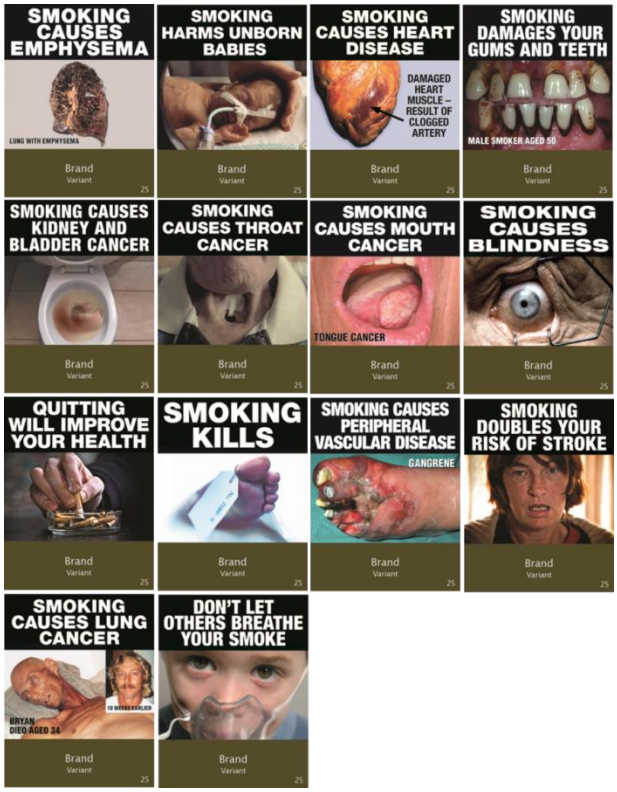
[289] Por ejemplo, en el artículo 3.2(4) se enuncia el siguiente "mensaje explicativo":

> Fumar durante el embarazo reduce el flujo sanguíneo en la placenta y limita el oxígeno y los nutrientes que llegan al bebé en crecimiento. Fumar aumenta el riesgo de abortos, nacimientos

En aplicación de la Norma de Información se amplió la zona del empaquetado cubierta por advertencias sanitarias de manera que las advertencias textuales y gráficas cubrieran el 75% de la superficie anterior y el 90% de la superficie posterior de las cajetillas y los cartones. En los tubos para cigarros (puros) solo es preciso que aparezcan advertencias textuales; esas declaraciones deben ocupar el 95% de la longitud total de la superficie exterior, y extenderse hasta al menos el 60% de la circunferencia de la superficie exterior.[290] La advertencia para otros productos de tabaco (salvo los tubos para cigarros (puros) y los bidis) se aumentó hasta el 75% en las caras anterior y posterior del empaquetado.[291] Las declaraciones de advertencia en la superficie anterior de una cajetilla deberán aparecer en mayúsculas y negritas, con el mayor tamaño de letra que quepa en la superficie establecida, y en blanco sobre un fondo negro. Además, las declaraciones de advertencia laterales deberán llevar la palabra "ADVERTENCIA" en mayúsculas, y debajo varias líneas de un mensaje especificado con las mayúsculas que correspondan, en letras negras sobre un fondo amarillo brillante.[292]

2.55. En 2013 se introdujeron modificaciones en la Norma de Información, como consecuencia de las cuales la rotación de las advertencias sanitarias en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco pasó a ser responsabilidad de los fabricantes y los importadores de productos de tabaco, y no de los minoristas.[293]

Figura 10: ASG utilizadas actualmente en la cara anterior del empaquetado de cigarrillos



Fuente: Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 133.

---

de niños muertos, nacimientos prematuros, problemas durante el parto, o de que el bebé tenga un cerebro y un cuerpo más pequeños.

PUEDE dejar de fumar. Llame a la **línea telefónica de ayuda para dejar de fumar Quitline 13 7848**, hable con su médico o su farmacéutico, o visite **www.quitnow.gov.au**

Norma de Información (Pruebas documentales AUS-128, JE-8), artículo 3.2(4). (las negritas figuran en el original)

[290] Norma de Información (Pruebas documentales AUS-128, JE-8), Parte 6.

[291] Norma de Información (Pruebas documentales AUS-128, JE-8), artículos 9.13, 9.14 y 9.24.

[292] Norma de Información (Pruebas documentales AUS-128, JE-8), artículos 9.10-9.12.

[293] *Norma de Información en materia de Competencia y Protección del Consumidor (Tabaco) (rotación de las advertencias sanitarias) de 2013* (Cth) (Prueba documental AUS-325).

2.2.2 Restricciones de la publicidad y promoción de productos de tabaco

2.56. Desde 1992, Australia ha impuesto restricciones y prohibiciones de la publicidad y la promoción de los productos de tabaco en diversos medios.[294] También ha impuesto prohibiciones de la publicidad del tabaco en el punto de venta. Como se señala en el párrafo 2.7 *supra*, el NPHT, en su informe definitivo de junio de 2009[295], especificó "el final de todas las formas de publicidad y promoción de los productos de tabaco" como una entre 11 "esferas de acción cruciales".[296]

2.57. En respuesta a las recomendaciones del NPHT, el Primer Ministro y el Ministro de Salud y Envejecimiento anunciaron reformas para restringir más la publicidad y promoción del tabaco. Las reformas anunciadas incluían la promulgación de disposiciones para restringir la publicidad de productos de tabaco en Internet; la colaboración con los estados y territorios australianos para elaborar un plan de acción encaminado a poner fin a otras formas de promoción del tabaco, y la posible obligación de comunicar los gastos en promoción, en la siguiente versión de la Estrategia Nacional sobre el Tabaco; así como una propuesta de legislación concerniente al empaquetado genérico de los productos de tabaco.[297]

2.58. Además, Australia indicó en estas actuaciones que la legislación por la que se prohíbe la publicidad del tabaco podrá abarcar la publicidad a nivel de minorista o la promoción verbal tras el mostrador, y que algunos estados y territorios establezcan directrices sobre lo que un minorista puede decir a un cliente.[298]

2.59. En 2012 se modificó la *Ley de Prohibición de la Publicidad del Tabaco de 1992* (Cth) para ampliar las restricciones de la publicidad del tabaco vigentes a Internet y otros medios electrónicos (por ejemplo los teléfonos móviles), exceptuada la publicidad en sitios web que venden productos de tabaco.[299] La publicidad que figura en esos sitios web deberá cumplir las disposiciones reglamentarias anexas a esas modificaciones que regulan su contenido, formato y ubicación.[300] Esas modificaciones entraron en vigor el 6 de septiembre de 2012.[301]

2.60. Todos los estados y territorios australianos prohíben a los minoristas vender alimentos, juguetes u otros productos diseñados para parecer productos de tabaco o que puedan alentar a los jóvenes a fumar.[302]

---

[294] Ello comprende restricciones de la publicidad en diversos medios impresos; la publicidad en películas, videos, televisión o radio; la publicidad en boletos; la venta o suministro u oferta o alquiler al público de cualquier artículo que contenga publicidad del tabaco; presentaciones que pudieran verse u oírse desde un lugar público, o desde medios de transporte públicos o lugares de trabajo; y publicidad del patrocinio. Véanse la *Ley de Prohibición de la Publicidad del Tabaco de 1992* (Cth) (Pruebas documentales AUS-64, IDN-14), artículos 9, 10(1) y 15; y la *Ley relativa a la Publicidad de Productos de Tabaco y del Consumo de Tabaco (prohibición) de 1989* (Prueba documental AUS-62).

[295] NPHT, Hoja de ruta para la adopción de medidas (Pruebas documentales AUS-67, JE-14).

[296] Primera comunicación escrita de Australia, anexo C, párrafo 15. Véase NPHT, Hoja de ruta para la adopción de medidas (Pruebas documentales AUS-67, JE-14), páginas 179-182. Véase el párrafo 2.67 *infra*.

[297] Medidas adoptadas a partir de la Hoja de ruta del NPHT (Pruebas documentales AUS-116, JE-15), páginas 65-66.

[298] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 56 y anexo C, párrafos 25-26. Australia cita la "Guía para la venta de productos de tabaco en el ACT [Territorio de la Capital de Australia]" que restringe la capacidad de los minoristas para decir algo que pueda constituir promoción de productos en particular o del hábito de fumar en general, así como la "Guía para la venta al por menor de tabaco en Victoria", que dispone que si un cliente no pide una marca específica el minorista podrá hacer preguntas generales como "¿Qué marca desea?" o "¿De qué sabor?", pero no podrá mencionar una marca en concreto. Véase la primera comunicación escrita de Australia, anexo C, párrafo 26.

[299] *Ley Modificatoria relativa a la Prohibición de la Publicidad del Tabaco de 2012* (Cth) (Prueba documental AUS-473). Véase también la nota 311 *infra*.

[300] Más concretamente, la publicidad del tabaco en línea debe "presentarse en un formato sencillo, solo de texto, sin imágenes del producto, y acompañada de advertencias sanitarias y advertencias relacionadas con la edad". Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 56; y *Reglamento Modificatorio* relativo a la *Prohibición de la Publicidad del Tabaco de 2012* (Cth) (Prueba documental AUS-68), artículo 8A.

[301] *Ley Modificatoria relativa a la Prohibición de la Publicidad del Tabaco de 2012* (Cth) (Prueba documental AUS-473), artículo 2.

[302] *Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-350), artículo 106; *Ley relativa al Tabaco de 1927* (ACT) (Prueba documental AUS-453), artículo 18; *Ley de Control del Tabaco de 2002* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-374), artículo 46; *Ley relativa al Tabaco Y otros Productos para Fumar de 1998* (Queensland) (Prueba documental AUS-454), artículo 26ZS; *Ley*

2.2.3 Medidas impositivas

2.61. El 1º de noviembre de 1999 Australia modificó la *Ley relativa a los Impuestos Especiales de 1921* (Cth) para aplicar impuestos especiales a los cigarrillos, los cigarros (puros) y otros productos de tabaco por barra (para productos en barras que no superaran los 0,8 gramos de tabaco por barra), o por kilogramo (para productos que superaran los 0,8 gramos por barra).[303]

2.62. Además de ajustes para indexación[304], el tipo de los impuestos especiales se ha aumentado varias veces. El 29 de abril de 2010 Australia anunció un aumento del 25% del tipo de los impuestos especiales sobre el tabaco, que se aplicaría a partir del 30 de abril de 2010.[305] El 1º de agosto de 2013 Australia anunció otros cuatro aumentos del 12,5% de los impuestos especiales, que entrarían en vigor el 1º de diciembre de 2013, el 1º de septiembre de 2014, el 1º de septiembre de 2015 y el 1º de septiembre de 2016.[306]

2.2.4 Restricciones de la venta de productos de tabaco

2.63. Australia regula, principalmente mediante legislación estatal y de los territorios, el tipo de productos de tabaco que puede venderse, quién puede comprar y vender y adquirir productos de tabaco, y cómo pueden estos venderse.[307]

2.64. El suministro de tabaco para mascar y para utilizar como rapé está prohibido en Australia desde 1991. Varios estados y territorios también han introducido prohibiciones respecto de la venta de cigarrillos aromatizados o cigarrillos aromatizados con fruta o dulces, o promulgado legislación que permite prohibirlos.[308]

2.65. Para 1998 todos los estados y territorios australianos habían aumentado el límite mínimo de edad, restringiéndose la venta de cigarrillos a personas menores de 18 años.[309]

---

relativa al Tabaco de 1987 (Victoria) (Prueba documental AUS-455), artículos 15N, 15O(2)(a); *Ley de Salud Pública (Tabaco) de 2008* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-404), artículo 21; *Ley de Salud Pública de 1997* (Tasmania) (Prueba documental AUS-456), artículo 68A; *Ley de Control del Tabaco de 1986* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-366), artículo 10; *Ley de Reglamentación de los Productos de Tabaco de 1997* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-457), artículo 34A(2)(b).

[303] Primera comunicación escrita de Australia, anexo B, sección D(1); y *Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (Nº 1) de 2000* (Cth), anexo 1 (Prueba documental AUS-417).

[304] *Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (Tabaco) de 2014* (Cth) (Prueba documental HND-86), artículo 6AA; y Hojas de trabajo sobre impuestos especiales (Prueba documental IDN-23), página 4. A partir del 1º de marzo de 2014, el ajuste del impuesto especial sobre el tabaco dejó de ser un ajuste semestral en función del índice de precios al consumidor y pasó a ser un ajuste semestral en función de los ingresos medios semanales en horario laboral normal. Documento presupuestario Nº 2 - 2013-2014 (Prueba documental AUS-266).

[305] Primer Ministro Rudd, Comunicado de prensa sobre medidas contra el tabaco (Pruebas documentales AUS-115, HND-4, DOM-52); *Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (Tabaco) de 2010* (Cth) (Prueba documental AUS-418), anexo 1; y EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafos 24-26.

[306] Comunicado de prensa acerca del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5); e Informe del Excmo. Sr. Diputado Chris Bowen, Tesorero, y la Excma. Sra. Senadora Penny Wong, Ministra de Finanzas y Desregulación (Prueba documental AUS-265), página 33.

[307] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 51 y anexo B, sección B.

[308] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 51, y anexo B, sección B(3)(b), anexo C, sección A(5), párrafo 13; *Aviso de Reglamentación de los Productos de Tabaco (productos de tabaco prohibidos) de 2006* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-362); *Ley de Salud Pública (Tabaco) de 2008* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-267), artículo 29; *Ley relativa al Tabaco de 1987* (Victoria) (Prueba documental AUS-363), artículos 15N y 15O; *Ley relativa al Tabaco de 1927* (ACT) (Prueba documental AUS-347), artículo 21; *Ley de Reglamentación de los Productos de Tabaco de 1997* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-348), artículo 34A; *Ley de Salud Pública de 1997* (Tasmania) (Prueba documental AUS-456), artículo 68A; y *Ley Modificatoria de la Legislación Sanitaria de 2011* (Queensland) (Prueba documental AUS-364), artículo 72. Australia Occidental prohíbe exponer cualquier paquete que contenga tabaco aromatizado con fruta o dulces. *Reglamento para el Control de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-365), artículo 33.

[309] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 710, y anexo B, sección B(2)(a). *Ley (Modificatoria) relativa al Tabaco de 1990* (ACT) (Prueba documental AUS-351), artículo 5; *Ley de Salud Pública de 1991* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-352), artículo 59; *Ley de Productos de Tabaco (Prevención del Suministro a los Niños) de 1998* (Queensland) (Prueba documental AUS-353), anexo (donde se define al "niño" como alguien menor de 18 años); *Ley Modificatoria relativa al Control de Productos de Tabaco*

2.66. Todos los estados australianos regulan también las modalidades de venta mediante máquinas expendedoras o en línea y otras formas de "ventas indirectas", o "ventas por móvil" en lugares como clubs nocturnos o reuniones de baile[310], aunque esas restricciones no se aplican uniformemente en todos los estados y territorios.[311] Algunos estados y territorios australianos requieren que los vendedores al por menor y al por mayor de tabaco dispongan de una licencia.[312] Otros han establecido lo que Australia describe como "sistemas 'negativos' de licencia que contribuyen de manera análoga a hacer cumplir las leyes sobre el tabaco".[313]

2.67. Todos los estados y territorios australianos han establecido prescripciones concernientes a los puntos de venta de productos de tabaco, incluidas prohibiciones de la exposición de productos de tabaco y de la publicidad del tabaco en las instalaciones minoristas.[314] En Victoria se mantienen

(miscelánea) de 1993 (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-354), artículo 3(a); *Ley relativa al Tabaco de 1992* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-355), artículos 3, 9; *Ley Modificatoria relativa a la Ley de Salud Pública de 1996* (Tasmania) (Prueba documental AUS-356), artículo 4; y *Ley (Modificatoria) relativa al Tabaco de 1993* (Victoria) (Prueba documental AUS-357), artículo 4. Según Australia, desde 1916 la edad mínima para comprar en Australia Occidental es 18 años. Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 557, nota 623.

[310] *Ley de Control de los Productos de Tabaco de 1986* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-366), artículo 11(2); *Ley relativa al Tabaco de 1987* (Victoria) (Prueba documental AUS-462), artículo 13; *Ley de Prohibición de la Publicidad del Tabaco de 1991* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-372), artículo 9; *Ley (Modificatoria) relativa al Tabaco de 1990* (ACT) (Prueba documental AUS-351), artículo 5; *Ley de Productos de Tabaco (Prevención del Suministro a los Niños) de 1998* (Queensland) (Prueba documental AUS-353), artículo 15; *Ley Modificatoria de la ley de Control de los Productos de Tabaco (miscelánea) de 1993* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-354), artículo 8; y *Ley Modificatoria relativa a la Ley de Salud Pública de 1996* (Tasmania) (Prueba documental AUS-356), artículo 4. El Territorio del Norte prohíbe las máquinas expendedoras salvo en espacios de instalaciones con licencia en los que no se permita la entrada de niños. *Ley de Control del Tabaco de 2002* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-374), artículo 26. Australia Occidental restringe las máquinas expendedoras de tabaco a instalaciones con licencia o servicios en las minas. *Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-350), artículo 27. El 1º de septiembre de 2006, el ACT prohibió totalmente las máquinas expendedoras de tabaco. *Ley Modificatoria relativa al Tabaco (prohibición de las máquinas expendedoras) de 2004* (ACT) (Prueba documental AUS-375), artículos 2(2) y 9.

[311] Por ejemplo, solo Australia Occidental y Australia Meridional prohíben la venta por Internet, teléfono y fax. Véanse la *Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-376), artículo 18; y la *Ley Modificatoria de la Reglamentación de los Productos de Tabaco (Miscelánea) de 2007* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-377), artículo 4.

[312] Así sucede en el ACT, Australia Meridional, Tasmania, Australia Occidental y el Territorio del Norte. Véanse la primera comunicación escrita de Australia, anexo B, sección B(1); *Ley relativa al Tabaco de 1927* (ACT) (Prueba documental AUS-347), Parte 7, artículos 61 y 63; *Ley de Reglamentación de los Productos de Tabaco de 1997* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-348), artículo 6; *Ley de Salud Pública de 1997* (Tasmania) (Prueba documental AUS-349), artículo 74A; *Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-350),
artículos 16-18; y *Ley de Control del Tabaco de 2002* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-346), artículo 28.

[313] Primera comunicación escrita de Australia, anexo B, sección B(1).

[314] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 56 y 354, y anexo C, párrafos 15-16; *Ley Modificatoria relativa al Tabaco de 2008* (ACT) (Prueba documental AUS-470), artículo 10; *Ley de Salud Pública (Tabaco) de 2008* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-404), artículo 9; *Ley Modificatoria relativa a la Legislación para el Control del Tabaco de 2010* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-395), artículo 20; *Ley relativa a los Consejos de Salud y Hospitalarios de 2011* (Queensland) (Prueba documental AUS-471), artículos 26A y 26C; Departamento de Salud de Australia Meridional, "*Point of sale restrictions for tobacco retailers*",
<http://www.sahealth.sa.gov.au/wps/wcm/connect/public+content/sa+health+internet/protecting+public+health/tobacco+laws+and+businesses/requirements+for+licensed+tobacco+premises/point+of+sale+display+restrictions+for+tobacco+retailers>, consulta realizada el 4 de marzo de 2015 (Prueba documental AUS-481); Departamento de Salud y Servicios Sociales, Guía para minoristas de tabaco y directrices para la venta de productos de tabaco (febrero de 2012) (Prueba documental AUS-477); Departamento de Salud (Victoria), "Hoja informativa para minoristas de tabaco", octubre de 2010 (Prueba documental AUS-478); Departamento de Salud de Victoria, "Guía para minoristas de tabaco", febrero de 2013 (Prueba documental AUS-279); *Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-376), artículo 22; *Ley (Modificatoria) relativa al Tabaco de 1999* (ACT) (Prueba documental AUS-463), artículos 4-5, 12 y 13; *Reglamento de Salud Pública (Tabaco) de 1999* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-466), artículos 8, 9 y 11; *Reglamento de Control del Tabaco de 2002* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-385), artículo 21; *Ley Modificatoria relativa al Tabaco y Otros Productos para Fumar (Prevención del Suministro a los Niños) de 2001* (Queensland) (Prueba documental AUS-387), artículo 26; *Reglamento relativo a la Variación de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-467), artículo 4(3); *Ley de Salud Pública de 1997* (Tasmania) (Prueba documental AUS-360), artículos 70-72; *Ley (Modificatoria) relativa*

determinadas excepciones a las prohibiciones de exposición para estancos especializados y tiendas libres de impuestos[315], y en Australia Occidental para estancos especializados.[316] Una prohibición de la exposición en el punto de venta que es habitual en Australia requiere que los productos de tabaco se mantengan en un armario opaco y cerrado inaccesible a los consumidores que esté situado detrás del mostrador de la instalación minorista.[317]

2.68. Los estados y territorios australianos también regulan otros medios mediante los cuales se puede comunicar a los consumidores información acerca de los productos de tabaco disponibles en un comercio minorista dado. En todos los estados y territorios, salvo Queensland y el Territorio de la Capital de Australia (ACT), hay tablas de precios visibles que ofrecen determinada información. La información expuesta, al igual que el tamaño, el tipo de letra y otras características de la tabla, varían de jurisdicción a jurisdicción.[318] Los minoristas también pueden, directa o alternativamente, utilizar etiquetas de precios.[319] La información expuesta varía de jurisdicción a jurisdicción, y el tipo de letra y otras características de cada etiqueta están sujetos a limitaciones.

2.69. Varios estados y territorios han establecido distintas prescripciones para el almacenamiento o la exposición de cigarros (puros). En Queensland, por ejemplo, los clientes pueden ver los cigarros (puros) en una habitación humidificada, acompañados por el minorista. En Victoria los

---

al Tabaco de 2000 (Victoria) (Prueba documental AUS-390), artículos 8 y 9; *Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-350), artículos 22-23 y 31-32; *Ley Modificatoria relativa a la Salud Pública (Publicidad del Tabaco) de 1997* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-450), anexo 1, punto 10; *Ley de Control del Tabaco de 2002* (Territorio del Norte) (en su forma original) (Prueba documental AUS-374), artículo 15; y *Ley Modificatoria de la Reglamentación de los Productos de Tabaco (Nuevas Restricciones) de 2004* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-402), artículo 15.

[315] Primera comunicación escrita de Australia, anexo C, párrafos 15-16; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 754; segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 315; y Departamento de Salud de Victoria, "Guía para minoristas de tabaco", febrero de 2013 (Prueba documental AUS-279), sección 5.

[316] Primera comunicación escrita de Australia, anexo C, párrafos 15-16; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 754; segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 315; y *Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-376), artículos 22-23.

[317] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 354; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 755; y *Tobacco in Australia 2012*, fragmentos presentados por Cuba (Prueba documental CUB-13), página 39.

[318] Véase la primera comunicación escrita de Australia, anexo C, párrafo 24. Véanse también Departamento de Salud y Servicios Sociales de Tasmania, "Guía para minoristas de tabaco y directrices para la venta de productos de tabaco" (Prueba documental AUS-477); Departamento de Salud (Victoria), "Hoja informativa para minoristas de tabaco", octubre de 2010 (Prueba documental AUS-478), y Departamento de Salud de Victoria, "Guía para minoristas de tabaco", febrero de 2013 (Prueba documental AUS-279); Departamento de Salud (Nueva Gales del Sur), Hoja informativa para minoristas 5, "*Ban on Display of Tobacco and Smoking Products in Retail Outlets from 1 July 2013*", mayo de 2013 (Prueba documental AUS-479); Gobierno de Queensland, "*Requirements for retailers*", octubre de 2011 (Prueba documental AUS-480); Departamento de Salud de Australia Meridional, "*Point of sale restrictions for tobacco retailers*" (Prueba documental AUS-481); Departamento de Salud de Australia Occidental, "*Tobacco Products Control Act 2006 Guideline: Price Tickets*" (Prueba documental AUS-482); Departamento de Salud de Australia Occidental, Hoja informativa para minoristas Nº 2, "*New Tobacco Display Laws for all Restailers*", octubre de 2010 (Prueba documental AUS-483); Gobierno del Territorio del Norte, "*Displays and Point of Sale Banning Tobacco Retail Displays*, *Frequently Asked Questions*", 2010 (Prueba documental AUS-484); y Departamento de Salud (ACT), "*Guide to the Sale of Smoking Products in the ACT*", mayo de 2012 (Prueba documental AUS-485).

[319] Primera comunicación escrita de Australia, anexo C, párrafo 24. Véanse también Departamento de Salud y Servicios Sociales de Tasmania, "Guía para minoristas de tabaco y directrices para la venta de productos de tabaco", febrero de 2012 (Prueba documental AUS-477); Departamento de Salud (Victoria), "Hoja informativa para minoristas de tabaco", octubre de 2010 (Prueba documental AUS-478); Departamento de Salud de Victoria, "Guía para minoristas de tabaco", febrero de 2013 (Prueba documental AUS-279); Departamento de Salud (Nueva Gales del Sur), Hoja informativa para minoristas 5, "*Ban on Display of Tobacco and Smoking Products in Retail Outlets from 1 July 2013*", mayo de 2013 (Prueba documental AUS-479); Gobierno de Queensland, "*Requirements for retailers*", octubre de 2011 (Prueba documental AUS-480); Departamento de Salud de Australia Meridional, "*Point of sale restrictions for tobacco retailers*" (Prueba documental AUS-481); Departamento de Salud de Australia Occidental, "*Tobacco Products Control Act 2006 Guideline: Price Tickets*" (Prueba documental AUS-482); Departamento de Salud de Australia Occidental, Hoja informativa para minoristas Nº 2, "*New Tobacco Display Laws for all Restailers*", octubre de 2010 (Prueba documental AUS-483); Gobierno del Territorio del Norte, "*Displays and Point of Sale Banning Tobacco Retail Displays*, *Frequently Asked Questions*", 2010 (Prueba documental AUS-484); y Departamento de Salud (ACT), "*Guide to the Sale of Smoking Products in the ACT*", mayo de 2012 (Prueba documental AUS-485).

cigarros (puros) pueden exponerse en un humidificador. En Australia Occidental algunos minoristas pueden conservar los cigarros (puros) en armarios destinados a ese fin. Nueva Gales del Sur y Australia Occidental permiten a los minoristas abrir paquetes de cigarros (puros) para venderlos uno a uno. Australia Occidental permite incluir en un armarito destinado a ese fin signos adicionales para informar acerca de la disponibilidad y el precio de los cigarros (puros).[320]

2.2.5 Otras medidas

2.70. En Australia, a nivel del Commonwealth y de los estados y territorios, también se han impuesto prohibiciones totales o parciales del consumo de productos de tabaco en varios lugares, entre ellos los lugares públicos cerrados, determinadas zonas públicas al aire libre (zonas para comer al aire libre, playas, zonas de natación al aire libre y alrededor de los equipos para patios de juegos infantiles, zonas utilizadas para espectáculos y eventos al aire libre), aeroplanos, estaciones ferroviarias, vehículos que transporten menores de edad, restaurantes, bares, lugares de trabajo, cafés, centros comunitarios y de compras, transporte público, paradas de autobús, paradas de taxi y embarcaderos.[321]

2.71. El Gobierno australiano se ha comprometido a invertir, entre 2009 y 2016, 135 millones de dólares australianos en campañas de mercadotecnia social contra el consumo de tabaco.[322]

---

[320] Primera comunicación escrita de Australia, anexo C, sección B(4), párrafos 27-28. Véase, con respecto a Nueva Gales del Sur, la *Ley de Salud Pública (Tabaco) de 2008* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-267), artículo 6(3).

[321] Esas restricciones no se aplican uniformemente en todos los estados y territorios. Véase la primera comunicación escrita de Australia, anexo B, sección C. Véanse también *Reglamento (Modificatorio) de Navegación Aérea de 1987* (Cth) (Prueba documental AUS-378); *Reglamento (Modificatorio) de Navegación Aérea de 1990* (Cth) (Prueba documental AUS-379); *Ley relativa a las Zonas Libres de Humo (Lugares Públicos Cerrados) de 1994* (ACT) (Prueba documental AUS-383), artículo 5; *Ley de Control del Tabaco de 2002* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-374), artículos 5, 7, 9, 11; *Reglamento de Control del Tabaco de 2002* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-385), artículo 11; *Ley relativa al Entorno Libre de Humo de 2000* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-386), artículos 6, 7(1), anexo 1; *Ley Modificatoria relativa al Tabaco y Otros Productos de Fumar (prevención del suministro a los niños) de 2001* (Queensland) (Prueba documental AUS-387), artículo 26, parte 2B; *Ley de Reglamentación de los Productos de Tabaco de 1997* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-388), artículo 47; *Ley Modificatoria relativa a la Salud Pública (zonas libres de humo) de 2001* (Tasmania) (Prueba documental AUS-389), artículo 5; *Ley (Modificatoria) relativa al tabaco de 2000* (Victoria) (Prueba documental AUS-390), artículo 7; *Reglamento Modificatorio de las Disposiciones sobre Salud y Seguridad en el Trabajo (Nº 2) de 1997* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-391), artículo 6; *Reglamento para la Protección de la Salud (fumar en lugares públicos cerrados) de 1999* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-392), artículos 4-10; *Ley Modificatoria relativa al Hábito de Fumar (prohibición en lugares públicos cerrados) de 2009* (ACT) (Prueba documental AUS-393), artículo 11; *Ley Modificatoria de la Legislación sobre el Tabaco de 2012* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-394), anexo 1, punto 8; *Ley Modificatoria relativa a la Legislación para el Control del Tabaco de 2010* (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-395), artículos 16-18; *Ley Modificatoria relativa al Tabaco y Otros Productos para Fumar de 2004* (Queensland) (Prueba documental AUS-396), artículo 40; *Ley Modificatoria de la Reglamentación de los Productos de tabaco (nuevas restricciones) de 2012* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-397), artículo 4; *Ley Modificatoria relativa a la Ley de Salud Pública de 2004* (Tasmania) (Prueba documental AUS-398), artículo 6; *Ley (Modificatoria) relativa al Tabaco de 2005* (Victoria) (Prueba documental AUS-399), artículos 5 y 24; *Ley Modificatoria relativa a la Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2009* (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-400), artículo 9; *Ley relativa al Hábito de Fumar (prohibición en lugares públicos cerrados) de 2003* (ACT) (en su forma original) (Prueba documental AUS-401), artículo 6; *Ley Modificatoria de la Reglamentación de los Productos de Tabaco* (*Nuevas Restricciones) de 2004* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-402), artículo 17; *Ley Modificatoria de la Reglamentación de los Productos de Tabaco (fumar en automóviles) de 2007* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-403); *Ley de Salud Pública (Tabaco) de 2008* (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-404), artículo 30; *Ley Modificatoria relativa a la Salud Pública de 2007* (Tasmania) (Prueba documental AUS-405), artículo 4; *Ley Modificatoria relativa al Tabaco (protección de los niños) de 2009* (Victoria) (Prueba documental AUS-406), artículo 19; *Ley Modificatoria relativa a la Legislación sobre la Salud y Otra Legislación de 2009* (Queensland) (Prueba documental AUS-407), artículos 180 y 181; *Ley (de prohibición) de Fumar en Automóviles con Niños de 2001* (ACT) (Prueba documental AUS-408), artículo 7; *Reglamento relativo al Tabaco y Otros Productos para Fumar de 2010* (Queensland) (Prueba documental AUS-409), artículos 14-15, anexos 1-2; *Ley Modificatoria relativa a la Salud Pública de 2011* (Tasmania) (Prueba documental AUS-410), artículo 12; *Reglamento relativo a los Productos de Tabaco (prohibiciones de fumar en zonas públicas - más largo plazo) de 2012* (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-411), artículo 4; y *Ley Modificatoria relativa al Tabaco (fumar en playas vigiladas) de 2012* (Victoria) (Prueba documental AUS-412), artículo 3.

[322] En 1997 el Gobierno de Australia inició una campaña contra el consumo de tabaco en los medios de difusión, la "Campaña Nacional sobre el Tabaco" (NTC). Documento de antecedentes, Estrategia nacional sobre

También ha invertido en campañas que utilizan distintos medios (como recursos por correo directo y en línea) y campañas destinadas a determinados grupos y sectores de la población (por ejemplo, mujeres embarazadas, grupos cultural y lingüísticamente diversos, presos, personas con enfermedades mentales, grupos socialmente desfavorecidos, y comunidades de aborígenes y de isleños del Estrecho de Torres).[323]

2.72. El Gobierno de Australia ha aplicado medidas para proporcionar acceso a terapias de sustitución de nicotina y otros medicamentos para dejar de fumar (como los parches y chicles de nicotina).[324] Ha promulgado varias iniciativas destinadas a las comunidades de aborígenes y de isleños del Estrecho de Torres.[325] Todos los estados y territorios de Australia han puesto en marcha líneas telefónicas "Quitlines" y otros servicios de apoyo para dejar de fumar.[326]

2.73. El Gobierno de Australia introdujo en 2000 medidas relativas al comercio ilícito de tabaco en las que se establecían delitos y sanciones por fabricación sin licencia, producción, posesión, intercambio o movimiento de semillas de tabaco, plantas de tabaco u hojas de tabaco.[327] En 2012 introdujo disposiciones legislativas en las que se establecían delitos en el marco de la *Ley de Aduanas de 1901* específicamente relacionados con el contrabando de productos de tabaco.[328]

2.3 Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las IG en Australia

2.74. En el curso de las actuaciones, las partes han hecho referencia a varios aspectos del régimen para la protección de las marcas de fábrica o de comercio y las IG en Australia. Los aspectos generales de ese régimen se describen más abajo.

2.75. Las marcas de fábrica o de comercio y las IG están protegidas en Australia mediante una serie de mecanismos, entre ellos, protecciones previstas en la Ley TM[329], otras protecciones previstas en la legislación frente a la competencia desleal y acciones en el marco del *common law*, por ejemplo, respecto de la imitación fraudulenta, que amparan la reputación vinculada a una marca de fábrica o de comercio.

2.76. La Ley TM establece las prescripciones jurídicas para el registro de marcas de fábrica o de comercio para bienes y servicios (que, como se señala más abajo, también pueden incluir signos que constituyen IG). También regulan los derechos correspondientes que se otorgan a los titulares y los usuarios autorizados de marcas de fábrica o de comercio registradas.

2.77. El artículo 17 de la Ley TM define así las marcas de fábrica o de comercio:

> Signos utilizados, o que se tiene intención de utilizar, para distinguir bienes o servicios intercambiados o suministrados en el curso de operaciones comerciales por una persona de bienes o servicios así intercambiados o suministrados por otra persona.[330]

2.78. La Ley TM define un "signo" como algo que incluya "cualquier letra, palabra, nombre, firma, dígito, dispositivo, marca, epígrafe, etiqueta, tique, aspecto del empaquetado, forma, color, sonido o aroma", o cualquier combinación de ellos.[331]

---

el tabaco 1999 a 2002-2003 (Prueba documental AUS-435), párrafo 4.7; y Campaña Nacional sobre el Tabaco de Australia: informe de evaluación (Prueba documental AUS-436).

[323] Medidas adoptadas a partir de la Hoja de ruta del NPHT (Pruebas documentales AUS-116, JE-15), páginas 10-11.

[324] Departamento de Salud y Envejecimiento de Australia, Plan de Beneficios Farmacéuticos, "*New Listings and Changes 1 January 2012*" (Prueba documental AUS-443).

[325] Primera comunicación escrita de Australia, anexo B, sección F(6).

[326] Las "Quitlines" son líneas telefónicas de ayuda para dejar de fumar. Véase Young *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-214, JE-24(67), DOM-285), página 29.

[327] *Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (mejoramiento del cumplimiento) de 2000* (Cth) (Prueba documental AUS-426); y *Ley de Impuestos Especiales de 1901* (Cth) (Prueba documental AUS-428), artículos 25, 28, 33, 117C-117H.

[328] *Ley de Aduanas de 1901* (Cth) (Prueba documental AUS-429), artículo 233BABAD.

[329] *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* (Cth) (Ley TM) (Prueba documental JE-6). La Prueba documental JE-6 abarca todas las modificaciones de la Ley TM hasta las introducidas por la Ley Nº 13 de 2013. Australia facilitó como Prueba documental AUS-244 una versión de la Ley TM que incluía todas las actualizaciones hechas mediante la Ley Nº 174 de 2011.

[330] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 17.

2.79. Las marcas de fábrica o de comercio deberán registrarse, salvo que la solicitud se rechace. La solicitud deberá rechazarse si la marca de fábrica o de comercio consiste en un signo prohibido por el Reglamento o lo incluye[332]; no puede representarse gráficamente[333]; no es capaz de distinguir entre los bienes y servicios del solicitante y los de otras personas[334]; contiene o consiste en elementos inmorales, o su utilización sería contraria a la ley[335]; es probable que engañe o cause confusión[336]; o es sustancialmente idéntica o engañosamente similar a una marca de fábrica o de comercio registrada anteriormente.[337] La Ley TM supedita la posibilidad de registro de las marcas que no sean intrínsecamente distintivas, como los colores, al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso.[338]

2.80. También puede objetarse al registro de una marca de fábrica o de comercio por esos motivos[339] así como por determinados otros motivos.[340]

2.81. El registro de una marca de fábrica o de comercio expira 10 años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud[341], salvo que sea renovado.[342] El registro de las marcas de fábrica o de comercio podrá cancelarse, revocarse o modificarse, y el Registro podrá rectificarse en determinadas circunstancias.[343] El titular de una marca de fábrica o de comercio podrá oponerse a las solicitudes de eliminación por falta de uso si hubieran concurrido "circunstancias (que afecten ya sea a los comerciantes en general o únicamente al titular registrado de la marca de fábrica o de comercio) que constituyeron un obstáculo para utilizar la marca de fábrica o de comercio durante ese período".[344]

2.82. El artículo 20 de la Ley TM dispone que el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada goza de "derechos exclusivos" "a utilizar" y "autorizar a otras personas a que utilicen" esa marca de fábrica o de comercio en relación con los bienes y/o servicios con respecto a los cuales la marca de fábrica o de comercio se ha registrado.[345] Esos derechos también incluyen "el derecho a obtener reparación en virtud de la presente Ley si la marca de fábrica o de comercio ha sido infringida"[346], así como el derecho a ceder o transferir la marca de fábrica o de comercio.[347] Con arreglo a la Ley TM, una persona infringe una marca de fábrica o de comercio registrada si la persona utiliza como tal un signo que sea sustancialmente idéntico o engañosamente similar a la marca de fábrica o de comercio en relación con a) bienes o servicios con respecto a los cuales la marca de fábrica o de comercio se ha registrado; b) bienes o servicios cuya descripción es la misma que la de aquellos con respecto a los cuales la marca de fábrica o de comercio se ha registrado; c) servicios que están estrechamente relacionados con los bienes registrados; o d) bienes que están estrechamente relacionados con los servicios registrados.[348]

---

[331] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 6.
[332] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 39.
[333] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 40.
[334] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 41.
[335] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 42.
[336] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 43.
[337] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 44. La solicitud también deberá rechazarse si no se presentó de conformidad con lo dispuesto en la Ley TM o si prevalece la objeción a ella. Véase la Ley TM (Prueba documental JE-6), artículos 27(1), 33.
[338] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 41(3).
[339] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 57.
[340] Entre ellos cabe señalar los siguientes: si el solicitante no es el titular de la marca de fábrica o de comercio; el solicitante no tiene intención de utilizar la marca de fábrica o de comercio; otra marca de fábrica o de comercio tiene reputación en Australia y el uso de la marca de fábrica o de comercio que se registra probablemente engañaría o causaría confusión, o la marca de fábrica o de comercio contiene o consiste en una indicación geográfica falsa. Ley TM (Prueba documental JE-6), artículos 58-61.
[341] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 72(3).
[342] Ley TM (Prueba documental JE-6), Parte 7, Sección 2.
[343] Ley TM (Prueba documental JE-6), Parte 8. Por ejemplo, una marca de fábrica o de comercio registrada (que no sea una marca de certificación) podrá ser eliminada del Registro por falta de uso si, en el momento de efectuarse el registro, no se tenía intención de utilizar la marca de fábrica o de comercio en Australia. También podrá ser eliminada cuando no ha sido utilizada en Australia por un período ininterrumpido de tres años o más. Ley TM (Prueba documental JE-6), artículos 92(4)(a) y 92(4)(b).
[344] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 100(3)(c).
[345] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 20(1).
[346] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 20(2).
[347] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 106.
[348] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículos 120(1)-120(2).

2.83. Además de los derechos otorgados a las marcas de fábrica o de comercio registradas en virtud de la Ley TM, los titulares de marcas de fábrica o de comercio que son "notoriamente conocidas en Australia" pueden incoar acciones por infracción contra el uso no autorizado de ese signo, o de signos sustancialmente idénticos o engañosamente similares, por terceros si concurren determinadas condiciones.[349] Los titulares de marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas pueden incoar acciones por infracción que trascienden las utilizables por los titulares de fábrica o de comercio que no son notoriamente conocidas.[350] Para decidir si una marca de fábrica o de comercio es "notoriamente conocida en Australia", "deberá tenerse en cuenta la medida en que la marca de fábrica o de comercio es conocida en el sector del público pertinente, ya sea como consecuencia de la promoción de la marca o por cualquier otra razón".[351]

2.84. Con arreglo a la Ley TM, un signo que constituye una IG puede registrarse como marca de fábrica o de comercio en Australia. Conforme a la Ley TM, una IG se define como sigue:

> En relación con productos, significa un signo que identifica los productos como originarios de un país, o de una región o localidad de ese país, cuando determinada calidad, reputación u otra característica de los productos sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.[352]

2.85. En la medida en que las IG se registran como marcas de fábrica o de comercio en Australia, por lo general, se registran como marcas de certificación[353], que se definen como:

> Signos utilizados, o que se tiene intención de utilizar, para distinguir productos o servicios: (a) intercambiados o suministrados en el curso de operaciones comerciales; y (b) certificados por una persona ... o por otra persona autorizada por esa persona, en relación con la calidad, exactitud o alguna otra característica, con inclusión (en el caso de los productos) del origen, el material o el modo de fabricación; de otros productos o servicios intercambiados o suministrados en el curso de operaciones comerciales pero no certificados de ese modo.[354]

2.86. Una persona que presente una solicitud para el registro de una marca de certificación deberá, conforme a la reglamentación, presentar una copia de las normas que rigen el uso de las marcas de certificación.[355] El encargado del Registro solo podrá rechazar las solicitudes de registro de una marca de certificación por motivos determinados, que son, con algunas excepciones, los

---

[349] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 120(3). La Ley dispone que una persona infringe una marca de fábrica o de comercio registrada si:

> (a) la marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida en Australia; y
> (b) a persona utiliza como marca de fábrica o de comercio un signo que es sustancialmente idéntico o engañosamente similar a la marca de fábrica o de comercio en relación con:
> (i) bienes (***bienes no relacionados***) cuya descripción no es la misma que la de los bienes con respecto a los cuales se ha registrado la marca de fábrica o de comercio (***bienes registrados***), o no están estrechamente relacionados con servicios con respecto a los cuales la marca de fábrica o de comercio se ha registrado (***servicios registrados***); o
> (ii) servicios (***servicios no relacionados***) cuya descripción no es la misma que la de los servicios registrados o que no están estrechamente relacionados con bienes registrados;
> (c) como la marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida, es probable que se considere que el signo indica una conexión entre los bienes o servicios no relacionados y el titular registrado de la marca de fábrica o de comercio; y
> (d) por esa razón es probable que los intereses del titular registrado resulten desfavorablemente afectados.

Ibid. (las cursivas y las negritas figuran en el original)

[350] Compárese la Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 120(3), con *ibid.*, artículos 120(1) y 120(2).

[351] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 120(4).

[352] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 6.

[353] Primera comunicación escrita de Australia, anexo D, párrafo 8.

[354] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 169.

[355] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 173.

mismos que en el caso de otras solicitudes de registro de marcas de fábrica o de comercio.[356] Las marcas de certificación están sujetas a las mismas disposiciones en materia de duración y renovación que las marcas de fábrica o de comercio.[357] Sin embargo, las marcas de certificación no pueden eliminarse del registro por falta de uso, porque el titular de la marca de certificación no está obligado a utilizar la marca.[358]

2.87. Las marcas colectivas también pueden conferir protección para signos que son IG en Australia. La mayoría de las disposiciones de la Ley TM concernientes a las marcas de fábrica o de comercio, incluidos el registro y los motivos para la oposición, son aplicables a las marcas colectivas.[359] En la Ley TM, las marcas colectivas se definen como:

> Signos utilizados, o que se tiene intención de utilizar, en relación con bienes o servicios intercambiados o suministrados en el curso de operaciones comerciales por miembros de una asociación para distinguir esos bienes o servicios de los bienes o servicios así intercambiados o suministrados por personas que no son miembros de la asociación.[360]

2.88. Por último, al igual que en el caso de otras marcas de fábrica o de comercio registradas, los titulares de una marca de certificación registrada o una marca colectiva registrada pueden incoar acciones por infracción contra el uso no autorizado de un signo por terceros.[361]

2.89. Australia también protege las marcas de fábrica o de comercio y las IG al amparo de otras esferas de la legislación australiana, incluso a través de medidas generales de protección del consumidor concernientes a las representaciones que inducen a error en Australia.[362]

2.90. La *Ley de Competencia y Consumo de 2010* (Cth) (CCA) prohíbe con carácter general las conductas que induzcan a error o sean engañosas en los intercambios comerciales. La *Ley Australiana de Protección al Consumidor* (ACL) constituye el Anexo 2 de la CCA. El artículo 18 de la ACL dispone que "una persona no deberá, en sus intercambios comerciales, proceder a una conducta que induzca a error o sea engañosa o probablemente inducirá a error o engañará".[363] De manera análoga, el artículo 29(1) prohíbe hacer una serie de representaciones falsas o que induzcan a error en relación con el suministro, el posible suministro o la promoción de bienes o

[356] Esas excepciones son las siguientes: a) la solicitud no puede ser rechazada por el hecho de que la marca no sea capaz de distinguir los productos o servicios designados de los productos o servicios de otras personas (antes bien, el motivo pertinente es que la marca "no es capaz de distinguir productos o servicios certificados por el solicitante ... de productos o servicios no certificados de ese modo"); b) no es necesario que el solicitante del registro de una marca de certificación tenga intención de usar él mismo la marca; y c) se exige un certificado de la Comisión de Competencia y Consumo de Australia (ACCC), conforme al artículo 175(2). Ley TM (Prueba documental JE-6), artículos 170, 176(1)(c) y 177.

[357] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 170; véase también la Parte 7, Sección 2.

[358] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 170. Véase también la nota 343 *supra*.

[359] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 163. Hay algunas excepciones y variaciones; por ejemplo, se considerará que el uso de una marca colectiva registrada por un miembro de la asociación que es titular registrada de la marca colectiva constituye un uso de dicha marca por el titular registrado. Véase *ibid.*, artículo 163(2)(b).

[360] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículo 162.

[361] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículos 163 y 170. No obstante, en lo que respecta a las marcas de certificación, el titular registrado deberá ejercitar sus derechos exclusivos "únicamente de conformidad con las normas que rigen el uso de las marcas de certificación". Véase el artículo 171. Por lo que respecta a las marcas colectivas, los miembros de una asociación a cuyo nombre está registrada una marca colectiva no tienen derecho a impedir a otro miembro de la asociación que utilice la marca colectiva de conformidad con las normas de la asociación. Véase *ibid.*, artículo 165.

[362] Tomamos nota, aunque no las abordamos, de determinadas protecciones incluidas en la *Ley relativa a la Autoridad Australiana de la Uva y el Vino de 2013* (Cth) (Prueba documental AUS-490), y el *Código de Normas Alimentarias de Australia y Nueva Zelandia*, Norma *1.2.11 Etiquetado del país de origen (Australia únicamente)* (Cth) (Prueba documental AUS-568). Esas medidas abordan, respectivamente, el vino y determinados productos alimenticios que no son objeto de la presente diferencia.

[363] *Ley de Competencia y Consumo de 2010* (Cth), anexo 2 (*Ley Australiana de Protección al Consumidor*) (ACL) (Prueba documental DOM-110), artículo 18. La prueba documental presentada por la República Dominicana abarca hasta las modificaciones introducidas por la Ley Nº 83 de 2014. Observamos que Australia y Honduras también presentaron como pruebas documentales fragmentos de la *Ley de Competencia y Consumo* de 2010 (Cth), que incluían hasta las modificaciones introducidas por la Ley Nº 148 de 2010. Véanse las Pruebas documentales AUS-127 y HND-66.

servicios, incluidas declaraciones concernientes al lugar de origen de los productos.[364] Los artículos 33 y 34 tratan, respectivamente, de los bienes y los servicios, y disponen que una persona no deberá, en sus intercambios comerciales, proceder a una conducta "que pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza, ... las características ... de cualquier bien".[365]

2.91. Una división especial de la Comisión de Competencia y Consumo de Australia (ACCC) realiza investigaciones sobre posibles infracciones de la ACL. La ACCC goza de diversas facultades para hacer cumplir la ley, incluida la de incoar procedimientos ante el Tribunal Federal de Australia.[366] Las prácticas que contravengan las disposiciones de la ACL pueden dar lugar a responsabilidad tanto penal como civil, con inclusión de indemnizaciones, mandamientos judiciales prohibitorios y rescisiones de contratos.[367]

2.92. En aplicación de la *Ley de Comercio (Descripciones Comerciales) de 1905* (Cth), Australia también prohíbe la importación de cualquier producto que lleve una descripción comercial falsa.[368] Una descripción comercial falsa se define como "una descripción comercial que, debido a algo que figura en ella o se omite de ella, es falsa o probablemente inducirá a error en algún aspecto importante por lo que respecta a los productos a los que se aplica, e incluye cualquier alteración de una descripción comercial, ya sea mediante adición, borrado u otro procedimiento, que haga que la descripción sea falsa o probablemente induzca a error en algún aspecto importante".[369] Por "descripción comercial" se entiende cualquier designación, declaración, indicación o insinuación, directa o indirecta, acerca de, entre otras cosas, el país o lugar en el que los productos se fabricaron o produjeron.[370]

2.93. Australia también protege a través del "*common law*" la reputación de las empresas mediante el ilícito civil de imitación fraudulenta, que puede conferir protección adicional frente a representaciones falsas. Australia ha señalado que los elementos del ilícito civil de imitación fraudulenta son: "a) una representación falsa, b) por parte de un comerciante, en el curso de intercambios comerciales con futuros clientes suyos, c) calculada para dañar la reputación comercial de otro comerciante y d) que tiene como resultado daños o la probabilidad de daños a la reputación comercial de ese otro comerciante".[371] Las marcas de fábrica o de comercio y las IG no están protegidas *per se* en virtud de este ilícito civil, pero pueden ser probatorias de la existencia de la reputación de un comerciante, y de los daños a esa reputación, en el mercado pertinente.[372]

2.4 El CMCT

2.94. En el curso de las actuaciones, las partes han hecho referencia al CMCT, negociado bajo los auspicios de la OMS. Como se señala más arriba, la Ley TPP declara que uno de sus objetivos es "dar cumplimiento a determinadas obligaciones asumidas por Australia como parte en el Convenio para el Control del Tabaco".[373]

---

[364] ACL (Prueba documental DOM-110), artículo 29(1).
[365] ACL (Prueba documental DOM-110), artículos 33-34.
[366] D. Shavin, "*Prohibitions against misleading and deceptive conduct pursuant to the Australian Consumer Law, and the Australian Competition & Consumer Commission's history of effective enforcement thereof*", 26 de septiembre de 2014 (Informe de Shavin) (Prueba documental DOM/HND-1), párrafos 73-74.
[367] Primera comunicación escrita de Australia, anexo D, párrafo 20. La ACCC ha ejercitado sus facultades en el contexto de los productos de tabaco, concretamente por lo que respecta a cigarrillos comercializados como "ligeros", "suaves", "medium", "ultraligeros" y "micro". La ACCC concluyó que el uso de esas expresiones inducía a error y probablemente infringía el artículo 52 de la *Ley de Prácticas Comerciales de 1974* (Cth) (ahora artículo 18 de la ACL (Prueba documental DOM-110)). Véase R. Sims, "*Report Concerning the Australia Consumer Law and the Packaging of Tobacco Products*", 24 de febrero de 2015 (Informe de Sims) (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 4.9.
[368] *Ley de Comercio (Descripciones Comerciales) de 1905* (Ley CTD) (Prueba documental AUS-248), artículo 9.
[369] Ley CTD (Prueba documental AUS-248), artículo 3.
[370] Ley CTD (Prueba documental AUS-248), artículo 3.
[371] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 458 y anexo D, párrafo 23 (donde se hace referencia al Libro de Shanahan sobre el derecho de marcas de fábrica o de comercio) (Prueba documental AUS-104), página 688).
[372] Libro de Shanahan sobre el derecho de marcas de fábrica o de comercio (Prueba documental AUS-104), páginas 687-699.
[373] Ley TPP (Pruebas documentales JE-1, AUS-1), artículo 3.

2.95. Esta sección contiene una descripción general del CMCT y de las directrices pertinentes adoptadas en el marco del CMCT, habida cuenta de la información proporcionada al Grupo Especial por la OMS y la secretaría del CMCT.[374]

2.4.1 Antecedentes

2.96. En 1995, la 49ª Asamblea Mundial de la Salud (AMS) de la OMS puso en marcha la negociación de un instrumento internacional para el control del tabaco.[375] Esa negociación concluyó en mayo de 2003 con la adopción del CMCT por la AMS.[376] El Convenio entró en vigor en febrero de 2005.[377]

2.97. El CMCT tiene 180 partes (Partes en el CMCT).[378] Ciento cuarenta y nueve de las Partes en el CMCT son también Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC). De las cinco partes en estas diferencias, han firmado y ratificado el CMCT Australia y Honduras. Cuba ha firmado el CMCT, pero no lo ha ratificado, e Indonesia y la República Dominicana no son signatarios.[379] Por consiguiente, Cuba, Indonesia y la República Dominicana no son Partes en el CMCT.

2.4.2 Estructura y gobernanza

2.98. Una secretaría con sede en la OMS presta servicios al CMCT, valiéndose de un plan de trabajo y un presupuesto independientes que aprueba la Conferencia de las Partes.[380] Las principales funciones de la secretaría del CMCT están reguladas por el propio CMCT, así como por las decisiones de la Conferencia de las Partes.[381]

2.99. La Conferencia de las Partes en el CMCT es el órgano rector del CMCT, y engloba a todas las partes en el Convenio.[382] La Conferencia de las Partes en el CMCT, entre otras cosas, "examina[] regularmente la aplicación del Convenio, adopta[] las decisiones necesarias para promover su aplicación eficaz".[383] Puede también adoptar protocolos[384], anexos[385] y enmiendas[386] del CMCT, así

[374] Véase el análisis que figura en las secciones 1.6.5 y 1.6.7.1 *supra*.
[375] De conformidad con el artículo 19 de la Constitución de la OMS, la AMS está facultada para adoptar "convenciones o acuerdos respecto a todo asunto que esté dentro de la competencia de la Organización". Solicitud de autorización para facilitar información presentada por la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 7.
[376] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), anexo 2.
[377] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), Prefacio, página vi.
[378] Solicitud de autorización para facilitar información presentada por la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 7; y Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 12.
[379] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 12.
[380] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 24; y Solicitud de autorización para facilitar información presentada por la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafos 8 y 12.
[381] Las funciones de la secretaría del CMCT son las siguientes: a) adoptar disposiciones para las reuniones de la Conferencia de las Partes y de cualquiera de sus órganos subsidiarios y prestarles los servicios necesarios; b) transmitir los informes que haya recibido en virtud del Convenio; c) prestar apoyo a las Partes, en particular a las que sean países en desarrollo o tengan economías en transición, cuando así lo soliciten, en la recopilación y transmisión de la información requerida de conformidad con las disposiciones del Convenio; d) preparar informes sobre sus actividades en el marco del Convenio, siguiendo las orientaciones de la Conferencia de las Partes, y someterlos a la Conferencia de las Partes; e) asegurar, bajo la orientación de la Conferencia de las Partes, la coordinación necesaria con las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y otros órganos competentes; f) concertar, bajo la orientación de la Conferencia de las Partes, los arreglos administrativos y contractuales que sean necesarios para el ejercicio eficaz de sus funciones; y g) desempeñar otras funciones de secretaría especificadas en el Convenio y en cualquiera de sus protocolos, y las que determine la Conferencia de las Partes. CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 24.
[382] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 23; y Solicitud de autorización para facilitar información presentada por la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 8.
[383] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 5 del artículo 23.
[384] Los protocolos del CMCT solo son vinculantes para las partes en el protocolo en cuestión. CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 33.
[385] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 29.
[386] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 28.

como otros documentos e instrumentos, como directrices relativas a temas específicos.[387] La Conferencia de las Partes puede otorgar la "condición de observadores" a las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones intergubernamentales internacionales "cuyos objetivos y actividades estén de conformidad con el espíritu, las finalidades y los principios" del CMCT. En virtud del Reglamento Interior de la Conferencia de las Partes, la participación de las empresas tabacaleras solo es posible a través de los órganos competentes de los Estados.[388]

2.4.3 Determinadas disposiciones del CMCT

2.100. El objetivo del CMCT, tal como figura en el artículo 3, es el siguiente:

> [P]roteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.[389]

2.101. El artículo 5, titulado "Obligaciones Generales" dispone, en su primer párrafo, lo siguiente:

> Cada Parte formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido.[390]

2.102. El Convenio define el "control del tabaco" como "diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco".[391]

2.103. La Parte III del Convenio, titulada "Medidas relacionadas con la reducción de la demanda de tabaco", contiene disposiciones tituladas "Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco" (artículo 11) y "Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco" (artículo 13).

2.104. El artículo 11 regula el "Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco", y dispone lo siguiente:

> ***Artículo 11***
>
> *Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco*
>
> 1. Cada Parte, dentro de un período de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente:
>
> a) que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocione un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como "con bajo contenido de alquitrán", "ligeros", "ultra ligeros" o "suaves"; y

[387] Por ejemplo, en lo relativo a las "medidas no relacionadas con los precios para reducir la demanda de tabaco", la Conferencia de las Partes "propondrá directrices apropiadas para la aplicación de lo dispuesto en esos artículos". CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 7.

[388] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 6 del artículo 23; e Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafos 26-30, nota 63 *supra*.

[389] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 3.

[390] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 5.1.

[391] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), apartado d) del artículo 1.

b) que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes:

i) serán aprobados por las autoridades nacionales competentes;

ii) serán rotativos;

iii) serán grandes, claros, visibles y legibles;

iv) deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas;

v) podrán consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos.

2. Todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias especificadas en el párrafo 1(b) de este artículo, contendrán información sobre los componentes pertinentes de los productos de tabaco y de sus emisiones de conformidad con lo definido por las autoridades nacionales.

3. Cada Parte exigirá que las advertencias y la información textual especificadas en los párrafos 1(b) y 2 del presente artículo figuren en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos en su idioma o idiomas principales.

4. A efectos del presente artículo, la expresión "empaquetado y etiquetado externos" en relación con los productos de tabaco se aplica a todo envasado y etiquetado utilizados en la venta al por menor del producto.[392]

2.105. El artículo 13 regula la "publicidad, promoción y patrocinio del tabaco", y reza así:

Artículo 13

Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco

1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio. A este respecto, cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio para la Parte en cuestión, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará medidas legislativas,

[392] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 11.

ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:

a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;

b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente;

c) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población;

d) exigirá, si no ha adoptado una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes de conformidad con el artículo 21;

e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y

f) prohibirá o, si la Parte no puede imponer la prohibición debido a su constitución o sus principios constitucionales, restringirá el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras.

5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4.

6. Las Partes cooperarán en el desarrollo de tecnologías y de otros medios necesarios para facilitar la eliminación de la publicidad transfronteriza.

7. Las Partes que hayan prohibido determinadas formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco tendrán el derecho soberano de prohibir las formas de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizos de productos de tabaco que penetren en su territorio, así como de imponerles las mismas sanciones previstas para la publicidad, la promoción y el patrocinio que se originen en su territorio, de conformidad con la legislación nacional. El presente párrafo no respalda ni aprueba ninguna sanción en particular.

8. Las Partes considerarán la elaboración de un protocolo en el cual se establezcan medidas apropiadas que requieran colaboración internacional para prohibir completamente la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos.[393]

[393] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 13. También son pertinentes para las disposiciones del CMCT arriba citadas las definiciones de "publicidad y promoción del tabaco" ("toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente o un producto de tabaco o el uso de tabaco"), "productos de tabaco" ("productos preparados totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y destinados a ser fumados, chupados, mascados o utilizados como rapé"), y "patrocinio del tabaco" ("toda forma de contribución a cualquier acto,

2.4.4 Directrices del CMCT

2.106. El CMCT dispone que la Conferencia de las Partes propondrá directrices para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 8 a 13 del CMCT. Las directrices del CMCT "tienen por objeto asistir a las Partes a cumplir sus obligaciones y a aumentar la eficacia de las medidas adoptadas".[394]

2.107. La Conferencia de las Partes en el CMCT adoptó las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 11 (Directrices relativas al artículo 11 del CMCT) y las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 13 (Directrices relativas al artículo 13) en noviembre de 2008.[395] Aunque en los artículos 11 y 13 del CMCT no se hace referencia al "empaquetado genérico", se hace alusión a él en ambas Directrices ("empaquetado sencillo"/"envasado sencillo").[396]

2.108. Las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, titulado "*Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco*" disponen lo siguiente:

> 46. Las Partes deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a restringir o prohibir en el empaquetado la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional que no sean el nombre comercial o el nombre del producto en un color y tipo de letra corrientes (empaquetado sencillo). Esto permite aumentar la vistosidad y eficacia de las advertencias sanitarias y mensajes, impedir que el paquete distraiga la atención de estos últimos y prevenir el uso de técnicas industriales de diseño de envases que sugieran que algunos productos son menos nocivos que otros.[397]

2.109. Las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, titulado "*Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco*", disponen lo siguiente:

> 15. El empaquetado es un elemento importante de la publicidad y la promoción. Los paquetes de tabaco o rasgos distintivos de productos de tabaco se utilizan de diversas maneras para atraer a los consumidores, promover productos y cultivar y promover una identidad de marca, por ejemplo recurriendo a logotipos, colores, tipos de letras, imágenes, formas y materiales adjuntados a paquetes o a cigarrillos u otros productos de tabaco sueltos, o insertados en el interior de los paquetes.
>
> 16. El efecto publicitario o promocional del empaquetado se puede eliminar si se exige un envasado sencillo, a saber: en blanco y negro u otros dos colores contrastantes, según indique la autoridad nacional; nada más que un nombre de marca, un nombre de producto y/o un nombre de fabricante, datos de contacto y la cantidad de producto que contiene el envase, sin logotipos ni otros rasgos distintivos aparte de las advertencias sanitarias, timbres fiscales y otra información o marcado obligatorio; un tipo y un tamaño de letra especificados y una forma, un tamaño y materiales normalizados. No debería haber publicidad ni promoción dentro del paquete ni adjunto a este ni a cigarrillos ni otros productos de tabaco sueltos.
>
> 17. Si el envasado sencillo no se ha hecho aún obligatorio, la restricción debería abarcar el mayor número posible de rasgos distintivos de diseño que den a los productos de tabaco mayor atractivo para los consumidores, por ejemplo imágenes de animales o de otra índole, expresiones "divertidas", papeles de cigarrillos de colores, perfumes atractivos, paquetes novedosos o estacionales.

---

actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco"). Véase *ibid.*, apartados c), f) y g) del artículo 1, respectivamente.

[394] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 22.

[395] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 19; Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, páginas 7-8, nota 63 *supra*; Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20); y Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21).

[396] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46; y Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafos 16-17 y "Recomendación" que sigue al párrafo 17 .

[397] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46.

Recomendación

> El empaquetado y el diseño de los productos son elementos importantes de la publicidad y la promoción. Las Partes deberían considerar la posibilidad de adoptar requisitos para envasados sencillos con el fin de eliminar los efectos de la publicidad o la promoción en los envases. El empaquetado, los cigarrillos sueltos y otros productos de tabaco sueltos no deberían llevar publicidad ni promoción, ni siquiera rasgos de diseño que den atractivo a los productos.[398]

2.4.5 Disposiciones del CMCT concernientes a la relación entre el CMCT y otros acuerdos y órganos internacionales

2.110. El párrafo 1 del artículo 2 del CMCT señala que el Convenio no impide a las partes "impon[er] exigencias más estrictas que sean compatibles con [las disposiciones del CMCT y sus protocolos] y conformes al derecho internacional".[399] A su vez, el párrafo 2 del artículo 2 dispone que las disposiciones del CMCT "no afectarán en modo alguno al derecho de las Partes a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, incluso acuerdos regionales o subregionales, sobre cuestiones relacionadas con el Convenio y sus protocolos o sobre cuestiones adicionales, a condición de que dichos acuerdos sean compatibles con sus obligaciones establecidas por el presente Convenio y sus protocolos".[400]

2.111. Además, el párrafo 2 del artículo 15 del CMCT (relativo al comercio ilícito de productos de tabaco) dispone que las Partes "adoptará[n] ... medidas ... para que [todo el empaquetado de productos de tabaco] lleve[] una indicación que ayude a las Partes a determinar el origen de los productos de tabaco y, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, ayude a las Partes a determinar el punto de desviación y a vigilar, documentar y controlar el movimiento de los productos de tabaco y su situación legal".[401]

2.112. Por último, el CMCT contiene varias disposiciones relativas a la cooperación entre las Partes en el CMCT y otras organizaciones y órganos internacionales. El párrafo 5 del artículo 5, por ejemplo, dispone que las Partes en el CMCT "cooperarán según proceda con las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y otros órganos competentes para alcanzar los objetivos del Convenio y de los protocolos a los que se hayan adherido".[402] El artículo 7 dispone que las Partes en el CMCT, al aplicar, entre otros, los artículos 11 y 13, "cooperará[n] con las demás Partes según proceda, directamente o por intermedio de los organismos internacionales competentes".[403]

3 SOLICITUDES DE CONSTATACIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES

3.1 Honduras (DS435)

3.1. Honduras solicita al Grupo Especial que constate que:

a. las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado genérico impuestas por Australia mediante las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC;

b. las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado genérico impuestas por Australia mediante las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;

---

[398] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafos 15-17; y "Recomendación" que sigue al párrafo 17.

[399] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 1 del artículo 2. Véase también CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 5 del artículo 13 ("Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4").

[400] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 2 del artículo 2.

[401] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 2 del artículo 15.

[402] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 5 del artículo 5.

[403] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 7.

c. las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado genérico impuestas por Australia mediante las medidas TPP no están justificadas al amparo del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC;

d. las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado genérico impuestas por Australia mediante las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que incorpora disposiciones del Convenio de París, en particular el artículo 6*quinquies* del Convenio de París;

e. las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado genérico impuestas por Australia mediante las medidas TPP son incompatibles con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC;

f. Australia ha actuado de manera incompatible con el artículo 10*bis* del Convenio de París, incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC;

g. Australia infringe el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC;

h. Australia contraviene lo dispuesto en el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC; y

i. las medidas de empaquetado genérico de Australia son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

3.2. Honduras solicita asimismo al Grupo Especial que recomiende, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que el OSD pida a Australia que ponga las medidas en litigio en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC.[404]

3.2 República Dominicana (DS441)

3.3. La República Dominicana solicita al Grupo Especial que constate que Australia, en virtud de su adopción e imposición de las medidas TPP, infringe:

a. el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC;

b. el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;

c. el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;

d. el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC;

e. el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC;

f. el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC;

g. el artículo 10*bis* del Convenio de París (incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 2); y

h. el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

3.4. La República Dominicana solicita que el Grupo Especial recomiende al OSD que se exija a Australia que ponga sus medidas TPP en conformidad con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC arriba mencionadas.[405]

3.3 Cuba (DS458)

3.5. Cuba solicita al Grupo Especial que constate que las medidas TPP infringen:

a. el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC;

b. el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC;

[404] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 936 y 938-939.
[405] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 1032-1033.

c. el artículo 10*bis* del Convenio de París (leído con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC);

d. el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC;

e. el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994;

f. el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC;

g. el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;

h. el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;

i. el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC; y

j. el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (leído con el artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC).

3.6. Cuba solicita asimismo al Grupo Especial que recomiende, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que el OSD pida a Australia que ponga sus medidas en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC y el GATT de 1994.[406]

3.4 Indonesia (DS467)

3.7. Indonesia solicita al Grupo Especial que constate que las medidas TPP incumplen, colectiva e individualmente, las obligaciones que corresponden a Australia en virtud de las siguientes disposiciones:

a. el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC;

b. el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que incorpora las disposiciones del Convenio de París, en particular el artículo 10*bis*;

c. el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC;

d. el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;

e. el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;

f. el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC;

g. el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC; y

h. el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

3.8. Indonesia también solicita que el Grupo Especial constate que las medidas TPP adoptadas por Australia son, colectiva e individualmente, incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 a) del artículo XXIII del GATT, porque ha anulado o menoscabado ventajas resultantes directa o indirectamente para Indonesia del Acuerdo OTC.

3.9. Indonesia solicita asimismo que el Grupo Especial recomiende que Australia ponga sus medidas en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC.[407]

[406] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 429-430.
[407] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 463-465.

3.5 Australia

3.10. Australia solicita al Grupo Especial que rechace en su totalidad las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 (que incorpora el párrafo 1) de la sección A del artículo 6*quinquies* y el artículo 10*bis* del Convenio de París), los párrafos 1 y 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.[408]

4 ARGUMENTOS DE LAS PARTES

4.1. Los argumentos de las partes se reflejan en sus respectivos resúmenes, proporcionados al Grupo Especial de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 27 del Procedimiento de trabajo adoptado por el Grupo Especial (véase el anexo B).

5 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

5.1. Los argumentos de la Argentina, el Brasil, el Canadá, China, la República de Corea, el Japón, Malawi, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Singapur, Sudáfrica, Turquía, el Uruguay, la Unión Europea, Zambia y Zimbabwe se reflejan en sus respectivos resúmenes, proporcionados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 28 del Procedimiento de trabajo adoptado por el Grupo Especial (véase el anexo C).

5.2. Chile, el Ecuador, Egipto, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, la India, Malasia, México, Panamá, el Reino de la Arabia Saudita y Trinidad y Tabago no presentaron al Grupo Especial argumentos escritos u orales. Filipinas, Guatemala, Nigeria, el Perú, el Taipei Chino y Tailandia expusieron argumentos en estas actuaciones. Esos terceros no proporcionaron resúmenes de sus argumentos con arreglo a lo previsto en el párrafo 28 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial y el punto n) del calendario del Grupo Especial. No obstante, como sus comunicaciones escritas y/o declaraciones orales están comprendidas en los límites de páginas especificados en el Procedimiento de trabajo del Grupo Especial para los resúmenes de los terceros, se han incluido en sustitución de los resúmenes (véase el anexo C).

5.3. Ucrania[409] presentó en estas actuaciones una comunicación escrita en calidad de tercero. Sin embargo, no proporcionó un resumen de sus argumentos con arreglo a lo previsto en el párrafo 28 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial y el punto n) del calendario del Grupo Especial. La comunicación escrita de Ucrania superaba el límite de páginas especificado en el Procedimiento de trabajo del Grupo Especial para los resúmenes de los terceros. Por consiguiente, no puede incluirse como anexo de los presentes informes del Grupo Especial. Pese a ello, la comunicación escrita de Ucrania queda reflejada en los presentes informes del Grupo Especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del ESD.

6 REEXAMEN INTERMEDIO

6.1 Introducción

6.1. El 2 de mayo de 2017, el Grupo Especial dio traslado de sus informes provisionales a las partes. El 6 de junio de 2017, Honduras, la República Dominicana, Indonesia y Australia presentaron por escrito sendas peticiones de que el Grupo Especial reexaminara algunos aspectos de los informes provisionales. El 4 de julio de 2017, Honduras, la República Dominicana e Indonesia presentaron observaciones sobre las peticiones de reexamen de Australia, y Australia presentó observaciones sobre las peticiones de reexamen de los reclamantes. Cuba no presentó ninguna petición de reexamen y no formuló observaciones sobre las peticiones de reexamen de ninguna de las otras partes. Ninguna de las partes solicitó que se celebrara una reunión de reexamen intermedio.

6.2. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 15 del ESD, en la presente sección de los informes se exponen las peticiones de reexamen formuladas por las partes en la etapa intermedia

[408] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 762-763.
[409] Véase la sección 1.6.6 *supra*.

de reexamen y la respuesta del Grupo Especial a dichas peticiones. Además, el Grupo Especial ha introducido algunas correcciones tipográficas y de otro tipo, incluidas las señaladas por las partes. En este contexto, el Grupo Especial ha modificado en particular la nota 1 al cuadro A para aclarar la forma en que el cuadro describe los resultados de los trabajos a los que hace referencia y ha adaptado parte de la redacción de la sección 7.2.5.3.6 para armonizar el texto de dicha sección con el de los apéndices conexos.

6.3. Australia presentó varias solicitudes de que se modificaran o añadieran notas. Esas peticiones se han examinado teniendo en cuenta las observaciones formuladas por Honduras, la República Dominicana e Indonesia, y se han atendido según se ha estimado conveniente, lo que ha dado lugar a la introducción de modificaciones o referencias adicionales en los párrafos 7.231, 7.1446 y 7.2566, y en las notas 269, 515, 653, 710, 866 to 868, 871, 872, 891, 914, 916, 1339, 1352, 1358, 1359, 1450, 1518, 1661, 1669, 1671, 1761, 1763, 1780, 1795, 1806, 2111, 2256, 2402, 2443, 2570, 2571, 2609, 2617, 2695, 2855, 2857, 2885, 3198, 3201, 3486, 3596, 3613, 3620, 3623, 3625, 3656, 3728, 3804, 3807, 4042, 4043, 4045, 4824, 5004, 5088 y 5200

6.4. La numeración de algunos de los párrafos y notas de los informes definitivos es distinta de la numeración de los informes provisionales. Salvo indicación en contrario, las secciones, números de párrafo y notas a que se hace referencia en la presente sección son las de los informes definitivos.

6.2 Peticiones de reexamen de la sección 7.1 (Orden del análisis)

6.5. Honduras solicitó al Grupo Especial que modificara la segunda oración del párrafo 7.11 para reflejar con mayor precisión los términos empleados en el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967). En respuesta a esta solicitud, hemos adaptado la redacción del párrafo 7.11 para describir las disposiciones correspondientes haciendo referencia a los títulos que llevan en el Acuerdo sobre los ADPIC. En cuanto al texto adicional propuesto por Honduras, señalamos que la frase "materia objeto de protección", que figura en el epígrafe del artículo 15, ya se utiliza en la oración de que se trata, en tanto que la frase "protección de las marcas registradas en un país de la Unión en los demás países de la Unión" no se emplea en el título de ninguna de las disposiciones en cuestión.[410] Por consiguiente, nos abstenemos de añadir las frases propuestas.

6.3 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.1 (La cuestión de si las medidas TPP persiguen un "objetivo legítimo")

6.6. Honduras solicita al Grupo Especial que añada una referencia específica a sus argumentos en el párrafo 7.52, petición que el Grupo Especial ha aceptado, como reflejan el párrafo 7.52 y la nota 493.

6.7. Honduras también solicita al Grupo Especial que refleje de forma más completa sus argumentos relativos a los objetivos de las medidas TPP en el párrafo 7.200, petición que el Grupo Especial ha aceptado solo en parte, puesto que el argumento en cuestión ya queda recogido en otras partes del informe, incluido el párrafo 7.208.

6.8. Honduras solicita al Grupo Especial que añada una referencia adicional a sus argumentos de réplica relativos a los "mecanismos" y "objetivos" de las medidas en el párrafo 7.208. El Grupo Especial no considera necesario hacerlo, habida cuenta del análisis pormenorizado de la cuestión realizado en los párrafos siguientes.

6.9. Honduras solicita al Grupo Especial que modifique la redacción del párrafo 7.213, que menciona los aspectos "no controvertido[s]" de los objetivos de las medidas TPP, en relación con el objetivo de reducir la "exposición", que es distinto del de reducir el "consumo". Australia no se opuso a esta petición, pero solicitó que, si el Grupo Especial aceptaba los cambios de redacción propuestos por Honduras, se tuvieran también en cuenta sus argumentos relativos al objetivo de reducir la exposición a los productos de tabaco. Hemos modificado la primera frase del párrafo 7.213 para evitar cualquier malentendido en cuanto a sus implicaciones por lo que

[410] Observamos que, en algunas versiones publicadas del Convenio de París (1967), la secretaría de la OMPI ha puesto título a los artículos para facilitar su identificación. En esas versiones publicadas, tales títulos se indican entre corchetes. En el texto auténtico en francés del Convenio de París (1967) no figura ningún título.

respecta específicamente al "consumo" de productos de tabaco o la "exposición" a estos productos.

6.10. Australia solicita al Grupo Especial que modifique partes de los párrafos 7.212, 7.214, 7.215 y 7.227 para reflejar que "Australia y las partes estaban … *de acuerdo* en que reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores; aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias; y reducir la capacidad del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco de inducir a error a los consumidores" eran los mecanismos específicos mediante los cuales la medida TPP contribuye al logro de sus objetivos de salud pública. Honduras, la República Dominicana e Indonesia se opusieron a esta petición, ya que discrepaban de Australia en que hubiera habido acuerdo entre las partes, en el curso de las actuaciones, respecto de si los tres "mecanismos" de la Ley TPP eran los "objetivos" de las medidas. El Grupo Especial considera que el texto actual refleja correctamente los intercambios que las partes han mantenido sobre esta cuestión en el curso de las actuaciones. En consecuencia, nos abstenemos de introducir las modificaciones solicitadas en los párrafos 7.212, 7.214 y 7.215, pero hemos modificado la redacción de las partes pertinentes del párrafo 7.227 para mayor claridad.

6.4 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.2 (La cuestión de si las medidas TPP están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 (segunda frase))

6.11. Honduras solicita al Grupo Especial que modifique la descripción de sus argumentos relativos a la interpretación de la expresión "normas internacionales pertinentes", para evitar dar a entender erróneamente que Honduras modificó sus argumentos sobre esta cuestión en el curso de las actuaciones. Aunque el Grupo Especial no considera que su descripción inicial de los argumentos de Honduras sea incorrecta, ha simplificado la descripción de los argumentos pertinentes en el párrafo 7.265.

6.12. Honduras solicita que se amplíe la descripción de los argumentos principales de las partes sobre el sentido de la expresión "*in accordance with*" ("en conformidad con") en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. En respuesta, el Grupo Especial ha ampliado este análisis en el párrafo 7.274 y las notas 958 y 959.

6.13. Honduras solicita que el Grupo Especial amplíe su resumen de los argumentos de Honduras relativos a los elementos pertinentes para determinar la existencia de "normas internacionales" en el marco de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. El Grupo Especial ha ampliado esa descripción en el párrafo 7.277 y la nota 963, hasta alcanzar un nivel de detalle comparable al que se ofrece respecto de los argumentos conexos de las demás partes.

6.14. Honduras solicita al Grupo Especial que en el párrafo 7.305 aclare la descripción de la naturaleza de los compromisos asumidos en virtud del CMCT y sus Directrices, para evitar dar a entender que "deben" adoptarse determinadas medidas en virtud de las Directrices del CMCT. Australia observó que, a su juicio, los términos empleados por el Grupo Especial en este párrafo no daban a entender que las Directrices del CMCT fueran vinculantes, pero propone que se aclare el texto para evitar cualquier confusión. En respuesta a esas observaciones, el Grupo Especial ha modificado el texto de dicho párrafo para aclarar la distinción entre las obligaciones en el marco del propio CMCT y la función de las Directrices del CMCT conexas.

6.15. Honduras solicita al Grupo Especial que añada una referencia a sus argumentos de que "no considera que el CMCT o sus Directrices tengan ninguna pertinencia jurídica o fáctica para las cuestiones planteadas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC o de la disposición pertinente del Acuerdo sobre los ADPIC". En respuesta, el Grupo Especial ha ampliado su descripción y su análisis de los argumentos de todas las partes respecto de la pertinencia del CMCT y las Directrices del CMCT correspondiente si no constituyen una "norma internacional" para el empaquetado genérico del tabaco a efectos del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Esto ha quedado reflejado en los párrafos 7.404 a 7.417.

6.5 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3 (El grado de contribución de las medidas de TPP a su objetivo)

6.16. Honduras solicita al Grupo Especial que modifique la descripción de sus argumentos acerca de la falta de contribución de las medidas al logro de sus objetivos. En particular, Honduras afirma que su argumento no es que haya habido un aumento de la prevalencia del consumo de tabaco, sino que las medidas no contribuyeron a reducir dicho consumo. Honduras considera que el hecho de que el Grupo Especial atribuya a Honduras argumentos sobre un aumento de la prevalencia se basa en una tergiversación de lo que ha aducido Honduras, puesto que la referencia a un aumento de la prevalencia del consumo de tabaco, explica Honduras, "no es sino una referencia al posible efecto de otro fenómeno, a saber, el cambio a productos de menor precio y su efecto sobre los precios". Por consiguiente, Honduras solicita al Grupo Especial que suprima "la indicación de que el argumento de Honduras es en esencia que aumentó el consumo de tabaco como consecuencia del empaquetado genérico, aun cuando en el caso de algunos grupos de la población esa correlación parece haberse producido". Honduras declara que ha señalado que la sustitución a la baja provocada por el empaquetado genérico podría dar lugar a una disminución de los precios, lo que a su vez podría implicar un mayor consumo, y que esa es la única repercusión que cabe esperar del empaquetado genérico. Aduce que, sin embargo, esto es distinto de sostener que el empaquetado genérico provocó un aumento de la prevalencia del consumo de tabaco, cuando es evidente que el consumo de tabaco muestra una tendencia general negativa, y ello desde hace muchos años.

6.17. Australia considera que los resúmenes del Grupo Especial reflejan con exactitud las comunicaciones presentadas por Honduras. Observa que, en su primera comunicación escrita, Honduras aduce repetidas veces que las medidas TPP han dado o darán lugar a un aumento de la prevalencia del consumo de tabaco, o es "probable" que lo hagan.[411] Aunque algunos de los argumentos de Honduras se refieren al cambio a productos de menor precio, Honduras también aporta argumentos distintos relacionados con la teoría social, el análisis de datos posteriores a la implementación y el comercio ilícito de tabaco. En la medida en que el Grupo Especial acceda a la petición formulada por Honduras respecto de estos párrafos, Australia solicita que el Grupo Especial refleje íntegramente los argumentos de Honduras sobre estos aspectos. En respuesta a estas observaciones, el Grupo Especial ha modificado el párrafo 7.430 y ha ampliado su descripción de los argumentos pertinentes en los párrafos 7.426 a 7.429 a fin de proporcionar más contexto para las declaraciones de Honduras respecto los efectos de las medidas TPP, incluso en relación con su posible repercusión en la prevalencia del consumo de tabaco.

6.18. Honduras también solicita al Grupo Especial que modifique la descripción que hace de sus argumentos relativos a los determinantes del abandono y la recaída y a la repercusión del empaquetado genérico. En concreto, Honduras explica que su argumento de la "fruta prohibida" se planteó "como un 'último' punto" y "no constituye la esencia" de la argumentación desarrollada. Honduras solicita al Grupo Especial que sustituya su texto inicial por un resumen de su posición basado en su segunda comunicación escrita, que pongan de relieve la complejidad de los determinantes de las conductas tabáquicas y la falta de pruebas creíbles de que los logotipos, los elementos de la marca y otros aspectos del empaquetado del tabaco contribuyan, o puedan en principio contribuir, a conductas tabáquicas como el abandono y la recaída. En respuesta a esta solicitud, el Grupo Especial ha ampliado su descripción de los argumentos de Honduras en el párrafo 7.428, a fin de distinguir mejor los distintos aspectos a que hace referencia Honduras, incluidos los argumentos relacionados con los determinantes del abandono y la recaída y con un posible efecto de "fruta prohibida".

6.19. Honduras solicita al Grupo Especial que suprima una referencia a sus argumentos relativos a la repercusión prevista de las medidas TPP en la prevalencia del consumo de tabaco, en el párrafo 7.430. Australia considera que el texto actual refleja con precisión las comunicaciones de Honduras. En respuesta a esta observación, el Grupo Especial ha suprimido la frase en cuestión, dado que el argumento pertinente ha quedado reflejado de forma adecuada en el párrafo 7.427, modificado en respuesta a otras observaciones de Honduras señaladas *supra* en relación con la

[411] Véase la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 346, 347, 372, 392-400 y 888, y el epígrafe 5 c) de la página 89, titulado "Investigaciones en el ámbito de teorías de las ciencias sociales indican que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio no solo no contribuirán al objetivo de Australia, sino que *además darán lugar a un aumento de la prevalencia del consumo del tabaco*". (sin cursivas en el original)

descripción de sus argumentos relativos a los efectos de las medidas TPP en el consumo de tabaco.

6.20. Honduras solicita al Grupo Especial que suprima la referencia que hace, en su resumen de los argumentos en el párrafo 7.431, a dos estudios relacionados con la evaluación de las conductas reales en presencia del empaquetado genérico, o que la complemente para evitar posibles equívocos respecto de los resultados de esos estudios. En respuesta, el Grupo Especial ha suprimido la referencia a esos estudios, que no era necesaria en esta etapa de la descripción de los argumentos, puesto que los estudios concretos se examinan en partes posteriores del análisis del Grupo Especial.

6.21. Honduras solicita al Grupo Especial que añada una referencia a algunos de sus argumentos de réplica en relación con el recurso de Australia a las teorías conductuales. El Grupo Especial añadió una frase al párrafo 7.433 y la nota 1299 en respuesta a esta observación.

6.22. Australia solicita al Grupo Especial que aclare los argumentos de Australia y su referencia a la jurisprudencia previa con respecto al papel de las pruebas cualitativas en la demostración de una contribución. Honduras, la República Dominicana e Indonesia piden que, si el Grupo Especial accede a las modificaciones solicitadas, se reflejen íntegramente los argumentos de Australia, entre otras cosas, citando de forma más cabal las constataciones pertinentes del asunto *CE - Productos derivados de las focas* en que se apoya Australia. En respuesta a esta observación, el Grupo Especial ha ampliado la descripción de los argumentos de Australia en el párrafo 7.455, incluyendo el detalle adicional señalado por Honduras y la República Dominicana.

6.23. Australia solicita al Grupo Especial que modifique la última frase del párrafo 7.486 para añadir una referencia a su argumento de que el método más adecuado para realizar una evaluación correcta de la contribución en las circunstancias del presente asunto es una determinación en términos cualitativos. La República Dominicana e Indonesia se oponen a la modificación solicitada, puesto que el argumento en cuestión ya está recogido en otros párrafos. En respuesta a estas observaciones, el Grupo Especial ha accedido solo en parte a la inserción solicitada por Australia, teniendo en cuenta el hecho de que, como señalan la República Dominicana e Indonesia, este argumento ya está recogido en otros párrafos cercanos.

6.24. Australia también solicita al Grupo Especial que aclare que reconoció expresamente que el análisis cuantitativo de los efectos posteriores a la implementación de las medidas TPP es pertinente para el análisis de la contribución realizado por el Grupo Especial, incorporando referencias adicionales a sus argumentos. La República Dominicana se opone a la incorporación de la referencia adicional propuesta por Australia, dado que el argumento ya se ha resumido adecuadamente en otras partes del informe. Honduras tampoco considera necesario que se introduzcan los cambios solicitados por Australia, en vista de que el texto actual indica correctamente que el Grupo Especial está de acuerdo con la posición de los reclamantes de que las pruebas sobre la conducta tabáquica real deben ser parte integrante de una evaluación de la contribución. La República Dominicana no se opone a algunas de las modificaciones solicitadas por Australia, siempre que se aclare la posición de Australia. Observa que Australia ha modificado sustancialmente su posición acerca de la pertinencia de las pruebas posteriores a la implementación relacionadas con la conducta tabáquica real, de modo que, si el Grupo Especial aceptase las modificaciones propuestas por Australia, debería agregar texto al final del párrafo que refleje la evolución de la posición de Australia a este respecto en el curso de las actuaciones. En respuesta a estas observaciones, el Grupo Especial ha detallado la descripción más detallada de los argumentos de Australia en el párrafo 7.494 y la nota 1448 y ha reformulado su conclusión en el párrafo 7.497.

6.25. Australia solicita que se modifique la segunda frase del párrafo 7.510 para que quede reflejado que no se ha apoyado en el estudio de White *et al.* 2015b a que se hace referencia en dicha frase. Sin embargo, Honduras considera que ese texto remite a los capítulos expositivos de los presentes informes, a cuyo respecto las partes ya han tenido ocasión de formular observaciones. La República Dominicana e Indonesia observan que los expertos de Australia se apoyan en el estudio en cuestión y, por tanto, solicitan que, si el Grupo Especial modifica ese texto, lo haga para indicar este hecho. En respuesta, el Grupo Especial ha modificado el texto pertinente para aclarar que el material de que se trata guarda relación con estudios en que se apoyaron Australia o sus expertos.

6.26. Australia solicita al Grupo Especial que añada, en el párrafo 7.535, una referencia a la observación del Profesor Fong de que el análisis de las pruebas posteriores a la implementación realizado por los propios expertos de los reclamantes confirma que las medidas han surtido los efectos previstos por los estudios anteriores a la implementación. La República Dominicana e Indonesia observan que en esta sección de los presentes informes no se abordan las pruebas posteriores a la implementación y piden que, si el Grupo Especial añade los argumentos solicitados por Australia, también refleje la respuesta de la República Dominicana y Honduras a dichos argumentos. El Grupo Especial se abstiene de introducir los cambios de redacción solicitados puesto que, como señalan Honduras e Indonesia, esa sección de los presentes informes no se ocupa de las pruebas posteriores a la implementación, que se abordan por separado en la sección 7.2.5.3.6.

6.27. Australia solicita al Grupo Especial que modifique la primera frase del párrafo 7.536 para evitar dar a entender erróneamente que los argumentos de Australia relativos al análisis de las publicaciones TPP se limitaban a los desafíos inherentes en la evaluación de políticas a nivel nacional. La República Dominicana se opone a la solicitud de Australia, y observa que el texto actual resume casi literalmente el argumento del Profesor Fong, mientras que la adición solicitada no forma parte de ese argumento y alteraría su sentido. En respuesta, el Grupo Especial ha modificado el texto en cuestión para evitar la posible consecuencia señalada por Australia, pero se abstiene de añadir el argumento adicional solicitado por dicho país, que se aborda por separado más adelante en la misma sección.

6.28. Honduras solicita al Grupo Especial que añada una referencia, en el párrafo 7.557, a las observaciones del Profesor Klick acerca de la utilización de experimentos aleatorizados sobre el terreno para fundamentar la política pública "en otros contextos". Australia pide que, si el Grupo Especial acepta incorporar la referencia solicitada, refleje asimismo las pruebas y los argumentos de Australia respecto del carácter único de la salud pública como contexto para la puesta a prueba de las medidas de control del tabaco. El Grupo Especial no considera necesario, en esta parte de su análisis, ahondar en la función de los experimentos aleatorizados en "otros contextos", dado que el núcleo del análisis se limita al contexto concreto sometido al Grupo Especial, es decir, las medidas TPP.

6.29. Australia solicita que el Grupo Especial incluya en el párrafo 7.557 una referencia a la conclusión formulada más adelante por el Grupo Especial en relación con las limitaciones prácticas y éticas de la realización de un estudio "ideal". La República Dominicana no se opone a esta solicitud. Honduras considera que no es necesario ni conveniente incorporar la referencia solicitada, puesto que se confundiría el análisis del tema central de los estudios TPP con la "evaluación global" más general que sigue a continuación. El Grupo Especial no considera necesario añadir la referencia solicitada por Australia, dado que inmediatamente después de ese párrafo, y hasta el párrafo 7.561 inclusive, se realiza un análisis pormenorizado de las limitaciones prácticas y éticas de la realización de estudios experimentales "ideales" en el contexto del empaquetado genérico del tabaco.

6.30. Honduras solicita al Grupo Especial que modifique el párrafo 7.562 para evitar dar a entender que la falta de un experimento ideal fue el único motivo por el que los reclamantes sostuvieron que los estudios anteriores a la implementación debían desestimarse como base probatoria para la adopción de las medidas TPP. Australia no cree que haya fundamento para suprimir el pasaje en cuestión, en vista de que, a su juicio, no puede dar la idea que afirma Honduras. En respuesta a esta observación, el Grupo Especial ha aclarado la redacción del pasaje pertinente.

6.31. Honduras solicita al Grupo Especial que contemple la posibilidad de reformular su resumen general de las conclusiones de los exámenes de las publicaciones TPP realizados por sus expertos para poner de manifiesto la focalización de los reclamantes en el hecho de que los estudios "no constituyen un fundamento sólido sobre el que basar las alegaciones sobre los efectos previstos del empaquetado genérico en la conducta tabáquica". Australia considera que el texto actual refleja con precisión la conclusión de los examinadores de los estudios de que se trata. En respuesta a esta observación, el Grupo Especial ha reformulado su descripción de las conclusiones de los expertos de los reclamantes acerca de las publicaciones TPP en los párrafos 7.583 y 7.626.

6.32. Honduras solicita al Grupo Especial que revise su referencia a las cualificaciones médicas de Sir Cyril Chantler, en el párrafo 7.598, para reflejar la afirmación del Profesor Klick que expresa

reservas sobre la pertinencia de esa formación médica a efectos de examinar la solidez metodológica de los estudios TPP anteriores a la implementación. En respuesta, el Grupo Especial ha suprimido la referencia a las cualificaciones de Sir Cyril Chantler, en consonancia con el enfoque general adoptado, que no incluye referencias a las cualificaciones de los distintos expertos.

6.33. Australia solicita que el Grupo Especial añada, en el párrafo 7.608, una referencia a sus argumentos de que, al adoptar el empaquetado genérico del tabaco "como primera medida de salud pública mundial", se basó en la recomendación explícita de las Partes en el CMCT y en el consenso casi unánime sobre el vínculo causal entre la publicidad del tabaco y la conducta tabáquica reflejado en análisis publicados realizados por organismos internacionales muy respetados. Honduras considera que, si el Grupo Especial acepta incorporar los argumentos de Australia "con los que se intenta justificar" la ausencia de un examen sistemático o cualquier otro examen exhaustivo de las pruebas antes de la adopción de las medidas, debe también abordar la cuestión de si esos argumentos son importantes y pertinentes en este contexto, y tratar los numerosos contraargumentos esgrimidos por los reclamantes acerca de tales aspectos. La República Dominicana no se opone a la solicitud de Australia, a condición de que se reflejen plenamente tanto los argumentos de Australia como las respuestas de la República Dominicana. Indonesia observa que las adiciones solicitadas por Australia no guardan relación con el tema tratado en el párrafo en cuestión y solicita que, si el Grupo Especial acepta tales adiciones, incorpore también los argumentos de Indonesia y de los demás reclamantes relativos a esos aspectos. En respuesta, el Grupo Especial ha añadido en la nota 1687 una referencia a las indicaciones de Australia con respecto a la base probatoria en que se apoyó para adoptar las medidas TPP. Sin embargo, el Grupo Especial no estimó necesario un análisis detallado de las limitaciones o fundamentos relativos de cada una de esas fuentes como base probatoria para las medidas en esta sección de sus informes, en la que se examinan los análisis de las publicaciones TPP. Esas cuestiones se abordan en otras partes del análisis del Grupo Especial, entre ellas, por lo que se refiere al CMCT y sus instrumentos conexos, los párrafos 7.404 a 7.417, que, como se indica *supra*, se han ampliado en respuesta a otra petición de reexamen formulada por Honduras.

6.34. Honduras solicita al Grupo Especial que aclare el sujeto de una de las frases del párrafo 7.634. El Grupo Especial ha modificado la frase para que quede claro cuál es el sujeto.

6.6 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3.5.2 (Primer mecanismo: repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores)

6.35. Honduras solicita al Grupo Especial que en el párrafo 7.656 mencione la distinción que ha hecho entre comunicación y publicidad. Aunque esta distinción ya había quedado reflejada en párrafos anteriores, el Grupo Especial ha añadido una referencia a ella en este párrafo.

6.36. Honduras solicita al Grupo Especial que añada otra referencia, en el párrafo 7.692, a su argumento de que las teorías conductuales a que hace alusión Australia son teorías basadas en la intención, y no en la acción. Australia señaló que esta idea ya constaba en un párrafo anterior y pidió que, si el Grupo Especial accedía a la adición solicitada por Honduras, incorporara también una referencia a la frase siguiente a aquella a la que se refiere Honduras en sus argumentos, a efectos de indicar que esas teorías pueden generar hipótesis útiles acerca de la posible presencia o ausencia de un vínculo causal entre determinados constructos y conductas específicas. En respuesta, el Grupo Especial ha ampliado su referencia a las ideas pertinentes del Profesor Ajzen en el párrafo en que ya se abordaban, a saber, el 7.696.

6.37. Australia solicita al Grupo Especial que modifique, en el párrafo 7.693, las referencias a su recurso a las teorías conductuales. Australia explica que no se ha apoyado en la TAR o la TCP del Profesor Ajzen y que, en cambio, el Profesor Fong hace una única referencia a la TAR en el marco de su examen de las pruebas existentes sobre el vínculo entre el atractivo de los productos de tabaco y las conductas tabáquicas. Honduras se opone a la solicitud de Australia, y señala que Australia y sus expertos sin lugar a dudas se han apoyado en esa teoría y en teorías conductuales conexas. La República Dominicana se opone igualmente a la modificación solicitada, y cita el informe del Profesor Fong en el que se afirma que "las teorías de la psicología social, en especial la 'teoría de la acción razonada' (Fishbein & Ajzen 1975), y las investigaciones derivadas de esas teorías, han demostrado claramente que las actitudes están efectivamente relacionadas con la conducta", así como la figura conexa utilizada por el Profesor Fong, en la que se describe la TCP. En vista de ello, la República Dominicana considera que el Grupo Especial constata correctamente

que Australia se ha apoyado en las teorías conductuales del Profesor Ajzen en el curso de las actuaciones. Indonesia también se opone a la solicitud de Australia, y señala de igual modo la referencia que se hace en el informe del Profesor Fong a la TAR como fundamento para una explicación de la razón por la que las actitudes son importantes para la conducta y el argumento de que el logro de cambios en las actitudes y la conducta a través de objetivos específicos dará lugar con el tiempo a cambios en la conducta tabáquica. En respuesta, el Grupo Especial ha reformulado su descripción del recurso de Australia a las teorías pertinentes en los párrafos 7.693 y 7.697, para que se ajuste más a la terminología empleada por el Profesor Fong, que hace referencia a "teorías de psicología social", con inclusión de la TAR y las investigaciones conexas.

6.38. Honduras solicita al Grupo Especial que revise su resumen sobre el grado de "desacuerdo" entre las partes con respecto a la relación entre, por un lado, las actitudes y las percepciones y, por otro, las intenciones y las subsiguientes conductas. Australia considera que el resumen del Grupo Especial constituye una apreciación exacta de las pruebas sometidas al Grupo Especial y de los puntos de discrepancia entre las partes. En respuesta a esas observaciones, el Grupo Especial ha reformulado ese pasaje en el párrafo 7.699 para centrar más directamente la atención en lo que a su entender es el principal punto de desacuerdo al respecto.

6.39. Honduras solicita al Grupo Especial que reexamine la formulación de su descripción de determinados elementos de los informes de expertos presentados por la República Dominicana y Honduras en relación con la función de los elementos de la marca, como los colores o los logotipos, en la saliencia de un paquete. Australia considera que el pasaje de la comunicación de Honduras a que hace referencia Honduras para respaldar esta solicitud no contradice las conclusiones del Grupo Especial. En respuesta a estas observaciones, hemos aclarado los pasajes pertinentes en los párrafos 7.768 y 7.769.

6.7 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3.5.3 (Segundo mecanismo: repercusión de las medidas TPP en la eficacia de las ASG)

6.40. Honduras solicita al Grupo Especial que añada una referencia al análisis que hace el Profesor Viscusi de los resultados del estudio basado en los movimientos oculares con respecto a los fumadores habituales (a saber, que "los resultados del estudio no indicaron que los paquetes genéricos tuvieran ninguna ventaja en el caso de los fumadores habituales, aunque la índole de la prueba de seguimiento visual inclinaría de antemano el estudio hacia la constatación de tal efecto respecto de los paquetes genéricos"). En respuesta, hemos introducido la referencia solicitada en la nota 2228 al párrafo 7.818 y hemos añadido un resumen de las principales constataciones y conclusiones de Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)) con respecto a los tres subgrupos estudiados.

6.41. Australia solicita que se incorpore el término "elusión" en la descripción del modelo conceptual para la evaluación de la eficacia de las ASG, en la segunda frase del párrafo 7.851. Honduras observa que la prueba documental citada por Australia en apoyo de esta petición no contiene dicho término y que, en cualquier caso, el texto actual se corresponde adecuadamente con el título de la sección (que atañe a las intenciones de dejar de fumar y las conductas tabáquicas), por lo que la incorporación solicitada no es necesaria ni procedente. La República Dominicana no se opuso a la solicitud. En respuesta, el Grupo Especial ha accedido a incorporar el término "elusión" en la frase en cuestión. Si bien, como señala Honduras, la referencia a la prueba documental citada por Australia no arroja luz sobre la pertinencia de este término, su inclusión en la descripción del modelo está en consonancia con la representación que se hace de este en la figura 14.

6.42. Honduras solicita al Grupo Especial que revise el texto del párrafo 7.862, que a su juicio contiene dos "saltos lógicos" en el análisis y no refleja correctamente los puntos de vista de Honduras y sus expertos. Australia sostiene que los argumentos esgrimidos por Honduras en respaldo de esta petición de reexamen son acordes con las afirmaciones formuladas por el Grupo Especial en el párrafo anterior de los presentes informes, y asevera que Honduras ha malinterpretado la conclusión del Grupo Especial. En respuesta a estas observaciones, el Grupo Especial ha revisado el párrafo 7.862 para aclarar su razonamiento.

6.8 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3.5.4 (Tercer mecanismo: reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar)

6.43. Honduras sostiene que el párrafo 7.892 no refleja con exactitud su "argumento principal" respecto de la capacidad de las medidas TPP de reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar. Honduras afirma que su "argumento principal" con respecto a esta cuestión consiste en que no hay ninguna probabilidad de que una marca de fábrica o de comercio que aparezca en el espacio restante de un paquete con una ASG del 75% provoque efectos que induzcan a error, y no en que las medidas TPP son innecesarias porque el marco reglamentario vigente de Australia establece un mecanismo jurídico a través del cual se puede eliminar del mercado cualquier elemento del empaquetado que induzca a error. Señalamos que Honduras no facilita ninguna referencia concreta para respaldar su afirmación acerca de la primacía de ese argumento sobre su argumento de que la existencia de cualquier elemento de diseño del empaquetado que induzca a error se puede abordar efectivamente en el marco de la Ley Australiana de Protección al Consumidor.[412] Los argumentos de las partes relativos a la capacidad de las medidas TPP de contribuir mediante sus mecanismos a su objetivo de salud pública en el contexto específico de Australia, en el que las ASG cubren un 75% de la cara anterior del paquete, se reconocen y examinan en los párrafos 7.615 a 7.620, en el marco del análisis de las publicaciones TPP y de la base probatoria que subyace al diseño y la estructura de las medidas. No obstante, en vista de la solicitud de Honduras, hemos aclarado nuestra referencia al análisis de las publicaciones TPP en el párrafo 7.872; hemos añadido referencias a ese análisis en los párrafos 7.896 y 7.918; y hemos ampliado nuestro resumen de las constataciones de Parr *et al.* 2011b en la nota 1718 al párrafo 7.620. Además, hemos añadido frases aclaratorias en el párrafo 7.660 y la nota 1813 en relación con la capacidad comunicativa de un paquete con una ASG del 75%. También hemos introducido cambios adicionales en la redacción de los párrafos 7.876, 7.892 a 7.894, 7.896 a 7.899, 7.902, 7.905, 7.907, 7.918 y 7.928 para aclarar las conclusiones del Grupo Especial y los argumentos de las partes con respecto a este mecanismo.

6.44. Honduras solicita al Grupo Especial que añada una referencia a su propio argumento similar a la de la República Dominicana que figura en el párrafo 7.935. El Grupo Especial ha accedido a esta solicitud.

6.45. Honduras solicita al Grupo Especial que, o bien incluya en la nota 2546 al párrafo 7.979 una referencia a los argumentos de réplica del Profesor Neven, o bien suprima esa nota. Australia observa que ha presentado un informe de contrarréplica del Profesor Katz que responde de forma pormenorizada a la réplica del Profesor Neven. Aunque considera que el texto actual de la nota constituye una apreciación exacta de las pruebas sometidas al Grupo Especial, Australia solicita que, si este acepta la petición de Honduras de hacer referencia al informe de réplica del Profesor Neven, incluya también una referencia al informe de contrarréplica del Profesor Katz. En respuesta a estas observaciones, el Grupo Especial ha ampliado su análisis para incluir referencias tanto al informe de réplica del Profesor Neven como al informe de contrarréplica del Profesor Katz.

6.9 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.3.7 (Repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito)

6.46. Australia solicita al Grupo Especial que aclare, en el párrafo 7.1005, la fuente de los datos utilizados por el Profesor Chaloupka para estimar el consumo de tabaco ilícito. El Grupo Especial ha modificado el párrafo conforme a lo solicitado.

[412] Observamos que, en su primera comunicación escrita, Honduras afirma lo siguiente: "las medidas de empaquetado genérico parecen estar basadas en el supuesto de que las *porciones residuales del paquete* reguladas por estas podrían inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco". Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 518 (las cursivas figuran en el original). Esta afirmación figura en el párrafo introductorio de una sección titulada "Las medidas de empaquetado genérico son superfluas porque Australia ya tiene un marco legislativo sólido para abordar las conductas que induzcan a error o sean engañosas".

6.10 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.4 (La restrictividad del comercio de las medidas TPP)

6.47. Honduras solicita al Grupo Especial que contemple la posibilidad de utilizar un texto distinto, extraído de su segunda comunicación escrita, como base para el resumen de sus argumentos relativos a la restrictividad del comercio de las medidas, en el párrafo 7.1090. El Grupo Especial ha aceptado la modificación solicitada.

6.48. Australia solicita al Grupo Especial que revise la última frase del párrafo 7.1131 para aclarar que el argumento relativo a las pruebas de los efectos reales en el comercio se planteó específicamente a la luz las declaraciones del Órgano de Apelación en la diferencia *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*. Honduras considera que la revisión solicitada es innecesaria, ya que el Grupo Especial indica esta jurisprudencia en otras partes del informe. La República Dominicana e Indonesia no se oponen a la solicitud de Australia, siempre que se refleje con exactitud el argumento inicial de Australia. El Grupo Especial ha modificado el párrafo atendiendo en parte a lo solicitado, en vista de las observaciones de los reclamantes.

6.49. Honduras solicita al Grupo Especial que "resuma con mayor exactitud" sus argumentos relativos a la repercusión de las medidas en los obstáculos a la entrada y participación en el mercado, en el párrafo 7.1172, al principio del apartado titulado "La cuestión de si las medidas TPP crean obstáculos a la entrada en el mercado australiano". El Grupo Especial se abstiene de introducir esta modificación, puesto que dicho apartado atañe a los obstáculos a la entrada, y no a los obstáculos a la "participación" en el mercado de manera más general, cuestión que se aborda en otras partes de la sección 7.2.5.4.2.3.

6.50. Honduras solicita al Grupo Especial que modifique el párrafo 7.1189, de modo que comience con un panorama general de sus argumentos relativos al cambio a productos de menor precio haciendo referencia a su segunda comunicación escrita. El Grupo Especial ha añadido referencias al pasaje señalado por Honduras, aunque no con el nivel de detalle solicitado.

6.11 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.5.2.2 (La gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo)

6.51. Australia solicita que el Grupo Especial modifique la descripción que hace en el párrafo 7.1320 del funcionamiento del artículo 15 de la Ley TPP para reflejar que se trata de una "cláusula de salvedad" destinada a preservar en la mayor medida posible las prescripciones de la Ley TPP en el caso de que se declarase incompatible con la Constitución australiana. Indonesia afirma que la petición formulada por Australia es innecesaria y sostiene que el párrafo en cuestión describe correctamente el efecto del artículo 15 en la práctica. El Grupo Especial ha reformulado este párrafo para distinguir más claramente la finalidad del artículo 15 de sus consecuencias prácticas.

6.12 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.6.1 (La cuestión de si hay medidas alternativas menos restrictivas del comercio razonablemente disponibles para Australia: enfoque del Grupo Especial)

6.52. Australia solicita que el Grupo Especial aclare que los argumentos que ha presentado en relación con la restrictividad del comercio y las "oportunidades de competencia" o las "libertades", enunciados en la cuarta frase del párrafo 7.1361, se han esgrimido en respuesta a los argumentos formulados por los reclamantes. Honduras e Indonesia se oponen a la caracterización de los argumentos de los reclamantes que propone Australia. La República Dominicana e Indonesia también sostienen que la aclaración propuesta es innecesaria, puesto que del contexto de la frase en cuestión se desprende claramente que Australia formula esos argumentos en respuesta a los de los reclamantes. El Grupo Especial acepta en parte la petición de Australia, y ha modificado la frase en cuestión para indicar que los argumentos de Australia se formulan en respuesta a los argumentos de los reclamantes relativos a la limitación de las "oportunidades de competencia" y las "libertades".

6.53. Honduras solicita al Grupo Especial que añada, en el párrafo 7.1379, una referencia a sus argumentos similar a la que se hace en el caso de la República Dominicana en relación con las

resoluciones del Grupo Especial que examinó el asunto *China - Tierras raras*. El Grupo Especial ha añadido esta referencia en la nota 3349.

6.13 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.6.2 (Primera medida alternativa propuesta: aumento de la EMCL)

6.54. Honduras solicita que, en el párrafo 7.1395, se faciliten más detalles sobre el aumento de la EMCL propuesto y las razones por las que Honduras presenta esa propuesta. El Grupo Especial ha accedido a facilitar parte de la información adicional solicitada, con un nivel de detalle comparable al ofrecido respecto de otros reclamantes.

6.55. Australia solicita al Grupo Especial que aclare, en el párrafo 7.1412, que su argumento en relación con la repercusión de un aumento de la EMCL en las oportunidades de competencia se esgrimió en respuesta a la interpretación de la restrictividad del comercio hecha por los reclamantes. Honduras no planteó objeciones a la petición, pero la República Dominicana e Indonesia se opusieron a ella por considerarla innecesaria. El Grupo Especial accedió a incorporar la aclaración solicitada.

6.56. Australia solicitó al Grupo Especial que añadiera una referencia en el párrafo 7.1433 a su recurso al informe de Chaloupka relativo a la salud pública. El Grupo Especial ha accedido a hacer la adición solicitada.

6.57. Australia solicitó al Grupo Especial que aclarase que su argumento relativo a la falta de certeza sobre la repercusión inmediata de la alternativa propuesta se planteó en respuesta a los argumentos presentados por los reclamantes, y que reflejara con más precisión la formulación de sus argumentos a ese respecto. El Grupo Especial aclaró el texto pertinente del párrafo 7.1440 para reflejar los términos del argumento de Australia con más precisión.

6.58. Australia solicita que el Grupo Especial suprima la referencia a una contribución "significativa" que figura en la primera frase del párrafo 7.1453 y en la primera parte de la segunda frase del párrafo 7.1470 y constate, en cambio, que el aumento de la EMCL a 21 años sería, en principio, adecuado para contribuir al objetivo de Australia. La República Dominicana, Honduras e Indonesia solicitaron al Grupo Especial que rechazara la petición de Australia porque, entre otras cosas, está reñida con el enfoque declarado del Grupo Especial consistente en evaluar en primer lugar si la medida alternativa propuesta haría alguna contribución al objetivo de la medida TPP y, seguidamente, el grado de esa contribución. En los párrafos 7.1366 a 7.1370, explicamos el enfoque que adoptamos para evaluar si una medida alternativa propuesta hace una contribución al objetivo equivalente a la de la medida impugnada y afirmamos que esa evaluación se basa en determinar "con la mayor precisión posible, a la luz de la totalidad de las pruebas pertinentes de que disponemos, el grado de contribución que las alternativas propuestas harían al objetivo". Como observan algunos reclamantes, el texto cuya modificación solicita Australia refleja la evaluación que realiza el Grupo Especial del grado en que esta alternativa puede contribuir al objetivo de Australia, como elemento de la evaluación global que realiza de esta medida propuesta en cuanto posible alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio. Por consiguiente, nos hemos abstenido de modificar la primera frase del párrafo 7.1453 y la primera parte de la segunda frase del párrafo 7.1470.

6.59. Australia solicita al Grupo Especial que estudie la posibilidad de añadir, en su conclusión general sobre el aumento de la EMCL como alternativa a las medidas TPP, una referencia a su constatación anterior de que "el aumento de la EMCL no afectaría a la iniciación, el abandono o la recaída en ningún grupo de edad por encima de los 21 años". La República Dominicana solicita al Grupo Especial que rechace esta petición, dado que Australia no explica por qué el Grupo Especial debería seleccionar esta constatación intermedia para incluirla en ese párrafo, en el que simplemente expone sus conclusiones generales. De manera análoga, Indonesia solicita al Grupo Especial que rechace esta petición, puesto que esa frase no sería necesaria para el resumen que hace el Grupo Especial de su conclusión general. El Grupo Especial se ha abstenido de añadir la frase que se solicita en el párrafo 7.1470, cuya finalidad es exponer la conclusión general del Grupo Especial y no entrar en detalles sobre las constataciones anteriores que sirven de fundamento a esa conclusión. Ello, sin embargo, no menoscaba de modo alguno las determinaciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.1459 y 7.1460, ni su importancia

para la evaluación por este de si el aumento de la EMLC a 21 años haría una contribución al objetivo de Australia equivalente a la de las medidas TPP.

6.60. Australia solicita al Grupo Especial que modifique el párrafo 7.1505 para aclarar sus argumentos relativos a la distinción entre los objetivos y los mecanismos específicos de las medidas TPP y reflejar sus otros argumentos sobre la evaluación del grado de contribución equivalente en el contexto de una política integral. Australia solicita también al Grupo Especial que añada, en ese párrafo, una referencia a la réplica del Profesor Chaloupka a la afirmación de la República Dominicana de que Chaloupka no consideraba que la tributación fuera eficaz en lo que respecta al inicio del consumo de tabaco. Honduras, la República Dominicana e Indonesia se oponen a estas peticiones, y señalan que los pasajes cuya supresión solicita Australia reflejan con exactitud los argumentos de esta. La República Dominicana observa que los argumentos que Australia solicita se añadan en relación con las constataciones del Órgano de Apelación en la diferencia *Brasil - Neumáticos recauchutados* se abordan en otras partes del análisis del Grupo Especial. En respuesta, el Grupo Especial se abstiene de suprimir y sustituir las referencias que se hacen en este párrafo a argumentos formulados en la primera comunicación escrita de Australia, pero ha aceptado añadir una referencia a la respuesta del Profesor Chaloupka a las afirmaciones de la República Dominicana relativas a las conclusiones de Chaloupka sobre el efecto de la tributación en el inicio del consumo del tabaco y ha incorporado referencias complementarias en las notas 3581 y 3583.

6.14 Peticiones de reexamen de la sección 7.2.5.6.3 (Segunda medida alternativa propuesta: aumento de la tributación de los productos de tabaco)

6.61. Honduras solicita al Grupo Especial que refleje en el párrafo 7.1497 su argumento de que Australia no refutó las afirmaciones de Honduras de que los impuestos de Australia sobre el tabaco están por debajo del nivel recomendado por la OMS. Australia discrepa de la aseveración de Honduras de que no refutó ese argumento y se remite a varias de sus comunicaciones e informes de expertos pertinentes en los que se aborda ese aspecto. El Grupo Especial se abstiene de hacer referencias adicionales a esos argumentos en el párrafo de que se trata, puesto que la cuestión se examina más avanzado su análisis, en el párrafo 7.1521.

6.62. Australia solicita al Grupo Especial que suprima el término "significativa" de los párrafos 7.1523 y 7.1544 en el marco del análisis que este realiza de la contribución que un aumento de la tributación podría hacer al objetivo de Australia. Honduras, la República Dominicana e Indonesia se oponen a esta petición por razones análogas a las expuestas *supra* respecto del mismo término, empleado en relación con la primera medida alternativa propuesta. Por las mismas razones que se aportan en respuesta a idéntica petición, realizada en el contexto de la EMCL, el Grupo Especial se abstiene de modificar el texto de esos párrafos según lo solicitado. No obstante, el Grupo Especial ha modificado ligeramente el párrafo 7.1523 para que haya coherencia textual entre los análisis de las cuatro alternativas.

6.63. Australia solicita al Grupo Especial que modifique parte del texto del párrafo 7.1682 para armonizarlo con la descripción del sistema de escrutinio previo realizada en párrafos anteriores. El Grupo Especial ha aceptado modificar ese texto como propone Australia.

6.64. Australia solicita al Grupo Especial que en el párrafo 7.1694 incluya una referencia a sus argumentos de que los gastos que supondrían los litigios en el marco del sistema de escrutinio previo harían que ese sistema tuviera un costo prohibitivo. El Grupo Especial ha accedido a incorporar esa referencia.

6.65. Australia solicita al Grupo Especial que en el párrafo 7.1719 añada una referencia a su argumento de que, como las alternativas propuestas por los reclamantes no se pueden sostener por sí solas y deben implementarse de forma acumulativa para que hagan una contribución equivalente a la de las medidas TPP, su restrictividad del comercio debe evaluarse de forma acumulativa, lo que necesariamente aumentará el grado de restrictividad del comercio de las alternativas en comparación con las medidas TPP. Honduras considera que, como en ese párrafo se expone la evaluación que hace el Grupo Especial de los principales argumentos, no parecería oportuno incorporar la descripción de un argumento "oculto en una observación sobre una respuesta" o pedir que se modifiquen las constataciones del Grupo Especial con respecto a ese argumento. La República Dominicana no se opuso a esta petición. El Grupo Especial no ha

considerado necesario modificar el párrafo 7.1719 para que quedara recogido ese argumento, en vista de las demás determinaciones formuladas en esta sección.

6.15 Peticiones de reexamen de la sección 7.3.2 (Párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC)

6.66. Honduras solicita que se amplíe el resumen que hace el Grupo Especial de los argumentos formulados por los reclamantes al amparo del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC en el párrafo 7.1879, de modo que incluya el argumento de que los signos que ya han adquirido un carácter distintivo y han sido registrados no podrían mantener tal carácter o seguir estando registrados y, por consiguiente, perderán la protección derivada del registro como consecuencia de las medidas TPP. Honduras sostiene que se refirió a este efecto en los párrafos 245 y 261 de su segunda comunicación escrita, y se remite a dos pasajes de sus comunicaciones para respaldar esta petición. El primero expresa el desacuerdo de Honduras con el argumento de Australia de que el artículo 28 de la Ley TPP remedia los efectos negativos de las medidas TPP sobre la *posibilidad de registro* de las marcas que no sean intrínsecamente distintivas, pero no hace referencia a las marcas *ya registradas*.[413] En el segundo pasaje, Honduras aduce que las medidas TPP reducirán el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas que incluyan un signo que no sea intrínsecamente distintivo y, de este modo, el titular de la marca perderá su capacidad de limitar el uso infractor, *lo que infringe el párrafo 1 del artículo 16*. Ese párrafo no guarda relación con el párrafo 4 del artículo 15, ni se refiere a la imposibilidad de que una marca de fábrica o de comercio registrada *siga estando registrada*.[414] Por consiguiente, nos abstenemos de modificar la descripción de los argumentos formulados por Honduras al amparo del párrafo 4 del artículo 15. No obstante, hemos hecho referencias adicionales a los pasajes a que se remite Honduras en las notas 4252 y 4302 a los párrafos 7.1879 y 7.1919, respectivamente.

6.16 Peticiones de reexamen de la sección 7.3.3 (Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC)

6.67. Honduras solicita que el Grupo Especial modifique el resumen que hace del argumento de Cuba en el párrafo 7.1916 para reflejar que también adujo que las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC al debilitar el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio no intrínsecamente distintivas y de ese modo hacer que puedan ser objeto de procedimientos de anulación. Honduras solicita asimismo que se modifique el párrafo 7.2033 de modo análogo.

6.68. En el párrafo 7.1916 ofrecemos un panorama general de los argumentos planteados por los reclamantes en relación con el párrafo 1 del artículo 16. En ese panorama general, indicamos que solo Cuba ha aducido expresamente que el hecho de que determinadas marcas de fábrica o de comercio puedan ser *objeto* de procedimientos de *anulación* como consecuencia de las medidas TPP constituye una infracción del párrafo 1 del artículo 16. En el párrafo 7.2033 se resume de forma más completa esa serie de argumentos esgrimidos por Cuba. Honduras sostiene que también planteó este argumento en el párrafo 261 de su segunda comunicación escrita, respaldado por el párrafo 243 de su primera comunicación escrita. Observamos que en el párrafo 261 de su segunda comunicación escrita, Honduras aduce que, como consecuencia de las medidas TPP, el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio registrada disminuirá hasta el punto en que ya no se considerará que esta tenga tal carácter, y el titular de esa marca registrada perderá su *capacidad de limitar el uso infractor*. En el párrafo 243 de la primera comunicación escrita de Honduras se explica que ello se debe a que "se reduce el universo de marcas de fábrica o de comercio similares que un consumidor podría confundir con la marca de fábrica o de comercio original" y que el derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio de *impedir que terceros la utilicen sin autorización* se verá comprometido, puesto que ya no se considerará que otras marcas son "similares" a la marca original. Honduras también ha argumentado que el artículo 28 de la Ley TPP "no se ocupa del … deterioro del carácter distintivo

[413] La opinión que se expresa en el párrafo 245 de la segunda comunicación escrita de Honduras está recogida en la cuarta frase del párrafo 7.1879 de los presentes informes y se hace referencia a ella en la respectiva nota 4252.

[414] La opinión que se expresa en el párrafo 261 de la segunda comunicación escrita de Honduras está recogida en el párrafo 7.1919 de los presentes informes, en la sección en la que se resumen los principales argumentos de los reclamantes con respecto a sus alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 16.

ni, por consiguiente, del *alcance de la protección*" o del "mantenimiento de la protección de las marcas relativas al tabaco respecto de su posible *uso por terceros*".[415] En la sección 7.3.3.4.2 hemos resumido y abordado los argumentos planteados por los reclamantes, entre ellos Honduras, acerca de si las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16 porque la prohibición del uso de ciertas marcas de fábrica o de comercio reduce su carácter distintivo y, por lo tanto, la capacidad del titular de la marca para demostrar que hay probabilidad de confusión.[416]

6.69. Dado que hemos abordado los argumentos expuestos en los párrafos a que hace referencia Honduras en otra sección, y que en ninguno de esos párrafos se mencionan las posibles consecuencias de las medidas TPP relativas a la *anulación de una marca de fábrica o de comercio registrada*, nos abstenemos de modificar los párrafos 7.1916 y 7.2033. No obstante, en respuesta a las peticiones de Honduras, hemos modificado la nota 4526 al párrafo 7.2033, entre otras cosas mediante la incorporación de una referencia a la sección 7.3.3.4.2.

6.70. Honduras solicita que, en el párrafo 7.1919, el Grupo Especial no se refiera al Profesor Dinwoodie como "experto de Ucrania", sino como experto "en que se apoyan" los reclamantes, tal como hace en el párrafo 7.1752. Observamos que el propio Honduras se refiere al Profesor Dinwoodie como experto de Ucrania en los párrafos 240 y 244 de su primera comunicación escrita. Aun así, hemos modificado el párrafo 7.1919 para mayor claridad y para armonizar el texto con el del párrafo 7.1752.

6.71. Honduras alega que el hecho de que, en la primera frase del párrafo 7.1966, el Grupo Especial centre su atención en la capacidad de mostrar la existencia de confusión no refleja con exactitud su argumento, que, según sostiene, se centra en la repercusión de la fuerza de la marca sobre la evaluación normativa de la probabilidad de confusión que es pertinente en el contexto de los procedimientos por infracción. Honduras solicita que se sustituya la frase "para mostrar la existencia de confusión en el mercado y por ende de infracción" por la frase "para proteger la marca y por ende defenderse contra la infracción". Australia se opone a esta petición, puesto que considera que el texto en cuestión refleja con exactitud las comunicaciones anteriores de Honduras. Australia señala que, en su segunda comunicación escrita, Honduras misma hace referencia a la responsabilidad del titular de la marca de fábrica o de comercio de demostrar que existe probabilidad de confusión.

6.72. Observamos que Honduras ha aducido que "la evaluación de la 'probabilidad de confusión' constituye una evaluación normativa que es pertinente en el contexto de cualquier procedimiento por infracción" y que "[l]a fuerza de la marca es un aspecto fundamental de esa evaluación de la 'probabilidad de confusión'".[417] Honduras añade que "[l]a 'probabilidad de confusión' es algo *que siempre debe demostrar el titular de la marca de fábrica o de comercio* en el contexto de un procedimiento por infracción al tratar de impedir el uso por terceros no autorizados de signos similares en productos similares y proteger el carácter distintivo de la marca".[418] En respuesta a esta petición, hemos modificado el párrafo 7.1966 para reflejar más ajustadamente los términos empleados por Honduras respecto de la capacidad de demostrar que existe probabilidad de confusión y hemos incluido en las notas 4448 y 4471 a los párrafos 7.1982 y 7.1999, respectivamente, referencias adicionales para reflejar de manera más completa los argumentos de Honduras.

6.73. Por lo que respecta al texto del informe de experto del Profesor Dinwoodie que cita el Grupo Especial en el párrafo 7.1990, Honduras solicita que los informes también reflejen algunas otras afirmaciones del Profesor Dinwoodie que contextualizan la observación citada. En los párrafos 7.1989 a 7.1993, analizamos la alegación de los reclamantes de que la prohibición por las medidas TPP del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio registradas dará lugar a

[415] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 262. (sin cursivas en el original)

[416] Los principales argumentos de Honduras relativos a su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 16 se resumen con más detalle en la sección 7.3.3.2 de los presentes informes.

[417] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 259.

[418] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 259 (sin cursivas en el original). Ello se corresponde con otra formulación por Honduras de su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 16, según la cual las medidas TPP invalidan los derechos conferidos en el marco del párrafo 1 del artículo 16 porque, "[e]n contra de lo establecido en esta disposición, el titular legítimo de una marca de fábrica o de comercio relacionada con el tabaco no podrá impedir el uso no autorizado por terceros de la marca de fábrica o de comercio porque *no será capaz de demostrar* que existe probabilidad de confusión con su marca original". Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 249. (sin cursivas en el original)

una situación en la que esas marcas perderán su carácter distintivo y, por lo tanto, se reducirá la incidencia de situaciones en las que los titulares de derechos puedan demostrar que existe "probabilidad de confusión" entre las marcas de fábrica o de comercio registradas y signos similares o idénticos en productos similares.[419] En respuesta a la petición de Honduras de que proporcionemos más contexto para la afirmación realizada por el Profesor Dinwoodie, hemos ampliado la nota 4463 al párrafo 7.1990.

6.74. Honduras también pide al Grupo Especial que revise el párrafo 7.2003 para reflejar que ha planteado un argumento similar al que se atribuye a la República Dominicana, Cuba, por referencia, e Indonesia. En apoyo de su petición, se remite a los párrafos 260 y 263 de su segunda comunicación escrita.

6.75. En su segunda comunicación escrita, Honduras aduce que el titular de una marca de fábrica o de comercio relacionada con el tabaco no será capaz de demostrar que existe probabilidad de confusión porque la marca habrá perdido gran parte de su fuerza como consecuencia de las medidas TPP. Nos hemos referido al párrafo pertinente en las notas 4457 y 4459 al párrafo 7.1986, en el que se resumen los argumentos de los reclamantes relativos a la supuesta reducción del alcance efectivo del derecho. En su segunda comunicación escrita, Honduras cita la comunicación *amicus curiae* de MARQUES, según la cual "[u]na medida que impide que la marca mantenga su ámbito de protección o incremente su notoriedad y fuerza mediante el uso previsto es, por lo tanto, incompatible con los derechos conferidos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC". En respuesta a la solicitud de Honduras, hemos añadido una referencia a este texto en la nota 4459 al párrafo 7.1986. En los párrafos 7.1994 a 7.2002 abordamos los argumentos de los reclamantes, incluidos los planteados por Honduras, relativos a la supuesta reducción del alcance efectivo del derecho como resultado de una reducción de los casos en que se puede demostrar que existe "probabilidad de confusión".

6.76. En el párrafo 7.2003 y siguientes, resumimos una serie distinta de argumentos, según los cuales el párrafo 1 del artículo 16 protege la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio de desarrollar y mantener el carácter distintivo de la marca por medios adicionales a las acciones previstas para casos de infracción por terceros y, por lo tanto, impone a los Miembros la obligación general de abstenerse de adoptar medidas que menoscaben o eliminen el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio. Como hemos abordado los argumentos a que hace referencia Honduras en los párrafos 7.1994 a 7.2002, no aceptamos añadir una referencia adicional a ellos en el párrafo 7.2003.

6.77. Por lo que respecta al texto del informe de experto del Profesor Dinwoodie que cita el Grupo Especial en el párrafo 7.2012, Honduras solicita que, para contextualizar la aseveración de dicho experto, el Grupo Especial cite también el párrafo inmediatamente anterior y las frases que le siguen. En respuesta, hemos modificado la nota 4489 al párrafo 7.2012 para que queden recogidas las frases que siguen a la aseveración citada. En el párrafo anterior de su informe, el Profesor Dinwoodie aduce que, debido a que los derechos de propiedad intelectual son por naturaleza derechos privados, Australia no podría alegar que consigue a través de la reglamentación lo que el artículo 16 prescribe que se consiga a través de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio. A nuestro modo de ver, esta idea no es pertinente para la cuestión que es objeto de análisis en este párrafo, es decir, si el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio puede variar en el mercado.

6.17 Peticiones de reexamen de la sección 7.3.5 (Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC)

6.78. Honduras solicita al Grupo Especial que refleje de forma más completa su posición sobre el sentido del término "injustificablemente" en el párrafo 7.2134.[420] El panorama general de las

[419] Véase el párrafo 7.1988 *infra*.

[420] Honduras señala "los tres aspectos diferentes por los que considera que las medidas TPP de Australia constituyen una complicación injustificable … es decir, i) las medidas TPP son la 'complicación suma'; ii) las medidas TPP son injustificables por naturaleza, porque no están basadas en una evaluación individual; y iii) subsidiariamente, el Grupo Especial debería determinar si las medidas TPP hacen una contribución importante al logro del objetivo de política pública y si constituyen el medio que restringe menos el comercio para alcanzar ese objetivo". Peticiones de reexamen del informe provisional presentadas por Honduras, párrafo 59 (donde se

alegaciones que se traza en la sección 7.3.5.1 tiene por objeto reflejar los elementos que, según señalan las partes, es preciso establecer para constatar una infracción de la obligación central prevista en la primera frase del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. No explica en detalle los argumentos respecto de si las partes consideran que de hecho se han establecido esos elementos en el presente asunto en concreto y, en tal caso, por qué consideran que ello es así. No obstante, en la nota 4645 hemos reflejado los argumentos planteados por Honduras en su primera comunicación escrita en relación con el motivo por el que considera que las medidas TPP son, por naturaleza, injustificables, así como argumentos adicionales extraídos de su segunda comunicación escrita.

6.79. Honduras solicita que el Grupo Especial añada en el párrafo 7.2140 una referencia a sus argumentos relativos a la necesidad de llevar a cabo una evaluación individual y a la necesidad de una excepción proporcionada y limitada. En respuesta, hemos incluido en el párrafo 7.2140 texto procedente de la primera comunicación escrita de Honduras y hemos añadido referencias en las notas conexas a los párrafos 7.2436 y 7.2443 a 7.2449, en los que se resumen de forma más completa los argumentos de Honduras relativos a la necesidad de una evaluación individual y al carácter extremo de la complicación.

6.80. Honduras también solicita que el Grupo Especial modifique el orden en que resume sus argumentos relativos al sentido del término "injustificablemente" en la sección 7.3.5.5.1.1 y subraya que en el párrafo 7.2296 figura su argumento de réplica. Honduras solicita asimismo que el Grupo Especial incorpore referencias a sus argumentos relativos a las razones por las que considera que las medidas TPP son injustificables por su misma naturaleza. Hemos mantenido el orden del resumen de los argumentos de Honduras en esta sección, de forma consecuente con el orden en que se resumen los argumentos conexos de otras partes. No obstante, hemos modificado el párrafo 7.2296 para aclarar que Honduras formula su argumento en respuesta a los argumentos de Australia, y hemos añadido texto al párrafo 7.2305 para reflejar argumentos adicionales de Honduras. También hemos añadido en una nota una referencia a los argumentos conexos que figuran en la segunda comunicación escrita de Honduras. Nos abstenemos de reflejar en esta sección los argumentos adicionales señalados por Honduras relacionados específicamente con la injustificabilidad de las medidas TPP, a los que se hace referencia en secciones posteriores y que se abordan en ellas.[421]

6.81. Australia considera que el análisis realizado por el Grupo Especial en los párrafos 7.2414 y 7.2415 daba a entender, erróneamente, que Australia había aducido que el sentido adecuado del término "injustificablemente" debía discernirse principalmente por oposición a cualquier otro término, más que a partir del sentido adecuado del término realmente utilizado. Australia añade que ha realizado un análisis a la luz de la Convención de Viena para determinar el sentido del término "injustificablemente" y que sus argumentos en relación con la distinción interpretativa entre los términos "necesidad" y "justificable" constituyen observaciones de réplica en respuesta a lo que, a su juicio, son intentos de los reclamantes de confundir los dos términos. Por consiguiente, Australia solicita al Grupo Especial que introduzca determinadas modificaciones en esos párrafos. La República Dominicana e Indonesia se oponen a los cambios propuestos. A su modo de ver, son innecesarios, dado que el Grupo Especial expone en detalle las posiciones de las partes en los párrafos 7.2294 a 7.2348 y del contexto se deduce claramente que, en los párrafos 7.2414 y 7.2415, el Grupo Especial centra su atención en un tema concreto en el que hay divergencia entre las partes, a saber, la diferencia entre el criterio de "necesidad" y el criterio de lo "justificable".

6.82. En respuesta, en el párrafo 7.2413 hemos aclarado que, primero, las partes expusieron su modo de entender el sentido corriente del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 y, después, buscaron orientación contextual, entre otras formas, contrastándolo con algunos otros

hace referencia a los argumentos que figuran en los párrafos 269-272 de la segunda comunicación escrita de Honduras).

[421] Véanse los párrafos 269-270 de la segunda comunicación escrita de Honduras, que se refieren a las tres razones principales por las que Honduras considera que las medidas TPP constituyen una complicación injustificable. Esos argumentos atañen en particular a la injustificabilidad de las medidas TPP y, al parecer, abarcan los mismos fundamentos que los argumentos interpretativos generales que figuran en el párrafo 315 de la primera comunicación escrita de Honduras y los párrafos 361-372 de su segunda comunicación escrita, respecto de los cuales hemos añadido referencias en el párrafo 7.2305 *infra*. Los principales argumentos conexos de Honduras relativos a las medidas TPP se resumen en partes ulteriores de los presentes informes, entre ellas, las secciones 7.3.5.3.1.1 y 7.3.5.5.2.1 *infra*.

términos. También hemos añadido una frase en el párrafo 7.2414, en la que se aclara que Australia planteó el argumento expuesto en ese párrafo en respuesta a los argumentos de los reclamantes. Además, hemos modificado ligeramente el párrafo 7.2415. Como se indica en la nota 5012 al párrafo 7.2412, los argumentos de las partes relativos al sentido del término "injustificablemente" se resumen con más detalle en la sección 7.3.5.5.1.1.

6.83. Australia considera que en el análisis realizado por el Grupo Especial en el párrafo 7.2420 se afirma incorrectamente que Australia ha aducido que debe suponerse que el término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC tiene "exactamente el mismo sentido" que el término "injustificable" que figura en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Solicita al Grupo Especial que modifique la primera frase de ese párrafo en consecuencia. La República Dominicana e Indonesia no se oponen a la modificación propuesta por Australia, pero solicitan que el Grupo Especial también añada una frase en la que se indique que Australia aduce que el sentido del término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC debe ser como mínimo tan laxo como el sentido del término "injustificable" del artículo XX del GATT de 1994. En respuesta a esas observaciones, hemos modificado el párrafo 7.2420 y añadido la nota 5020 a dicho párrafo, en la que figura una referencia al párrafo 7.2329. Además, hemos complementado la referencia de la nota 4903 al párrafo 7.2329 con una referencia adicional a la respuesta de Australia a la pregunta 107 del Grupo Especial.

6.18 Peticiones de reexamen de la sección 7.3.6 (El artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC)

6.84. Honduras solicita que se añada el término "constitutivo" a la última frase del párrafo 7.2634. Hemos introducido la modificación solicitada y hemos hecho pequeños cambios en las referencias de la nota 5285 conexa.

6.85. Indonesia solicita al Grupo Especial que, en el párrafo 7.2693, se añada una referencia a sus argumentos conexos relativos al artículo 10*bis* procedentes de su primera comunicación escrita. Para hacer la modificación, hemos trasladado al cuerpo principal del texto detalles relativos a los argumentos de Honduras, la República Dominicana e Indonesia que antes figuraban en una nota. Los argumentos de los reclamantes han quedado ahora resumidos en los párrafos 7.2693 a 7.2696. Observamos asimismo que los argumentos de Indonesia también se citan en el párrafo 7.2708, en la sección en que se resumen los principales argumentos de las partes relativos al párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*.

6.86. Honduras solicita que se corrija la frase "no la torne" que figuraba en la nota 5297 de los informes provisionales, cambiándola por "la torne". Hemos corregido el texto, que ahora figura en el párrafo 7.2694.[422] También hemos hecho la misma corrección en la tercera frase del párrafo 7.2790.

6.87. En relación con el párrafo 7.2701, Honduras solicita que el Grupo Especial modifique el orden del análisis, exponiendo y evaluando las alegaciones planteadas por Honduras al amparo del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, en el orden en que aparecen en sus comunicaciones, es decir, primero, la alegación formulada al amparo del párrafo 1) del artículo 10*bis* y, después, la alegación formulada al amparo del párrafo 3) 3) de dicho artículo. En respuesta, hemos ampliado la exposición que hacemos en el párrafo 7.2691 sobre el orden del análisis en el marco del artículo 10*bis*. Por los motivos explicados en dicho párrafo, nos abstenemos de modificar el orden del análisis.

6.88. Honduras propone que se modifique el párrafo 7.2764 para indicar que no conoce un estudio empírico en el que se evalúe si los consumidores no han podido distinguir la fuente comercial de los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas tras la implementación de las medidas TPP, pero considera que esos datos cuantitativos no ayudarían al Grupo Especial a pronunciarse sobre las alegaciones formuladas en las presentes diferencias. Hemos ampliado la nota 5488 al párrafo 7.2764, de modo que incluyese una referencia adicional a este argumento y a las partes de los presentes informes en las que se reflejan de forma más

[422] Hemos trasladado este texto procedente de la nota de pie de página al cuerpo principal del texto en respuesta a una petición formulada por Indonesia, como se explica en el párrafo 6.85 *supra*.

completa las respuestas de los reclamantes a la pregunta 168 del Grupo Especial en relación con este tema. También hemos hecho las pequeñas correcciones correspondientes en la nota 5210 al párrafo 7.2548.

6.19 Peticiones de reexamen de los apéndices

6.89. En el apéndice A, el Grupo Especial ha añadido referencias o ha hecho correcciones en los párrafos 12, 35, 37, 54, 67 y 68, en respuesta a peticiones de reexamen formuladas por Australia que los reclamantes no han cuestionado.

6.90. El Grupo Especial también ha modificado el resumen de los argumentos de las partes en los párrafos 12, 16, 36, 41 y 76 para reflejar otros argumentos, en respuesta a las peticiones de reexamen formuladas por Australia, teniendo en cuenta también las observaciones de la República Dominicana e Indonesia. El Grupo Especial se ha abstenido de introducir algunas de las adiciones solicitadas, puesto que ya están recogidas en los párrafos 4, 12, 36 y 76.

6.91. En los párrafos 38, 41 y 54, el Grupo Especial ha añadido referencias adicionales a pruebas aportadas por el experto de Australia, el Profesor Chaloupka, y los expertos de la República Dominicana e Indonesia, Ajzen *et al.*, en respuesta a una petición de Australia a la que no se opone la República Dominicana, siempre que también se incorporen los argumentos que esta ha formulado en respuesta. El Grupo Especial se abstiene de incorporar algunas de las referencias adicionales solicitadas por la República Dominicana, puesto que ya se abordan en el párrafo 83.

6.92. En la nota 58, el Grupo Especial ha añadido referencias al tercer informe de réplica del Profesor Chaloupka, en respuesta a una petición formulada por Australia. Indonesia se opone a esa petición, basándose en que la prueba documental a la que se refiere Australia no trata de las cuestiones a las que atañe su petición. Entendemos que, en su petición, Australia no indicó correctamente el título de la prueba documental en cuestión y, en lugar de remitirse al "tercer" informe de réplica del Profesor Chaloupka, aludió al "segundo" de esos informes.

6.93. En el párrafo 56, el Grupo Especial ha modificado su referencia a White *et. al* 2015b en respuesta a una petición de Australia a la que la República Dominicana e Indonesia no se oponen, a condición de que se describan con precisión las conclusiones del estudio. El Grupo Especial se abstiene de incorporar al párrafo 56 dos nuevas frases propuestas por la República Dominicana, dado que las cuestiones de que tratan esas frases ya se analizan en las secciones 1.1.3 y 2.1.4 del apéndice A. No obstante, el Grupo Especial ha añadido una frase en el párrafo 64 del apéndice B en respuesta a las observaciones de la República Dominicana.

6.94. En el apéndice B, el Grupo Especial ha añadido una referencia en la nota 165, en respuesta a una petición de reexamen formulada por Australia que no han cuestionado los reclamantes.

6.95. En las notas 27, 29, 30, 31 y 140 del apéndice B, el Grupo Especial ha añadido referencias al tercer informe de réplica del Profesor Chaloupka, en respuesta a una petición de Australia. La República Dominicana e Indonesia se opusieron a esa solicitud, aduciendo que la prueba documental a que se remite Australia no respalda las afirmaciones a que se hace referencia, puesto que abordan cuestiones diferentes. Entendemos que, en su petición, Australia no indicó correctamente el título de la prueba documental en cuestión y, en lugar de remitirse al "tercer" informe de réplica del Profesor Chaloupka, aludió al "segundo" de esos informes, pero mencionó los números de párrafo correspondientes a los aspectos pertinentes que se abordan en el tercer informe de réplica.

6.96. En los párrafos 25 y 57, el Grupo Especial ha modificado su descripción de las conclusiones de Ajzen *et al.* y de la respuesta de Australia. La República Dominicana e Indonesia no se opusieron esta petición de reexamen de Australia, siempre que el Grupo Especial reflejara de igual modo la respuesta de la República Dominicana a ese argumento, lo que el Grupo Especial ha hecho en los párrafos 25 y 56.

6.97. En el apéndice C, el Grupo Especial ha añadido referencias o ha hecho correcciones en los párrafos 11, 12, 23, 36, 38, 65 y 117; las notas 15, 24, 25, 34, 42 y 64; y las figuras C.1, C.13, C.15 y C.17, en respuesta a peticiones de reexamen formuladas por Australia que los reclamantes no han cuestionado.

6.98. El Grupo Especial también ha corregido la figura C.19 en respuesta a peticiones de reexamen de Australia y a las observaciones formuladas por Honduras y la República Dominicana al respecto. En concreto, el Grupo Especial ha señalado más claramente la fuente de la figura C.19 y ha modificado el marco temporal indicado en esta, para que coincidiera con el intervalo indicado en la figura 2 del segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591).

6.99. El Grupo Especial ha modificado los párrafos 4, 59 y 62 para aclarar la forma en que la Doctora Chipty, experta de Australia, utilizó los datos de la RMSS, en respuesta a una petición de reexamen de Australia a la que la República Dominicana no se opuso, siempre que se reflejaran con precisión los argumentos de Australia.

6.100. El Grupo Especial también ha modificado el párrafo 72 para describir con mayor claridad la utilización de los datos de la RMSS que hizo la Doctora Chipty, experta de Australia, y su reelaboración del modelo microeconómico del Profesor List, en respuesta a una petición de reexamen de Australia y a las observaciones formuladas por la República Dominicana acerca de esa petición.

6.101. En el párrafo 95, el Grupo Especial ha aclarado su descripción de la exposición que hace el Profesor Chaloupka de cuestiones pertinentes para el análisis de los datos de la NTPPTS realizado por el Profesor Klick, en respuesta a una petición de reexamen de Australia y a las observaciones conexas de Honduras, que la República Dominicana e Indonesia han hecho suyas.

6.102. En el apéndice D, el Grupo Especial ha añadido referencias o ha hecho correcciones en los párrafos 62, 66, 73 y 82; las notas 14, 63 y 109; y la figura D.4, en respuesta a peticiones de reexamen formuladas por Australia que los reclamantes no han cuestionado.

6.103. En el párrafo 96, el Grupo Especial ha aclarado su descripción de la exposición que hace el Profesor Chaloupka de cuestiones pertinentes para el análisis de los datos de la NTPPTS realizado por el Profesor Klick, en respuesta a una petición de reexamen de Australia y a las observaciones conexas de Honduras, que la República Dominicana e Indonesia han hecho suyas.

7 CONSTATACIONES

7.1 Orden del análisis

7.1. Los reclamantes han presentado alegaciones al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC. Además, Cuba ha presentado una alegación al amparo del GATT de 1994. Por lo tanto, consideramos primero el orden en el que debemos abordar esas alegaciones.

7.2. Honduras, la República Dominicana y Cuba están de acuerdo en que los grupos especiales tienen en general libertad para estructurar el orden de su análisis de múltiples alegaciones como estimen conveniente. Añaden que no existe ninguna jerarquía entre los Acuerdos invocados en los presentes procedimientos (y, en particular, entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC), y que dichos Acuerdos se aplican de manera acumulativa y concurrente. Aunque proponen que el Grupo Especial comience su análisis por las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC, no expresan una preferencia firme.[423] Indonesia aduce que, según "un principio general de derecho internacional, las alegaciones relativas a múltiples tratados deben considerarse en el orden de especificidad respecto de los hechos subyacentes, comenzando por el mayor grado de especificidad"[424], y que "no hay un orden concreto en el que el Grupo Especial deba abordar las alegaciones al amparo del Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC, porque esos Acuerdos son igualmente específicos respecto de las medidas en litigio".[425] Australia aduce que el Grupo Especial tiene libertad para estructurar el orden su análisis como estime conveniente; sin embargo, como el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC "se ocupa 'de manera más específica y detallada' de la materia comprendida en su ámbito de aplicación", sería necesario que el Grupo Especial

[423] Respuesta de Honduras a la pregunta 1 del Grupo Especial; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 1 del Grupo Especial; y respuesta de Cuba a la pregunta 1 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[424] Respuesta de Indonesia a la pregunta 1 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)*, párrafo 6.76).

[425] Respuesta de Indonesia a la pregunta 1 del Grupo Especial.

comenzara su análisis de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP por esa disposición.[426]

7.3. Como han observado algunos de los reclamantes, los grupos especiales tienen libertad para estructurar el orden de su análisis como estimen conveniente, y cabe la posibilidad de que al hacerlo les resulte útil tener en cuenta la forma en que un Miembro reclamante les presenta una alegación.[427] No obstante, ello es cierto solo en tanto en cuanto no exista, sobre la base de la "estructura y lógica" de las disposiciones en litigio, una "secuencia obligatoria de análisis que, si no se sigue, daría lugar a un error de derecho" o tendría "repercusiones en el fondo del análisis propiamente dicho".[428]

7.4. Observamos que no existe una jerarquía explícita entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC, que figuran en partes distintas del Anexo 1 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC). Por lo tanto, a simple vista no vemos nada en esos dos Acuerdos que indique que sea obligatoria la adopción de una secuencia de análisis específica. También observamos que los reclamantes han presentado argumentos, en primer lugar, al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC; en segundo lugar, al amparo del Acuerdo OTC; y en tercer lugar (en la reclamación de Cuba) al amparo del GATT de 1994. Australia también ha presentado sus respuestas a esas alegaciones en el mismo orden. Los reclamantes en general consideran que el carácter acumulativo de las obligaciones invocadas indica que no estamos obligados a abordar sus alegaciones en un orden concreto, y ninguno de ellos sostiene que exista una secuencia obligatoria de análisis que, si no se sigue, daría lugar a un error de derecho.

7.5. También se ha establecido que una alegación formulada al amparo de un acuerdo de la OMC más específico y detallado debe abordarse antes que una alegación formulada al amparo de una disposición similar más general de otro Acuerdo.[429] En consonancia con ese principio, el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Sardinas* declaró que, "si [la medida en litigio] es un reglamento técnico, el análisis basado en el Acuerdo OTC debe preceder a cualquier examen basado en el GATT de 1994".[430] En consecuencia, en tanto en cuanto la medida impugnada se consideró abarcada por el Acuerdo OTC, varios grupos especiales han abordado las alegaciones al amparo del Acuerdo OTC antes que las alegaciones concurrentes formuladas al amparo del GATT de 1994.[431]

7.6. Con respecto a las alegaciones que se nos han presentado al amparo del Acuerdo OTC y el GATT de 1994, este razonamiento indicaría que consideremos las primeras antes que las segundas. Ese enfoque también estaría en consonancia con el hecho de que el Acuerdo OTC y el GATT de 1994 forman ambos parte del Anexo 1A (titulado "Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías") y de que el Acuerdo OTC articula en su preámbulo que tiene por objeto

---

[426] Respuesta de Australia a la pregunta 1 del Grupo Especial.

[427] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafos 126-127.

[428] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 109. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Energía renovable / Canadá - Programa de tarifas reguladas*, párrafo 5.5; y los informes del Grupo Especial, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 7.63.

[429] En *CE - Banano III* el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

> Aunque tanto el párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994 como el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre Licencias son aplicables, consideramos que el Grupo Especial debería haber aplicado en primer lugar el Acuerdo sobre Licencias, puesto que este Acuerdo se ocupa específicamente y de forma detallada de la administración de los procedimientos para el trámite de licencias de importación. Si el Grupo Especial hubiera procedido así, no habría necesitado examinar la supuesta incompatibilidad con el párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994.

Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 204. Véanse también el informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafos 7.15-7.16; y el informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 8.16-8.17.

[430] Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.16. Véanse también el informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 8.16-8.17; y los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.73.

[431] Véanse los informes de los Grupos Especiales, *CE - Sardinas*; *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*; *Estados Unidos - Atún II (México)*; *CE - Productos derivados de las focas*; *Estados Unidos - EPO*; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*. Observamos también que, de conformidad con la Nota interpretativa general al Anexo 1A, en caso de conflicto entre una disposición del GATT de 1994 y el Acuerdo OTC, prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del Acuerdo OTC.

"promover la realización de los objetivos del GATT de 1994".[432] La obligación del Acuerdo OTC invocada por los reclamantes en las presentes diferencias (párrafo 2 del artículo 2) se aplica a los "reglamentos técnicos", por lo que establece una obligación respecto del subconjunto de medidas que satisface la definición del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

7.7. Con respecto a las alegaciones que se nos han presentado al amparo del Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC, Australia considera, en virtud de su entendimiento de la relación entre el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que el Grupo Especial debería considerar primero el artículo 20, con exclusión, en último término, del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, en lo que concierne a los aspectos de las medidas TPP que guardan relación con el uso de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor. Australia aduce que el Acuerdo sobre los ADPIC trata de manera más específica y detallada los aspectos de las medidas TPP que guardan relación con el uso de marcas de fábrica o de comercio[433], y añade que el Acuerdo OTC no se ocupa de las medidas que abordan la explotación de derechos de propiedad intelectual.[434] No queremos prejuzgar, en esta etapa de nuestro análisis, nuestro propio análisis de las cuestiones planteadas por Australia, a saber, i) si los aspectos de las medidas TPP que afectan al uso de marcas de fábrica o de comercio están abarcados por las disciplinas del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC o están comprendidos exclusivamente dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, y ii) la interpretación del término "injustificablemente" del artículo 20 y su relación con el término "necesario" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.8. A efectos de la determinación del orden de nuestro análisis, observamos, sin embargo, que determinadas alegaciones que se nos han presentado guardan relación con los mismos aspectos de las medidas en litigio, y que los reclamantes utilizan en gran parte las mismas pruebas en relación con varias de sus alegaciones, en particular con respecto a sus alegaciones al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En particular, observamos que los reclamantes se apoyan esencialmente en el mismo conjunto de pruebas con respecto a varios aspectos de los efectos de las medidas impugnadas, en el marco de ambos acuerdos abarcados. Sin perjuicio de nuestra evaluación de la cuestión de si las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP están (contrariamente a lo que aduce Australia) abarcadas por las disciplinas del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, una constatación de que están abarcadas por esas disciplinas haría que las pruebas relacionadas con el efecto tanto de las prescripciones "en materia de marcas de fábrica o de comercio" como de las prescripciones relativas al "formato" fueran pertinentes en el contexto de nuestra evaluación en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.9. Nos parece, por consiguiente, que una manera más práctica de enfocar nuestro análisis sería considerar primero las pruebas relativas al funcionamiento conjunto de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y las prescripciones relativas al formato de las medidas TPP y, después, en tanto en cuanto fuera necesario, los aspectos pertinentes de las pruebas a efectos de nuestro análisis en el marco del artículo 20. Sobre esta base, consideramos primero la alegación de los reclamantes de que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.10. Después evaluaremos las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo de las diversas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que identifican como fundamentos jurídicos de sus alegaciones.

7.11. Comenzamos considerando las alegaciones de los reclamantes relativas a las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que se ocupan de la protección de las marcas de fábrica o de comercio. En primer lugar examinamos las disposiciones que se ocupan de la materia objeto de protección, a saber, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, en conjunción con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) y, a continuación, el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC. Después, pasaremos a las disposiciones que se ocupan de los derechos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio, a saber, los párrafos 1 y 3 del artículo 16. Por último, examinaremos las alegaciones formuladas al amparo del artículo 20 que se ocupan de "otros requisitos" relativos al uso de una marca de fábrica o de comercio. Como se ha

[432] Segundo considerando del preámbulo del Acuerdo OTC.
[433] Respuesta de Australia a la pregunta 1 del Grupo Especial.
[434] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 509.

señalado *supra*, los reclamantes utilizan esencialmente el mismo conjunto de pruebas con respecto a sus alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y a algunos aspectos de sus alegaciones al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.12. Después examinaremos las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). Seguidamente pasaremos a las alegaciones de los reclamantes relativas a la protección de las indicaciones geográficas (IG) al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC. Habida cuenta de la referencia del párrafo 2 b) del artículo 22 a la "utilización que constituya un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967)", consideramos apropiado examinar las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 después de haber examinado en primer lugar las formuladas al amparo del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).

7.13. En último lugar examinaremos el argumento de Cuba de que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo IX GATT, en consonancia con el enfoque de grupos especiales anteriores que abordaron las alegaciones al amparo del Acuerdo OTC antes de abordar alegaciones concurrentes formuladas al amparo del GATT de 1994.[435]

7.14. En el contexto de nuestro examen de las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC y el GATT de 1994, haremos referencia, según corresponda, a nuestro análisis de las pruebas y nuestras constataciones de hecho correspondientes a nuestra evaluación realizada en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2 Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.15. El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone lo siguiente:

> Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.

7.16. Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia alegan que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 porque "restring[en] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo", en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Australia considera que algunos aspectos de las medidas TPP no deberían examinarse en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y, en tanto en cuanto estén comprendidos en el ámbito de aplicación de esa disposición, considera que los reclamantes no han acreditado *prima facie* que sean incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2.

7.2.1 Visión general de las alegaciones

7.17. Honduras sostiene que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y las relativas al formato son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque constituyen un reglamento técnico que restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.[436]

7.18. La República Dominicana alega que Australia infringe el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque las medidas TPP restringen gravemente el comercio y no son necesarias,

[435] Informes de los Grupos Especiales, *CE - Sardinas*; *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*; *Estados Unidos - Atún II (México)*; *CE - Productos derivados de las focas*; *Estados Unidos - EPO*; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá/México)*.

[436] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 787.

habida cuenta de que no contribuyen al objetivo de Australia y de la disponibilidad razonable de alternativas más eficaces y menos restrictivas del comercio.[437]

7.19. Cuba alega que las medidas TPP infringen el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, puesto que son reglamentos técnicos, son "restrictivas del comercio" y son "más restrictivas de lo necesario" para alcanzar el objetivo de salud pública de Australia.[438]

7.20. Indonesia alega que las medidas TPP incumplen las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque los reglamentos técnicos en litigio crean obstáculos innecesarios al comercio y restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo.[439]

7.21. Australia acepta que las "prescripciones físicas" de las medidas TPP son reglamentos técnicos comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC[440], pero expresa "preocupaciones significativas" con respecto a las "consecuencias sistémicas" de la afirmación de los reclamantes de que las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio" establecidas por las medidas TPP también pueden ser examinadas en el marco del Acuerdo OTC. Aduce que el Acuerdo OTC aborda los reglamentos técnicos y no parece, a primera vista, ocuparse de la explotación de la propiedad intelectual.[441] Australia considera que, en el caso de que el Grupo Especial adoptara la opinión de que las prescripciones que afectan al uso de marcas de fábrica o de comercio pueden ser "reglamentos técnicos" comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC, el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC seguiría siendo "la disposición aplicable con respecto a las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio impuestas por la medida sobre el empaquetado genérico del tabaco", con exclusión del párrafo 2 del artículo 2 en lo que concierne a dichas prescripciones.[442]

7.22. Australia aduce además que las medidas TPP están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" relativas al empaquetado genérico del tabaco y que, por lo tanto, en virtud de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, debe presumirse, a reserva de impugnación, que no restringen el comercio más de lo necesario, presunción que, alega, los reclamantes no han refutado.[443] En consecuencia, alega Australia, el Grupo Especial "no tiene necesidad de proseguir su análisis de las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2".[444]

7.23. Australia aduce además que los reclamantes no han establecido que las medidas TPP sean "restrictivas del comercio" en grado alguno. Por lo tanto, aun si el Grupo Especial concluye que la presunción prevista en el párrafo 5 del artículo 2 no es aplicable, Australia sostiene que no sería necesario ningún ulterior análisis de la relación con respecto al fondo de la alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 para examinar la incompatibilidad de las medidas TPP, ya que los reclamantes no han acreditado *prima facie* que sean incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2.[445]

7.24. Los reclamantes rechazan estos argumentos de Australia. Consideran que las medidas no pueden beneficiarse de la presunción refutable prevista en la segunda frase del párrafo 5 del

[437] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 35.
[438] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 390.
[439] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 463.
[440] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 507.
[441] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 509.
[442] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511.
[443] Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 519 y 584; la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 356; la declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 82 y 84; la declaración inicial de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 143; y la respuesta de Australia a la pregunta 76 del Grupo Especial, párrafo 209.
[444] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 357. Véanse también la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 519 y 584; la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 320; la declaración inicial de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 143; y la respuesta de Australia a la pregunta 76 del Grupo Especial, párrafo 209.
[445] Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 585; la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 358; y la declaración inicial de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 144. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 76 del Grupo Especial, párrafo 210 (donde se señala que solo es necesario demostrar la restrictividad del comercio con respecto a la parte de las medidas TPP que constituye "reglamentos técnicos").

artículo 2 porque no están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" relativas al empaquetado genérico del tabaco; y que, aun si lo estuvieran, han refutado con éxito esa presunción.[446] También consideran que las medidas TPP no solo son restrictivas del comercio, sino que lo son "en alto grado".[447] Los reclamantes solicitan, por lo tanto, que se rechacen esos dos argumentos sustantivos preliminares y que, en consecuencia, el Grupo Especial proceda a realizar un análisis completo de la compatibilidad de las medidas TPP con el párrafo 2 del artículo 2.

7.25. Australia aduce que, aunque el Grupo Especial considerara que los reclamantes han establecido la existencia de un cierto grado de restrictividad del comercio, y suponiendo que las medidas no puedan beneficiarse de la presunción prevista en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, no obstante los reclamantes no han establecido que las medidas sean incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2, es decir, que restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Por lo tanto, seguiría siendo necesario que el Grupo Especial rechazara en su totalidad las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[448]

7.2.2 Enfoque general del Grupo Especial

7.26. Recordamos que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone lo siguiente:

> Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.

7.27. No se discute que, de conformidad con las normas aplicables en lo que concierne a la carga de la prueba[449], la carga de establecer que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 corresponde a los reclamantes:

> Con respecto a la carga probatoria de demostrar que un reglamento técnico es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2, el reclamante debe demostrar su alegación de que la medida impugnada crea un obstáculo innecesario al comercio internacional. Para establecer una presunción *prima facie*, el reclamante debe presentar pruebas y argumentos suficientes para demostrar que la medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario para lograr la contribución que hace a los objetivos legítimos, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlos.[450]

7.28. El párrafo 2 del artículo 2 se aplica a las medidas que son "reglamentos técnicos" en el sentido del Acuerdo OTC. La primera etapa de un análisis de la compatibilidad de las medidas TPP con el párrafo 2 del artículo 2 debe ser, por lo tanto, determinar si constituyen un "reglamento técnico". A este respecto, Australia aduce que el Acuerdo OTC "aborda los reglamentos técnicos y no parece, según sus términos, ocuparse de la explotación de la propiedad intelectual"[451], por lo que las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio" establecidas por las

---

[446] Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 67 del Grupo Especial, páginas 27 y 29; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 292-294; la respuesta de Cuba a la pregunta 67 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (en la que expresa su acuerdo con la respuesta de Honduras a la pregunta 67 del Grupo Especial); y la respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 84.

[447] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 328-580; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 924-961. Véanse también la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 225-253; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 220-273.

[448] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 513.

[449] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

[450] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323. (no se reproduce la nota de pie de página)

[451] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 509.

medidas TPP no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC. Por lo tanto, consideraremos en primer lugar, en la medida necesaria para abordar los argumentos de Australia a este respecto, si ese impedimento para la aplicabilidad del Acuerdo OTC existe.

7.29. Si determinamos que el Acuerdo OTC puede aplicarse, consideraremos el grado en que las medidas TPP constituyen un "reglamento técnico" en el sentido del Acuerdo OTC.[452] En tanto en cuanto constatemos que las medidas son un reglamento técnico, y que por lo tanto se les aplica la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 2, será necesario que consideremos si son incompatibles con esa disposición.

7.30. Según la ha descrito el Órgano de Apelación, una evaluación de la cuestión de si un reglamento técnico "restrin[ge] el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 entraña varias consideraciones:

> En resumen, consideramos que para determinar si un reglamento técnico "restrin[ge] el comercio más de lo necesario", en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es necesario evaluar varios factores. Un grupo especial debería empezar por tomar en consideración varios factores: i) el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión; ii) el grado de restricción del comercio de la medida; y iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida. En la mayoría de las ocasiones, debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas. En particular, a los efectos de esta comparación, puede ser pertinente considerar si la alternativa propuesta es menos restrictiva del comercio, si haría una contribución equivalente al objetivo legítimo de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, y si está razonablemente disponible.[453]

7.31. Una evaluación de la compatibilidad de un reglamento técnico con el párrafo 2 del artículo 2 entraña, por lo tanto, en primer lugar, un "análisis de la relación"[454] entre tres factores:

i. el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión;

ii. la restrictividad del comercio de la medida; y

iii. la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida.

7.32. Estos factores informarán, a su vez, el "análisis comparativo" que, en la mayoría de los casos[455], es preciso llevar a cabo para determinar si la medida impugnada restringe el comercio *más* de lo necesario:

> La utilización del comparativo "más de" en la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 sugiere que se puede establecer la existencia de un "obstáculo[] innecesario al comercio internacional" de la primera frase sobre la base de un análisis comparativo de los factores indicados con anterioridad. En la mayoría de las ocasiones, ello supondrá que habrá que comparar el grado de restricción del comercio que entraña la medida en litigio y el grado en que esta alcanza el objetivo con el grado en que lo hacen las posibles medidas alternativas razonablemente disponibles *y* menos

[452] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323.

[453] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322. (no se reproduce la nota de pie de página)

[454] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 374 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 318).

[455] Observamos a este respecto que "[no] es obligatorio, en lo que respecta al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que un grupo especial llegue a una conclusión preliminar sobre la 'necesidad' basada en los factores con respecto al propio reglamento técnico antes de proceder a la comparación con las medidas alternativas propuestas". Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.235. Véanse también *ibid*., los párrafos 5.227-5.229. Con respecto al artículo XX del GATT de 1994, véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.215, nota 1299.

> restrictivas del comercio que la medida impugnada, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. El Órgano de Apelación ha aclarado que la comparación con medidas alternativas razonablemente disponibles es una herramienta conceptual para comprobar si una medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario.[456]

7.33. Como se ha descrito *supra*, en los presentes procedimientos los reclamantes aducen que las medidas TPP restringen el comercio, y que lo restringen más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo que persiguen, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Los reclamantes abordan todos los elementos de la prueba enunciada *supra*, incluidos los tres factores que forman parte del "análisis de la relación", e identifican determinadas medidas alternativas que, a su juicio, están razonablemente disponibles para Australia, harían una contribución equivalente al objetivo de esta y serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP.

7.34. Australia considera, sin embargo, que los reclamantes no han establecido que las medidas restrinjan el comercio[457], en primer lugar, y que, por consiguiente, en tanto en cuanto las medidas TPP se examinen en el marco de esta disposición, el Grupo Especial debe rechazar las alegaciones "desde el principio".[458] Australia también aduce, en el contexto de su análisis de la "restrictividad del comercio" de las medidas, que los reclamantes no han abordado el hecho de que, puesto que las medidas TPP se adoptaron de conformidad con las Directrices relativas a los artículos 11 y 13 del CMCT, esas medidas están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes", en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[459] Por consiguiente, alega que, en tanto en cuanto la definición de "reglamento técnico" abarque también las medidas que afectan al uso de una marca de fábrica o de comercio, se "presum[e], a reserva de impugnación", que las medidas TPP no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional, en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, y aduce que los reclamantes no han refutado esa presunción.[460]

7.35. Australia concluye que, dado que los reclamantes no han establecido que las medidas restrinjan el comercio, el Grupo Especial debería concluir su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en esta etapa, y que no es necesario que realice ningún ulterior análisis "de la relación" en el marco del párrafo 2 del artículo 2.[461] Australia sostiene subsidiariamente, es decir, solo en el caso de que el Grupo Especial determine que los reclamantes han acreditado *prima facie* que las medidas TPP restringen el comercio, que los reclamantes no han establecido la existencia de una infracción del párrafo 2 del artículo 2, con referencia a los factores adicionales del "análisis de la relación" descritos *supra*.[462] En particular, Australia aduce que la medida persigue un objetivo legítimo de salud pública y no restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar ese objetivo. Australia considera además que los reclamantes no han establecido que estén razonablemente disponibles para Australia medidas que lograrían una contribución equivalente a su objetivo y serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP.[463]

7.36. Consideramos que la posibilidad de que las medidas impugnadas se beneficien de la presunción refutable que otorga la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, invocada por Australia, puede tener repercusiones significativas en la manera en que debemos llevar a cabo nuestro análisis de las alegaciones en el marco del párrafo 2 del artículo 2.

7.37. La segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone lo siguiente:

> Siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional.

---

[456] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página) Véase también *ibid*., párrafo 318.
[457] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 583.
[458] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 513.
[459] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 567 y 584.
[460] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 519, 567-568 y 584.
[461] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 585.
[462] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 586-590.
[463] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 21, 595 y 700-742.

7.38. Por lo tanto, por sus términos expresos, la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 incorpora una presunción "a reserva de impugnación" que se aplica respecto de las medidas que satisfacen los dos siguientes conjuntos de condiciones acumulativas[464]:

a. que sean "reglamentos técnicos"[465] elaborados, adoptados o aplicados "para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente" en el párrafo 2 del artículo 2; y

b. que estén "en conformidad con las normas internacionales pertinentes".

7.39. La prescripción de asegurarse de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos "que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio" figura en la primera frase del párrafo 2 del artículo 2.[466] A su vez, la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 dispone que "[*a*] *tal fin,* los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo". (sin cursivas en el original)

7.40. Existe, por lo tanto, un estrecho nexo entre la primera y segunda frases del párrafo 2 del artículo 2, que establecen, ambas, determinadas obligaciones que los Miembros de la OMC deben cumplir al elaborar, adoptar y aplicar reglamentos técnicos.[467] En concreto, la prescripción de que los reglamentos técnicos no "restrin[jan] el comercio más de lo necesario" (de la segunda frase) matiza y explica con mayor detalle el alcance de la prescripción de que los reglamentos técnicos no creen "obstáculos innecesarios al comercio" (de la primera frase):

> Ambas frases del párrafo 2 del artículo 2 hacen referencia a la noción de "necesidad" y están vinculadas por la expresión "[a] tal fin", que sugiere que la segunda frase matiza el texto de la primera y explica con mayor detalle el alcance y el sentido de la obligación que figura en ella.[468]

7.41. A la luz de este contexto, nos parece que, si un reglamento técnico se beneficia de una "presunción refutable" de que no crea "obstáculos innecesarios al comercio", en virtud de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, ello tendría una repercusión directa[469] en el contenido y estructura del análisis que debe realizarse en relación con una alegación de que la misma medida "restring[e] el comercio más de lo necesario" en el sentido de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2.

---

[464] Las partes parecen seguir este mismo enfoque de percibir que la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 contiene dos amplios conjuntos de condiciones acumulativas. Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 26; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 288; la respuesta de Cuba a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 16 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde hace suya la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial); la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 569; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 314.

[465] La segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 no se ocupa, por lo tanto, de los otros dos tipos de medidas OTC: las "normas" y los "procedimientos de evaluación de la conformidad". Observamos también que la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, con arreglo a su tenor literal, solo se ocupa de los reglamentos técnicos que, como las medidas TPP, hayan sido elaborados, adoptados o aplicados por *instituciones del gobierno central*. Los reglamentos técnicos de instituciones *locales* o *no gubernamentales* están sujetos a las disciplinas establecidas en una disposición distinta, el artículo 3. Observamos que los presentes procedimientos no comprenden tales tipos de medidas. Por lo tanto, no es necesario que examinemos, y no lo hacemos, la cuestión de si el párrafo 5 del artículo 2 también puede ser invocado con respecto a reglamentos técnicos de instituciones *locales* o *no gubernamentales*.

[466] El texto del párrafo 2 del artículo 2 se presenta en los párrafos 7.15 y 7.26 *supra*.

[467] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 369:

> De conformidad con la primera frase, [los Miembros] deben asegurarse de que esa elaboración, adopción y aplicación no tengan "por objeto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional" y, en virtud de la segunda frase, deben asegurarse de que sus reglamentos técnicos "no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo".

[468] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 318.

[469] Cuál será exactamente la repercusión de esta presunción, y cuándo y cómo puede ser refutada, es una cuestión que no es necesario que decidamos ahora. En lugar de ello, podemos volver a ella más adelante, si es preciso, cuando hayamos considerado todos los elementos de los dos conjuntos de condiciones establecidos por la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.

7.42. La presunción establecida en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 solo se aplica con respecto a los reglamentos técnicos que hayan sido adoptados "para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente" en el párrafo 2 del artículo 2. Considerar este factor en una etapa temprana nos permitirá, por lo tanto, determinar si las medidas TPP, en tanto en cuanto hayamos constatado que son un reglamento técnico, están comprendidas entre las medidas a las que se aplica la presunción de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. Como se ha expuesto *supra*, el "objetivo legítimo" en cuestión es también uno de los aspectos que deben considerarse en una evaluación de la cuestión de si un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario" en el sentido de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2, con independencia de que sea o no aplicable la presunción refutable incorporada en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.

7.43. A la luz de estos elementos, consideramos apropiado, en las circunstancias del presente asunto, comenzar nuestro análisis por un examen de la cuestión de si las medidas TPP, en todo o en parte, constituyen un reglamento técnico en el sentido del Acuerdo OTC.[470] Si ese es el caso, consideraremos además si persiguen un "objetivo legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo y, de ser así, consideraremos más específicamente si han sido elaboradas, adoptadas o aplicadas "para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente" en el párrafo 2 del artículo 2.

7.44. Si determináramos que las medidas TPP son un reglamento técnico *y* que han sido elaboradas, adoptadas o aplicadas "para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente" en el párrafo 2 del artículo 2, sería necesario que consideráramos además si están, como Australia aduce, "en conformidad con las normas internacionales pertinentes", de manera que la "presunción refutable" prevista en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 sea aplicable. Si ese es el caso, también será necesario que determinemos lo que lo ello implica para el resto de nuestro análisis de las alegaciones que se nos han presentado al amparo del párrafo 2 del artículo 2, incluida la manera en que los reclamantes pueden "refutar" esa presunción.[471]

7.45. Si determináramos que las medidas TPP son un reglamento técnico pero que la presunción refutable incorporada en el párrafo 5 del artículo 2 no es aplicable, sería necesario que prosiguiéramos nuestro análisis sobre la base del enfoque general descrito *supra*, para determinar si las medidas "restring[en] el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Ello incluiría la consideración del grado en que las medidas contribuyen a un objetivo legítimo, su restrictividad del comercio y la naturaleza y gravedad de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo ("análisis de la relación"). Ello vendría seguido, si fuera pertinente, de una consideración de posibles medidas alternativas que puedan estar razonablemente disponibles para Australia y hagan una contribución equivalente al objetivo, siendo al mismo tiempo menos restrictivas del comercio ("análisis comparativo").

7.46. Como se ha expuesto *supra*, consideramos primero, como cuestión preliminar, el argumento de Australia de que el Acuerdo OTC "no parece, según sus términos, ocuparse de la explotación de

[470] En relación con el enfoque que debe seguirse al considerar los argumentos de Australia en el marco del párrafo 5 del artículo 2, véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 26; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 288-289 y 292; la respuesta de Cuba a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 216 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde hace suya la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial); la respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 73; la respuesta de Australia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 156; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 313. Con excepción de Indonesia (que considera que debemos formular primero todas nuestras determinaciones en el marco de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, antes de siquiera "comenzar" a evaluar el párrafo 2 del artículo 2), no consideramos que las opiniones de las partes sobre esta cuestión estén en contradicción con el enfoque que adoptamos a este respecto, a saber, considerar en primer lugar los elementos que pertenecen *tanto* al párrafo 2 *como* al párrafo 5 del artículo 2 (la cuestión de si las medidas constituyen un "reglamento técnico" y la identificación de sus "objetivos"); y pasar después, si es pertinente, a los restantes elementos que determinan la aplicabilidad de la presunción refutable prevista en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 (la cuestión de si las medidas están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" y, si lo están, cuáles son las consecuencias de la presunción otorgada y cómo esta puede ser refutada). Por último, después de haber considerado si es aplicable la presunción de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, reanudaríamos y completaríamos nuestro análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 a la luz de nuestras determinaciones previas en relación con el párrafo 5 del artículo 2.

[471] Véanse también el párrafo 7.187 y la nota 824 *infra*.

la propiedad intelectual"[472] y la cuestión de si ello constituye un impedimento para la aplicación del Acuerdo OTC a las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio" de las medidas TPP.

7.2.3 Aplicabilidad del Acuerdo OTC a las medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio

7.2.3.1 Principales argumentos de las partes

7.47. Australia expresa "preocupaciones significativas por las consecuencias sistémicas" de la afirmación de los reclamantes de que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP están abarcadas por el Acuerdo OTC.[473] Considera que una interpretación con arreglo a la cual una medida que afecte al uso de la propiedad intelectual puede estar comprendida en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC "puede ampliar el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC para englobar materias que ... se pretendió reservar a la legislación interna de cada Miembro".[474] Como ejemplo, Australia hace referencia a la exclusión, en el párrafo 2 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC, de determinadas invenciones del ámbito de la patentabilidad en determinadas circunstancias.[475]

7.48. A juicio de Australia, el Acuerdo OTC aborda los reglamentos técnicos y no parece, a primera vista, ocuparse de la explotación de la propiedad intelectual.[476] Contrariamente al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, "el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no hace referencia en absoluto al uso de una marca de fábrica o de comercio, sino que, en lugar de ello, abarca todo tipo de 'reglamentos técnicos'".[477] En el caso de que el Grupo Especial estuviera de acuerdo en que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC, Australia sostiene que el Grupo Especial debe desestimar la alegación formulada por los reclamantes al amparo de esa disposición, ya que estos no han presentado ni demostrado una alegación de que las prescripciones que no conciernen a las marcas de fábrica o de comercio, por sí solas, son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2.[478] Australia también señala que su alegación de que las medidas TPP constituyen una "norma internacional" pertinente en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 es independiente de que el Grupo Especial constate o no que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio constituyen "reglamentos técnicos" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.[479]

7.49. Australia añade que, "si el Grupo Especial adopta la opinión de que las prescripciones que afectan al uso de marcas de fábrica o de comercio pueden ser 'reglamentos técnicos' comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC, el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC seguiría siendo la disposición aplicable respecto de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio impuestas por la medida de empaquetado genérico del tabaco".[480] Según Australia, "el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC se aplicaría con exclusión del párrafo 2 del artículo 2 [del Acuerdo OTC] respecto de las prescripciones [que afectan al uso de marcas de fábrica o de comercio]"[481], porque "el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC claramente abordaría esta materia de manera más 'específica y detallada' que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[482] Australia recuerda "la declaración del Órgano de Apelación en *CE - Banano III* de que, entre dos acuerdos o normas que abordan la misma materia, un grupo especial debe aplicar el acuerdo o norma que 'se ocupa específicamente y de forma detallada' de la materia de que se trate".[483] Australia hace referencia a otras diferencias como ejemplos de la aplicación del principio de *lex specialis*[484], y aduce que "la correcta aplicación del principio de

[472] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 509. Véase también el párrafo 7.21 *supra*.
[473] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 509.
[474] Respuesta de Australia a la pregunta 62 del Grupo Especial, párrafo 128.
[475] Respuesta de Australia a la pregunta 62 del Grupo Especial, párrafo 128.
[476] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 509.
[477] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 510.
[478] Respuesta de Australia a la pregunta 62 del Grupo Especial, párrafo 129; y respuesta de Australia a la pregunta 76 del Grupo Especial, párrafo 208.
[479] Véase la respuesta de Australia a la pregunta 73 del Grupo Especial, párrafo 200.
[480] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511.
[481] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511.
[482] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511.
[483] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511.
[484] Respuesta de Australia a la pregunta 74 del Grupo Especial.

lex specialis consiste en aplicar el acuerdo o norma que 'se ocupa específicamente y de forma detallada' de la materia de que se trate, que, en lo que concierne a las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, es el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC".[485]

7.50. Aunque mantiene que "es posible cumplir lo dispuesto en ambos acuerdos simultáneamente y que, de hecho, la medida [de empaquetado genérico del tabaco] lo hace"[486], a juicio de Australia "la aplicación de dos normas de examen muy diferentes a la misma materia constituiría un conflicto".[487] Según Australia, "la aplicación concurrente del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC a las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de la medida de empaquetado genérico del tabaco significaría 'de hecho' que el criterio de 'injustificabilidad' del primero sería suplantado por el criterio de 'necesidad' del segundo".[488] Dicho de otro modo, "[u]na medida que un Miembro tiene permitido mantener, en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, siempre que no sea injustificable, podría ser declarada incompatible con el criterio de la mínima restrictividad del comercio del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[489]

7.51. Según Australia, ese "enfoque no haría justicia a las prescripciones distintas de las normas diferentes incorporadas en las dos disposiciones".[490] A juicio de Australia, "el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC exige que el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales no se complique injustificablemente con exigencias especiales, mientras que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC exige que los reglamentos técnicos no creen obstáculos innecesarios al comercio y no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo".[491] Según Australia, "[e]l Grupo Especial debe resistir la tentación de creer que toda medida adoptada por un Miembro ha de ser impugnable en todos sus aspectos al amparo de los acuerdos abarcados, y de tratar de interpretar los acuerdos de la OMC para lograr ese fin"; "[l]os acuerdos abarcados simplemente no han sido diseñados de manera que se garantice una cobertura uniforme en virtud de la cual todo aspecto de toda medida adoptada por un Miembro pueda ser impugnado ante la OMC".[492]

7.52. A juicio de Honduras y la República Dominicana, al plantear esa defensa preliminar, Australia "trata de proteger [las medidas TPP] de la indagación en el marco de la OMC".[493] Según Honduras y la República Dominicana, "son los argumentos de Australia los que dan lugar a preocupaciones sistémicas", porque "la línea de argumentación de Australia excluye de hecho las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de la indagación en el marco tanto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC como del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC"[494], por lo que "permite a los Miembros frustrar la función básica de la marca de fábrica o de comercio prevista en el tratado sin indagación alguna en el marco de los acuerdos de la OMC".[495] A juicio de la República Dominicana, "el párrafo 2 del artículo 27 del *Acuerdo sobre los ADPIC* sirve solo para poner de relieve que, cuando los redactores trataron de reservar materias específicas a la legislación nacional, lo hicieron expresamente".[496]

[485] Respuesta de Australia a la pregunta 89 del Grupo Especial, párrafo 21.
[486] Respuesta de Australia a la pregunta 145 del Grupo Especial, párrafo 1.
[487] Respuesta de Australia a la pregunta 75 del Grupo Especial, párrafo 206.
[488] Respuesta de Australia a la pregunta 145 del Grupo Especial, párrafo 2.
[489] Respuesta de Australia a la pregunta 75 del Grupo Especial, párrafo 206.
[490] Respuesta de Australia a la pregunta 89 del Grupo Especial, párrafo 20.
[491] Respuesta de Australia a la pregunta 89 del Grupo Especial, párrafo 20.
[492] Respuesta de Australia a la pregunta 116 del Grupo Especial, párrafo 107.
[493] Declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 57. Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 11 y 13.
[494] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 840. Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 13 y 18.
[495] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 841 (donde también se recuerda que, cuando el Grupo Especial preguntó, en la pregunta 116, si las prohibiciones del uso de una marca de fábrica o de comercio de un producto legalmente comercializado están abarcadas por el Acuerdo sobre los ADPIC o el Acuerdo OTC, Australia respondió que "tales medidas no están sujetas a indagación").
[496] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 115 del Grupo Especial. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 838-839.

7.53. Según Honduras, la República Dominicana y Cuba, Australia "cita selectivamente y tergiversa" el informe del Órgano de Apelación en *CE - Banano III*.[497] Honduras añade que "el orden del análisis no guarda ninguna relación con la cuestión de la aplicabilidad de una disposición con exclusión de otra": "[e]n diversas ocasiones, el Órgano de Apelación ha recordado las constataciones que hizo en *CE - Banano III* para reiterar la norma relativa al orden del análisis, que es la de que los grupos especiales deben examinar primero la disposición que se ocupa específicamente y de forma detallada de una determinada cuestión".[498] La República Dominicana también aborda algunas de las otras diferencias a las que Australia ha hecho referencia.[499]

7.54. Haciendo referencia a la aplicabilidad concurrente de los acuerdos abarcados como principio cardinal de la interpretación de los acuerdos abarcados, la República Dominicana, respaldada por Indonesia[500], aduce que es la posición contraria de Australia la que plantea preocupaciones sistémicas graves.[501] A juicio de la República Dominicana, la misma medida está, en principio, sujeta a todas las diferentes obligaciones previstas en los acuerdos abarcados, salvo que se declare lo contrario en el texto de los acuerdos, o haya conflicto en la aplicación de estos.[502] Según la República Dominicana, el "principio de efectividad" dicta que los acuerdos abarcados deben ser leídos armoniosamente, como un todo.[503]

7.55. Cuba añade que la aplicación de diversos Acuerdos de la OMC a una medida no supone ningún problema importante para el sistema de normas comerciales de la OMC.[504] Cuba señala que en *CE - Banano III* el Órgano de Apelación discutió la posibilidad de que el GATT de 1994 y el AGCS pudieran aplicarse a una única medida[505], y que en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* el Grupo Especial evaluó la misma medida en el marco del Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC.[506]

7.56. Honduras aduce además que, en virtud del principio del todo único, por norma general las obligaciones de la OMC se aplican acumulativamente.[507] La jurisprudencia de la OMC confirma que obligaciones diferentes contenidas en Acuerdos diferentes pueden coexistir, puesto que una de ellas no invalida la otra, y que no existe ninguna jerarquía entre los diferentes Acuerdos de la OMC.[508]

7.57. Cuba aduce que ni el Acuerdo sobre la OMC ni la jurisprudencia dejan claro qué ley es más específica, el Acuerdo OTC o el Acuerdo sobre los ADPIC.[509] Honduras añade que las desviaciones respecto de la norma de que los acuerdos de la OMC se aplican acumulativamente son

[497] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 835. Véanse también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 455; la declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 58; y la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 201.

[498] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 458 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Energía renovable / Canadá - Programa de tarifas reguladas*, párrafo 5.6; *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 134; y *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 183).

[499] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 835-836 (donde se abordan los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras*; y *Estados Unidos - Ley de 1916*).

[500] Observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 145 del Grupo Especial, párrafo 2.

[501] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 203. Véase también la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 829.

[502] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 829.

[503] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 829. Véanse también la declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 58; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 115 del Grupo Especial; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

[504] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 200.

[505] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 199 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafos 220 y 221).

[506] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 202, nota 115 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.450-7.459).

[507] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 455 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafos 74, 80 y 89).

[508] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 455 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Publicaciones*, página 22; y al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.244).

[509] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 201.

infrecuentes y que, cuando son aplicables, están claramente estipuladas en el texto de los acuerdos abarcados[510], y señala que, en cambio, no hay ninguna disposición en el derecho de la OMC que indique que, como Australia aduce, el Acuerdo sobre los ADPIC se aplique con exclusión del Acuerdo OTC.[511] Honduras mantiene que, si esa hubiera sido la intención de los redactores, habrían incluido una cláusula específica a tal efecto.[512] La República Dominicana e Indonesia aducen, de manera similar, que, si los Miembros hubieran querido excluir la aplicación del Acuerdo OTC a las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, lo habrían hecho expresamente, como se hizo en el párrafo 5 del artículo 1 del Acuerdo OTC con respecto a las medidas abarcadas por el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF).[513]

7.58. Según la República Dominicana, un conflicto surge cuando es imposible cumplir concurrentemente las obligaciones de dos disposiciones diferentes; sin embargo, en el presente asunto, es perfectamente posible que un Miembro cumpla concurrentemente las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[514]

7.2.3.2 Argumentos de los terceros

7.59. La Argentina está de acuerdo con Australia en que las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio" de las medidas TPP deberían examinarse únicamente en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, porque ese es el Acuerdo que "comprend[e] específicamente" la cuestión de la relación entre el derecho de los Miembros a reglamentar en materia de salud y la protección de las marcas de fábrica o de comercio.[515]

7.60. El Brasil "entiende que una medida puede quedar incluida en el ámbito de aplicación de más de uno de los acuerdos abarcados. De esa manera, una medida que se ocupa de cuestiones de propiedad intelectual puede ser también un reglamento técnico en el sentido del Acuerdo OTC en tanto en cuanto se ocupe de las características o el etiquetado de un producto u otras cuestiones relacionadas con los obstáculos técnicos al comercio de productos".[516] El Brasil también cree que el análisis del Acuerdo OTC debe ser independiente del relativo al Acuerdo sobre los ADPIC, ya que no hay una relación de *lex specialis* entre ellos. Mientras el Acuerdo OTC trata los reglamentos técnicos y sus efectos en el comercio de bienes, el Acuerdo sobre los ADPIC establece los derechos de propiedad intelectual en la medida en que están relacionados con el comercio. El Brasil añade que ambos Acuerdos están contenidos en distintos Anexos del Acuerdo de Marrakech y se refieren a obligaciones sustancialmente diferentes. La incompatibilidad con las obligaciones previstas en uno de ellos no implica necesariamente la infracción del otro.[517]

7.61. El Canadá considera que el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC "no se excluyen mutuamente", en el sentido de que ambos pueden aplicarse a la misma medida, incluida una medida que se ocupa de la propiedad intelectual. Además, según el Canadá, "las medidas relativas a la propiedad intelectual no han sido excluidas del ámbito de aplicación del Acuerdo OTC y pueden constituir, entre otras cosas, 'reglamentos técnicos', en el sentido que tiene esa expresión en el párrafo 1 del Anexo 1 de dicho Acuerdo".[518] El Canadá considera que, puesto que tanto el Acuerdo sobre los ADPIC como el Acuerdo OTC pueden aplicarse a medidas relativas a la propiedad intelectual, "sería incorrecto que el Grupo Especial empleara el principio de *lex specialis* en el presente asunto". El Canadá afirma que, de hecho, "[t]anto el Acuerdo OTC como el Acuerdo

[510] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 456.
[511] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 457.
[512] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 457.
[513] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 202; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 214; respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 44; y observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 145 del Grupo Especial, párrafo 4.
[514] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 831.
[515] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 37; respuesta de la Argentina en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, párrafos 1-8 (donde expresa su acuerdo con la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511); y declaración de la Argentina en calidad de tercero, párrafo 15 (donde expresa su acuerdo con la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511).
[516] Respuesta del Brasil en calidad de tercero a la pregunta 1a del Grupo Especial, página 1.
[517] Respuesta del Brasil en calidad de tercero a la pregunta 1b del Grupo Especial, página 1.
[518] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, párrafos 1-2.

sobre los ADPIC son *lex specialis* y establecen disciplinas respecto de categorías definidas de medidas". El principio de *lex specialis*, señala el Canadá, "no es aplicable si los dos tratados en cuestión se ocupan de la misma materia desde distintos puntos de vista o son aplicables en circunstancias distintas, ni cuando una disposición tiene mayor alcance que la otra, pero no es incompatible con ella". A este respecto, el Canadá no considera que la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC indique que "uno no es más especializado que el otro", ya que ambos acuerdos "pueden aplicarse a la misma materia desde puntos de vista diferentes, y las disposiciones de estos acuerdos abarcados son acumulativas y no entran en conflicto".[519] El Canadá concluye, por lo tanto, que el Grupo Especial "debe evaluar si la medida en litigio satisface los elementos preliminares establecidos [tanto en el Acuerdo OTC como en el Acuerdo sobre los ADPIC]", es decir, si las medidas TPP constituyen un "reglamento técnico" y restringen el comercio a efectos del Acuerdo OTC y si, entre otras cosas, son "exigencias especiales" a efectos del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. En el caso de que las medidas TPP satisfagan esos elementos preliminares tanto respecto del Acuerdo OTC como del Acuerdo sobre los ADPIC, "deberá evaluarse a continuación la compatibilidad de la medida con las disposiciones pertinentes de dichos acuerdos".[520]

7.62. China observa en primer lugar que no se discute que las "prescripciones relativas a la forma" de las medidas TPP son reglamentos técnicos en el sentido del Acuerdo OTC.[521] Con respecto, en particular, a las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio" de las medidas, China considera que satisfacen la definición del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC porque son prescripciones obligatorias respecto de las "características de un producto" y/o su "embalaje, marcado o etiquetado".[522] China también considera que el principio de *lex specialis* no es pertinente en las presentes diferencias y afirma que "el Órgano de Apelación ha establecido firmemente que pueden examinarse aspectos diferentes de una o varias medidas en litigio en el marco de diferentes disposiciones de los acuerdos abarcados de la OMC". China afirma que, por lo tanto, "aunque las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio están sujetas al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, esas prescripciones, en cuanto reglamento técnico, están sujetas concurrentemente al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, si bien las dos disposiciones se aplican a aspectos diferentes de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio".[523]

7.63. La Unión Europea considera que, si un "documento prohíbe, restringe o condiciona el uso de prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, está comprendido en la definición de reglamento técnico, suponiendo que se satisfagan los demás elementos de la definición". A juicio de la Unión Europea, el hecho de que una de tales prescripciones "sea también una marca de fábrica o de comercio o una indicación geográfica (términos que no se emplean en el Acuerdo OTC), no hace, sin más, que el documento quede fuera del ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC". Lo mismo ocurre, según alega la Unión Europea, cuando las prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado también están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20 (u otras disposiciones) del Acuerdo sobre los ADPIC: "ello, sin más, no excluye [esas prescripciones] del ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC". Ello indica, por lo tanto, que las respectivas obligaciones establecidas por esos dos Acuerdos "se aplican concurrentemente"[524], como prueba el hecho de que el Acuerdo OTC se haya aplicado tanto con respecto a "indicaciones geográficas" como al "etiquetado indicativo del país de origen", aunque no se haga "referencia expresa" a ninguna de esas expresiones en la definición de reglamento técnico del Acuerdo OTC.[525] En cuanto al principio de

[519] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, párrafo 3.
[520] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, párrafo 5.
[521] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 72.
[522] Respuesta de China en calidad de tercero a la pregunta 1a del Grupo Especial, página 1.
[523] Respuesta de China en calidad de tercero a la pregunta 1b del Grupo Especial, páginas 1-2.
[524] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 43. Véase también la respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, párrafos 1-13.
[525] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, párrafo 1. A juicio de la Unión Europea, "se ha seguido un enfoque similar con respecto al etiquetado indicativo del país de origen, ya que el origen también es algo que no se menciona expresamente en la definición de reglamento técnico, mientras que el marcado indicativo del origen se regula específicamente en el artículo IX del GATT, y el origen, en el Acuerdo sobre Normas de Origen". Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 44 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 256).

lex specialis, aunque la Unión Europea considera que es "un instrumento analítico útil", también cree que no debe "aplicarse de manera mecánica". Más específicamente, la Unión Europea cree que el principio de *lex specialis* "no da lugar, sin más, a la inaplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en favor del artículo 20 u otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC".[526] Si acaso, la Unión Europea considera esta cuestión "más bien desde el punto de vista del orden del análisis, asunto respecto del cual el Grupo Especial dispone de facultades discrecionales considerables, siempre que aborde fielmente todas las cuestiones que es necesario resolver a efectos de esta diferencia".[527]

7.64. Guatemala considera que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC no son "aplicables con exclusión de las disposiciones del Acuerdo OTC".[528] Guatemala afirma que, de conformidad con el artículo II del Acuerdo sobre la OMC, así como la jurisprudencia del Órgano de Apelación, "los acuerdos abarcados de la OMC deben interpretarse de manera coherente y compatible", en el sentido de que, "[s]iempre que una medida impuesta por un Miembro quede comprendida en el ámbito de aplicación de dos o más acuerdos abarcados, el análisis de esa medida debe hacerse de manera que todos los acuerdos abarcados en cuestión se tengan en cuenta y las obligaciones establecidas en cada uno de ellos se observen minuciosamente".[529] Guatemala considera, y afirma que Australia también lo hace, que el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC se ocupan de materias diferentes.[530] A juicio de Guatemala, aun suponiendo, a efectos de argumentación, que esos Acuerdos "pudieran ocuparse de la misma materia, lo hacen desde un punto de vista diferente y se aplican en circunstancias diferentes".[531]

7.65. El Japón cree que "[e]n el Acuerdo OTC no hay nada que excluya *a priori* las medidas que reglamentan el uso de una marca de fábrica o de comercio del ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2. Por lo tanto, que las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio" de las medidas estén comprendidas en el ámbito de aplicación de esa disposición del Acuerdo OTC "depende de si constituyen un reglamento técnico".[532] En este sentido, el Japón considera que las medidas TPP satisfacen la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, porque no solo establecen las "características de un producto" correspondientes a los productos de tabaco propiamente dichos, sino también las correspondientes a su empaquetado.[533] En lo que concierne a la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC, el Japón afirma en primer lugar que la decisión adoptada por el Órgano de Apelación en *CE - Banano*, citada por Australia guarda relación únicamente "con el orden del análisis y no respalda[] la tesis de que la aplicación de una disposición de un acuerdo abarcado que 'se ocupa específicamente y con detalle' de la materia de que se trata entraña la exclusión de una disposición de otro acuerdo que también se ocupa de la misma materia".[534] A continuación, el Japón señala la decisión adoptada por el Órgano de Apelación en *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, que considera más ajustada al presente asunto[535], y suscribe la opinión de que tanto el Acuerdo sobre los ADPIC como el Acuerdo OTC son "partes integrantes" del mismo tratado

[526] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 44. Véase también la respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, párrafos 2-13.
[527] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, párrafo 1.
[528] Comunicación presentada por Guatemala en calidad de tercero, párrafo 15.
[529] Comunicación presentada por Guatemala en calidad de tercero, párrafos 8-10 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)* y *Argentina - Calzado (CE)*).
[530] Comunicación presentada por Guatemala en calidad de tercero, párrafo 11 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 508-510).
[531] Comunicación presentada por Guatemala en calidad de tercero, párrafo 14.
[532] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafo 39.
[533] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafos 40-42. Véase también la respuesta del Japón en calidad de tercero a la pregunta 1a del Grupo Especial, página 1.
[534] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafos 43-44. Véase también la respuesta del Japón en calidad de tercero a la pregunta 1b del Grupo Especial, páginas 2-3 (donde se da a entender que el recurso de Australia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III* y los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)* y *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras* está fuera de lugar).
[535] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafos 45-46. Véase también la respuesta del Japón en calidad de tercero a la pregunta 1b del Grupo Especial, páginas 2-4.

-el Acuerdo sobre la OMC- y, por consiguiente, sus disposiciones deben interpretarse de un modo tal "que dé sentido a *todas* ellas de manera armoniosa".[536]

7.66. Nicaragua aduce que en la presente diferencia está "claro" que las medidas TPP constituyen un reglamento técnico. Nicaragua considera que la distinción entre las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y las relativas al formato no está enteramente clara, porque los elementos de formato y las características físicas del empaquetado (por ejemplo, tipos de apertura, bordes o relieve) también pueden ser objeto de una marca de fábrica o de comercio. De manera similar, elementos de formato como los colores de los logotipos o las marcas de fábrica o de comercio figurativas son parte integrante de las "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado" que componen las características físicas de un producto. Por lo tanto, aunque es cómodo desde el punto de vista descriptivo, Nicaragua no considera que sea útil desde el punto de vista analítico distinguir las prescripciones en materia de "marcas de fábrica o de comercio" de las prescripciones "físicas". A juicio de Nicaragua, las prescripciones en materia de marcas de fábrica de comercio y las prescripciones físicas de las medidas TPP satisfacen las condiciones para constituir un "reglamento técnico" establecidas en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC y constituyen una única medida abarcada por el Acuerdo OTC, como confirma el hecho de que Australia notificara la medida de conformidad con el párrafo 9.2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[537]

7.67. Nicaragua no está de acuerdo con la lectura que hace Australia de las constataciones de los Grupos Especiales que examinaron los asuntos *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)* y *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras* en el sentido de que respaldan el argumento que esta formula en relación con la *lex specialis* en el presente asunto. En esos asuntos, el punto controvertido era la relación entre el GATT de 1994 y un Acuerdo específico incluido en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, y la relación entre diferentes disposiciones del GATT de 1994, respectivamente. La situación es completamente diferente en las presentes diferencias, que se refieren a dos acuerdos abarcados de la OMC igualmente aplicables que se aplican a la misma situación fáctica con diferentes obligaciones. Nicaragua sostiene que aplicar ambos conjuntos de acuerdos a la misma situación fáctica no plantea ninguna preocupación sistémica y, por lo tanto, la norma de la *lex specialis* no es aplicable.[538]

7.68. Noruega considera que las prescripciones relativas al empaquetado, el marcado o el etiquetado deben considerarse "reglamentos técnicos", y no considera necesario distinguir entre la restricción del uso de una marca de fábrica o de comercio y las prescripciones físicas al evaluar el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[539]

7.69. Singapur opina que el Grupo Especial debe considerar conjuntamente las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y las prescripciones relativas al formato al evaluar la compatibilidad de las medidas TPP con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Tanto las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio como las relativas al formato son "reglamentos técnicos" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC y están sujetas en su conjunto al Acuerdo OTC.[540]

7.70. Singapur sostiene que una medida puede concernir a uno o varios de los de los acuerdos abarcados al mismo tiempo, y está de acuerdo con el Japón en que las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Banano III* guardan relación con el *orden del análisis*, y no con la exclusión de una disposición de otro Acuerdo que se ocupa de la misma materia. Singapur afirma que el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, que se refiere a las prescripciones en materia de

[536] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafo 38 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 81). Véase también la respuesta del Japón en calidad de tercero a la pregunta 1b del Grupo Especial, páginas 2-4.

[537] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, páginas 1-2. Véase también la respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a las preguntas 2 y 3 del Grupo Especial, páginas 2-4.

[538] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, páginas 1-2 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.87, en respaldo de la opinión de que aplicar dos acuerdos abarcados a una única medida de reglamentación es "bastante común en la jurisprudencia de la OMC").

[539] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 78.

[540] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, páginas 1-2 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 176; y *CE - Amianto*, párrafo 67).

terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado en su aplicación a un producto, es tan específico y detallado en este contexto como el Acuerdo sobre los ADPIC lo es en relación con las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio. Singapur concluye que no hay nada que impida al Grupo Especial examinar las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio en el presente asunto en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[541]

7.71. Sudáfrica afirma que "sería convincente aducir que la misma medida podría ser examinada en el marco de dos acuerdos diferentes". Sostiene que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, a diferencia del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, no incorpora una prueba de la necesidad y que, en consecuencia, no estaría justificado hacer una lectura de las actuales disposiciones que implique que incorporan esa prueba. "Si, no obstante, el uso de una marca de fábrica o de comercio como 'símbolo o marca' se considera también en el contexto del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC ... el Grupo Especial debe poder evaluar si ese 'reglamento técnico' (en la medida en que pueda decirse que una marca de fábrica o de comercio es un 'reglamento técnico') cumple las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[542]

7.72. El Perú señala la indicación de Australia de que las medidas TPP están en conformidad con las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, que son una norma internacional pertinente en el sentido del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Perú recuerda a este respecto que el párrafo 46 de dichas Directrices exhorta a las Partes en el CMCT a considerar la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a restringir o prohibir en el empaquetado la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional que no sean el nombre comercial o el nombre del producto en un color y tipo de letra corrientes. A este respecto, además de evaluar determinadas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, resolver la presente diferencia también exige determinar si la Conferencia de las Partes en el CMCT es un órgano con actividades de normalización y, de ser así, si sus Directrices constituyen una norma internacional pertinente. En los presentes procedimientos, el Perú considera que el Grupo Especial debe pronunciarse respecto de ambas cuestiones. Por lo tanto, el Grupo Especial no puede aplicar el principio de economía procesal, porque las medidas TPP contienen dos aspectos: uno relacionado con la propiedad intelectual (uso de marcas de fábrica o de comercio) y otro relacionados con los reglamentos técnicos (etiquetado de los productos de tabaco y otros aspectos relacionados).[543]

7.73. El Uruguay sostiene que las medidas TPP pueden ser definidas como un *set* que conforma una política destinada a proteger la vida humana, animal o vegetal o la salud humana. También pueden ser caracterizadas como reglamentos técnicos y, por lo tanto, están dentro del ámbito del Acuerdo OTC al imponer ciertos elementos físicos en el empaquetado.[544]

7.74. Zimbabwe opina que todos los aspectos de las medidas TPP prevén prescripciones "obligatorias" "que establecen las características de un producto" con respecto a las "prescripciones en materia de ... símbolos, embalaje, marcado o etiquetado" y se aplican a un grupo de productos identificable. Zimbabwe considera que, por lo tanto, tratar de distinguir las prescripciones relativas a la forma, o físicas, de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio no tiene sentido, ya que todos los aspectos de las medidas impugnadas están abarcados por las disciplinas del Acuerdo OTC.[545]

7.2.3.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.75. Consideramos ahora si, como Australia aduce, debe considerarse que determinados aspectos de las medidas TPP relativos al uso de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor, que describe como las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio", no están abarcados por las disciplinas del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, por estar comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, que aborda los derechos de propiedad intelectual. Este argumento nos exige considerar la relación entre dichos Acuerdos, y sus disposiciones pertinentes, en la medida necesaria para determinar si sería inapropiado considerar en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC esos aspectos de las medidas.

[541] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, páginas 2-3.
[542] Respuesta de Sudáfrica en calidad de tercero a la pregunta 1b del Grupo Especial, página 2.
[543] Comunicación presentada por el Perú en calidad de tercero, párrafos 4-6.
[544] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 66.
[545] Declaración de Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 9.

7.76. Como ha observado el Órgano de Apelación, actualmente está firmemente arraigado el concepto de que el Acuerdo sobre la OMC constituye un "todo único" y que, por lo tanto, las obligaciones dimanantes de la OMC son en general acumulativas y los Miembros deben cumplirlas todas simultáneamente.[546] Ese concepto se expresa en el párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC, que dispone lo siguiente:

> Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Multilaterales") forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

7.77. En palabras del Órgano de Apelación, el párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC "pone de manifiesto la idea de los negociadores de la Ronda Uruguay de que las disposiciones del *Acuerdo sobre la OMC* y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales de sus Anexos 1, 2 y 3 deben leerse como un todo".[547] Y, "en consecuencia, una interpretación apropiada de este 'conjunto inseparable de derechos y disciplinas' debe dar sentido a *todas* las disposiciones pertinentes de estos dos Acuerdos igualmente vinculantes".[548] Como ha señalado el Órgano de Apelación, "[e]s importante entender que el *Acuerdo sobre la OMC* constituye *un tratado*" y que los diferentes Acuerdos anexos al él "son parte integrante de ese tratado y ... vinculan con la misma fuerza a todos los Miembros, de conformidad con el párrafo 2 del artículo II del *Acuerdo sobre la OMC*".[549]

7.78. El Órgano de Apelación confirmó esta aplicación acumulativa y concurrente de los acuerdos abarcados de la OMC en *Canadá - Publicaciones*, en relación con el GATT de 1994 (comercio de mercancías) y el AGCS (comercio de servicios), que figuran en los Anexos 1A y 1B del Acuerdo sobre la OMC, respectivamente. El Órgano de Apelación declaró, a este respecto, que "[l]a entrada en vigor del AGCS ... no reduce el ámbito de aplicación del GATT de 1994".[550] El Órgano de Apelación indicó explícitamente que estaba de acuerdo con la siguiente declaración del Grupo Especial: "El sentido corriente de los textos del GATT de 1994 y del AGCS, así como del párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC, considerados en conjunto, indica que las obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y del AGCS pueden coexistir y que una de ellas no invalida la otra'".[551] Como ha manifestado el Órgano de Apelación, la posibilidad de que haya superposición entre los ámbitos de aplicación del GATT y del AGCS depende en último término de la medida litigio:

> Habida cuenta del respectivo ámbito de aplicación de ambos Acuerdos, puede haber o no superposición, según el carácter de la medida de que se trate. Podría considerarse que determinadas medidas están comprendidas exclusivamente en el ámbito del GATT de 1994, cuando afectan al comercio de mercancías como tales. Otras medidas, en cambio, podrían considerarse comprendidas exclusivamente en el ámbito del AGCS, cuando afectan al suministro de servicios como tales. Sin embargo, hay una tercera categoría de medidas que podrían considerarse comprendidas tanto en el ámbito del GATT de 1994 como en el del AGCS. Son las medidas que se refieren a un servicio relacionado con una determinada mercancía o a un servicio suministrado conjuntamente con determinada mercancía. En todos los casos incluidos en esta tercera categoría, la medida de que se trate podría ser examinada tanto en el marco del GATT de 1994 como en el del AGCS. No obstante, si bien la misma medida podría ser examinada en el marco de ambos acuerdos, los aspectos específicos de la misma que se examinen a la luz de uno u otro Acuerdo podrían ser diferentes.[552]

7.79. Estos elementos dejan claro, a nuestro juicio, que el hecho de que pueda haber superposición entre los ámbitos de aplicación de los acuerdos abarcados no implica que el ámbito

---

[546] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 74.
[547] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 81.
[548] Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 81 (las cursivas figuran en el original) (donde se cita el informe del Grupo Especial *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 8.58).
[549] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 75. (las cursivas figuran en el original)
[550] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Publicaciones*, página 22.
[551] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Publicaciones*, página 22 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Publicaciones*, párrafo 5.17).
[552] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 221. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Publicaciones*, página 22; y el informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 7.127-7.128.

de aplicación de cada acuerdo deba reducirse, o modificarse de otro modo. Antes bien, los diversos acuerdos abarcados coexisten y se aplican acumulativamente y, por lo tanto, es posible que una medida esté abarcada simultáneamente por las disciplinas de uno o varios acuerdos abarcados. Ello también está en consonancia con el postulado firmemente asentado de interpretación de los tratados de que, "[a] la luz del principio de efectividad, el intérprete de un tratado está *obligado* a interpretar todas las disposiciones aplicables de un tratado en una forma que dé sentido a *todas* ellas, armoniosamente".[553] Además, como observó el Grupo Especial encargado del asunto *Indonesia - Automóviles*, "el derecho internacional público establece una presunción contraria al conflicto", y "[es]a presunción es especialmente pertinente en el caso de la OMC, puesto que todos los Acuerdos de la OMC ... fueron negociados al mismo tiempo, por los mismos Miembros y en el mismo foro".[554]

7.80. Por lo tanto, no vemos ningún fundamento para suponer que, por principio, las medidas que afectan al uso de la propiedad intelectual y que, por consiguiente, pueden estar abarcadas por el Acuerdo sobre los ADPIC, no puedan estar abarcadas también por disposiciones pertinentes del Acuerdo OTC, en tanto en cuanto estén comprendidas también en el ámbito de aplicación de esas disposiciones.[555]

7.81. Esa posible superposición de los ámbitos de aplicación ha sido observada ya respecto de la relación entre otro acuerdo relativo al comercio de mercancías incluido en el Anexo 1A, el GATT de 1994, y el Acuerdo sobre los ADPIC, que está contenido en el Anexo 1C del Acuerdo sobre la OMC. En el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, Australia impugnó determinadas medidas de las CE al amparo tanto de disposiciones específicas del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a la protección de las indicaciones geográficas y las marcas de fábrica o de comercio como de disposiciones específicas del GATT de 1994 relativas a la no discriminación en relación con los productos importados. En ese asunto, el Grupo Especial "consider[ó] que la conclusión del Acuerdo sobre los ADPIC no redujo el ámbito de aplicación del GATT"[556]:

> [N]o existe ninguna jerarquía entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el GATT de 1994, que figuran en anexos distintos del Acuerdo sobre la OMC. El sentido corriente de los textos del Acuerdo sobre los ADPIC y del GATT de 1994, así como del párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC, considerados en conjunto, indica que las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los ADPIC y del GATT de 1994 pueden coexistir y que una de ellas no invalida la otra. Esta constatación es análoga a la del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Canadá - Publicaciones,* con la que estuvo de acuerdo el Órgano de Apelación, en relación con los alcances respectivos del AGCS y el GATT de 1994. Por otra parte, una "interpretación armoniosa" no exige una interpretación de una que oculte el contorno de la otra. Está demostrado que los

[553] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 81. (las cursivas figuran en el original)

[554] Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.28. (no se reproducen las notas de pie de página)

[555] De hecho, observamos que las cuestiones relacionadas con la protección de la propiedad intelectual no fueron excluidas, como tales, del ámbito de aplicación del GATT de 1947, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en los términos del apartado d) del artículo XX y las actuaciones del caso *Estados Unidos - Artículo 337*. En *Estados Unidos - Artículo 337* las cuestiones relacionadas con las patentes se examinaron en el marco del párrafo 4 del artículo III y el apartado d) del artículo XX del GATT de 1947 para garantizar que las normas sobre propiedad intelectual no discriminen innecesariamente contra las mercancías importadas o constituyan una restricción encubierta del comercio. También aparecen cuestiones relativas a la propiedad intelectual en otras disposiciones del GATT de 1994, por ejemplo en el párrafo 6 del artículo IX, el párrafo 3 c) iii) del artículo XII y el párrafo 10 del artículo XVIII. Asimismo, también se mencionan explícitamente cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual en varios otros Acuerdos de la OMC, como el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) (párrafo 2 a) iii) del artículo 8); el Acuerdo sobre Valoración en Aduana (párrafo 2 b) del artículo 15 y párrafo 1 de la nota al párrafo 1 c) del artículo 8); el Acuerdo sobre Inspección previa a la Expedición (párrafos 12 a) y 12 b) del artículo 2 y apartado c) del artículo 20); el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) (párrafo 3 del artículo VI, párrafo 1 b) del artículo XV y párrafo 2 del artículo XXIII); y el Acuerdo sobre Contratación Pública modificado por el Protocolo de 2012 (ACP modificado) (párrafo 2 c) del artículo III, párrafo 4 del artículo X, párrafo 1 b) ii) del artículo XIII y párrafos 3 b) y 3 c) del artículo XVII). Véase también el párrafo 1 b) del artículo 7 del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, que ya no está en vigor.

[556] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia),* párrafo 7.267, nota 260. Véase también el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos),* párrafo 7.227, nota 234.

> acuerdos abarcados se aplican acumulativamente y que la compatibilidad con uno no implica necesariamente la compatibilidad con todos ellos.[557]

7.82. Sobre esta misma base, dicho Grupo Especial examinó también, tanto en el marco del Acuerdo OTC como del Acuerdo sobre los ADPIC, determinadas prescripciones de la medida en litigio que afectaban a "indicaciones geográficas", que, como las "marcas de fábrica o de comercio", constituyen una de las categorías de derechos de propiedad intelectual abarcadas por el Acuerdo sobre los ADPIC.[558]

7.83. Así pues, concluimos que, cuando una medida está comprendida en el ámbito de aplicación de más de un acuerdo abarcado, incluidos los acuerdos sobre el comercio de mercancías incluidos en el Anexo 1A (como el GATT de 1994 o el Acuerdo OTC) y el Acuerdo sobre los ADPIC, esos acuerdos abarcados se aplican de manera concurrente y acumulativa, en tanto en cuanto la medida en litigio, o aspectos de las misma, estén comprendidos en el ámbito de aplicación de cada acuerdo pertinente. *A priori*, esa aplicación concurrente entraña la posibilidad de examinar la misma medida o el mismo aspecto de una medida en el marco de todas las disposiciones aplicables. De hecho, en la presente diferencia Australia no ha indicado que la aplicabilidad de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC distintas del artículo 20 invocadas por los reclamantes constituya un obstáculo para la aplicabilidad del Acuerdo OTC a las medidas TPP.

7.84. Por lo tanto, sin prejuzgar, en esta etapa de nuestro análisis, el grado en que puede considerarse que las prescripciones que afectan al uso de marcas de fábrica o de comercio constituyen "reglamentos técnicos" en el sentido del Acuerdo OTC[559], constatamos que el mero hecho de que una medida, o un determinado aspecto de una medida, esté abarcado por una disposición específica del Acuerdo sobre los ADPIC no es, en sí mismo, un obstáculo para que pueda estar comprendido también en el ámbito de aplicación de disposiciones pertinentes del Acuerdo OTC.

7.85. Recordamos también que no se ha entendido que el hecho de que uno de varios acuerdos abarcados que se apliquen concurrentemente a la misma medida puedan considerarse más "específicos" respecto de la materia en cuestión en una determinada diferencia implique, como Australia da a entender, que el acuerdo más específico deba aplicarse *con exclusión* del más "general". Antes bien, como se refleja en las resoluciones del Órgano de Apelación en *CE - Banano III* a las que Australia hace referencia[560]:

> Aunque *tanto el párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994 como el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre Licencias son aplicables,* consideramos que el Grupo Especial debería haber aplicado en primer lugar el Acuerdo sobre Licencias, puesto que este Acuerdo se ocupa específicamente y de forma detallada de la administración de los procedimientos para el trámite de licencias de importación. Si el Grupo Especial hubiera procedido así, no habría necesitado examinar la supuesta incompatibilidad con el párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994.[561]

---

[557] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.244 (no se reproducen las notas de pie de página). Véanse también, *ibid.* párrafo 7.87, e informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos),* párrafos 7.36 y 7.208.

[558] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.443-7.515.

[559] Véase la sección 7.2.4 *infra* en relación con esta cuestión.

[560] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511.

[561] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 204 (sin cursivas en el original). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, párrafos 549-550:

> Recordamos que el *Acuerdo sobre la Agricultura* y el *Acuerdo SMC* "son *ambos* Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías que figuran en el Anexo 1A del *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* ("*Acuerdo sobre la OMC*") y, como tales, *ambos* son 'partes integrantes' del mismo tratado, el *Acuerdo sobre la OMC*, y son 'vinculantes para todos sus Miembros'". Además, como ha explicado el Órgano de Apelación, "el intérprete de un tratado está obligado a interpretar todas las disposiciones aplicables de un tratado en una forma que dé sentido a *todas* ellas, armoniosamente". Convenimos con el Grupo Especial en que "el párrafo 1 b) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* se puede leer conjuntamente con las disposiciones del *Acuerdo sobre la Agricultura* relativas a la

7.86. Aunque el Órgano de Apelación hace referencia en este contexto al principio de *lex specialis*, lo que aborda es el orden del análisis y la posibilidad subsiguiente de aplicar el principio de economía procesal, no un conflicto. Determinar el orden del análisis es diferente de resolver un conflicto entre disposiciones, ya que "[e]st[o] últim[o] conlleva la aplicación de normas para la resolución de conflictos o de técnicas interpretativas".[562] El orden del análisis es un instrumento analítico para determinar la secuencia en que un órgano resolutorio aborda alegaciones diferentes, posiblemente relacionadas, mientras que un conflicto de normas guarda relación con la manera en que disposiciones aplicables acumulativamente deben interpretarse en su relación recíproca.[563]

7.87. Tampoco en otras diferencias invocadas por Australia con referencia al principio de *lex specialis*[564] encuentra respaldo la opinión de que un acuerdo abarcado "más específico" debe, por principio, aplicarse con exclusión del más general. Como observa la Unión Europea, *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)* "no fue un asunto en el que se aplicaran [disposiciones específicas de los acuerdos abarcados] con exclusión del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, sino simplemente un caso en que el principio de economía procesal fue aplicado"[565] por el Grupo Especial. Aunque en el pasaje[566] al que hace referencia Australia[567] se aborda el principio de *lex specialis*, en párrafos subsiguientes del análisis del Grupo Especial se aborda[568] y se hace referencia expresa a la economía procesal.[569] De manera similar, en los párrafos del informe del Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras*[570], a los que también ha hecho referencia Australia[571], se trata el principio de *lex specialis* en el contexto de la cuestión examinada por el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)* de "si debía también analizar una alegación al amparo de [otra disposición de otro acuerdo abarcado]".[572] Los párrafos a los que hace referencia Australia constituyen la parte final de un análisis de las razones que respaldaban la conclusión previa de dicho Grupo Especial de que, "se abstiene, en aplicación del principio de economía procesal, de pronunciarse sobre"[573] "varias otras alegaciones con respecto a la medida *en su aplicación* al amparo del *GATT de 1994*".[574] Consideramos que el concepto de economía procesal es distinto del de orden del análisis, aunque "[e]l orden escogido para el examen de las alegaciones puede repercutir también en la posibilidad de aplicar el criterio de economía procesal".[575] A nuestro entender, la economía procesal[576]

---

ayuda interna de forma coherente y compatible, que ofrezca un significado pleno y efectivo a todos sus términos".

En suma, no nos ha convencido el planteamiento de los Estados Unidos de que la prohibición establecida en el párrafo 1 b) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* es inaplicable a las subvenciones para la sustitución de importaciones otorgadas en relación con productos regulados por el *Acuerdo sobre la Agricultura*. Los Miembros de la OMC pueden otorgar ayuda interna que sea compatible con los compromisos de reducción que han asumido en virtud del *Acuerdo sobre la Agricultura*. Sin embargo, al otorgar esa ayuda interna, deben tener en cuenta las demás obligaciones que han asumido en el marco de la OMC, entre ellas la prohibición, establecida en el párrafo 1 b) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, de otorgar subvenciones que estén supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. (las cursivas figuran en el original) (no se reproducen las notas de pie de página)

[562] Informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafo 7.158, nota 380.

[563] La superposición entre dos disposiciones *ratione materiae* es la condición previa para la aplicación del principio *lex specialis derogat legi generali*. Como señaló el Grupo Especial que examinó el asunto *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, [l]a Comisión de Derecho Internacional ha definido el principio de la *lex specialis* como 'una técnica generalmente aceptada para la interpretación y la solución de conflictos de derecho internacional. Conforme a esta máxima, cuando dos o más normas tratan de una misma cuestión, se deberá dar preferencia a la que sea más específica'". Informe del Grupo Especial, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 7.1047. (no se reproduce la nota de pie de página)

[564] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511, nota 695.

[565] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial, párrafo 8.

[566] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)*, párrafo 6.269.

[567] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511, nota 695.

[568] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)*, párrafos 6.270-6.272.

[569] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)*,párrafo 6.272.

[570] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras*, párrafos 7.170-7.172.

[571] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511, nota 695.

[572] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras*, párrafo 7.170.

[573] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras*, párrafo 7.165.

[574] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras*, párrafo 7.163 (las cursivas figuran en el original).

[575] Informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafo 7.161.

también es distinta de un conflicto de normas. La economía procesal entraña la opción del órgano resolutorio de no entrar en el análisis de una alegación, siempre que ello no ponga en riesgo la solución eficaz de la diferencia[577], mientras que un conflicto de normas guarda relación con la manera en que las normas en que se basan las alegaciones deben interpretarse en su relación recíproca.

7.88. Por las razones expuestas, constatamos que, en principio, el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC pueden aplicarse de manera concurrente y acumulativa a aspectos diferentes de las mismas medidas. Enfocamos nuestro ulterior análisis del Acuerdo OTC sobre la base de este entendimiento, tomando nota de que el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC deben interpretarse armoniosamente.

7.89. Con todo, el hecho de que cada uno de los Acuerdos Comerciales Multilaterales forme parte integrante del Acuerdo de Marrakech no aclara, en y por sí mismo, cómo se relacionan entre sí derechos y obligaciones específicos contenidos en esos Acuerdos Comerciales Multilaterales, "en particular cuando están contenidos en instrumentos diferentes que, no obstante, guardan relación con la misma materia".[578] No puede excluirse, por lo tanto, que la aplicación concurrente de acuerdos abarcados diferentes pueda dar lugar a conflictos, incluidos los conflictos entre disposiciones específicas de esos acuerdos diferentes.

7.90. Esta posibilidad se reconoce expresamente, con respecto a los Acuerdos incluidos en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC (es decir, los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías), por medio de la "Nota interpretativa general al Anexo 1A", que dispone lo siguiente:

> En caso de conflicto entre una disposición del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en los acuerdos del Anexo 1A 'Acuerdo sobre la OMC'), prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo.

7.91. El Grupo Especial encargado del asunto *CE - Banano III* entendió esta disposición de la siguiente manera:

> Habida cuenta de la redacción, el contexto, el objeto y la finalidad de [la] Nota [interpretativa general], ... [esta] está encaminada a tratar lo siguiente: i) las disparidades entre las obligaciones contenidas en el GATT de 1994 y las contenidas en los Acuerdos que figuran en el Anexo 1A cuando estas obligaciones se excluyan mutuamente en el sentido de que un Miembro no pueda cumplir ambas obligaciones a la vez, y ii) la situación en que la norma de un acuerdo prohíba lo que permita explícitamente la norma de otro acuerdo.[579]

7.92. No existe, sin embargo, una disposición equivalente respecto de la relación entre acuerdos abarcados contenidos en el Anexo 1A (los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, incluido el Acuerdo OTC) y en el Anexo 1B (AGCS) o el Anexo 1C (Acuerdo sobre los ADPIC), que imparta orientaciones específicas respecto de si existe un conflicto entre disposiciones de esos Acuerdos diferentes o aclare cómo deben abordarse tales conflictos. Ante esta situación, será necesario recurrir a otros elementos de interpretación para determinar la relación específica entre términos y disposiciones individuales de los Acuerdos Comerciales

---

[576] "La práctica de la economía procesal, que emplearon por primera vez varios grupos especiales del GATT, permite que un grupo especial se abstenga de hacer múltiples constataciones de que una misma medida es *incompatible* con diversas disposiciones cuando una única constatación de incompatibilidad, o un cierto número de ellas, bastaría para solucionar la diferencia. La doctrina de la economía procesal, si bien *permite* que un grupo especial no se ocupe de más alegaciones que las necesarias para solucionar la diferencia, no lo *obliga* a proceder de ese modo". Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano,* párrafo 133. (las cursivas figuran en el original)

[577] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafos 5.185-5.203.

[578] Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.53.

[579] Informes del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafo 7.159. (no se reproduce la nota de pie de página)

Multilaterales, y entre tales disposiciones y el Acuerdo de Marrakech.[580] Como ha manifestado el Órgano de Apelación:

> [L]a relación específica entre términos y disposiciones individuales de los Acuerdos Comerciales Multilaterales, y entre tales disposiciones y el Acuerdo de Marrakech, debe determinarse caso por caso mediante una interpretación correcta de las disposiciones pertinentes de dichos acuerdos. Es decir, esa relación específica debe determinarse mediante el examen detenido de las disposiciones en cuestión, leídas a la luz de su contexto y de su objeto y fin, teniendo debidamente en cuenta la arquitectura general del sistema de la OMC como un conjunto único de derechos y obligaciones, así como cualesquiera disposiciones específicas que rijan o esclarezcan la relación entre las disposiciones de instrumentos distintos (como la Nota interpretativa general al Anexo 1A).[581]

7.93. Además, como observó el Grupo Especial encargado del asunto *Indonesia - Automóviles*, "el derecho internacional público establece una presunción contraria al conflicto", y "[es]a presunción es especialmente pertinente en el caso de la OMC, puesto que todos los Acuerdos de la OMC ... fueron negociados al mismo tiempo, por los mismos Miembros y en el mismo foro".[582] Ese Grupo Especial también consideró que un conflicto entre el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) y el artículo III del GATT de 1994 solo surgiría "cuando se produce una situación en la que disposiciones que abarcan el mismo tipo de cuestiones imponen obligaciones que se excluyen recíprocamente"[583]:

> En el derecho internacional, para que haya un conflicto entre dos tratados, es necesario que concurran tres circunstancias. En primer lugar, es necesario que las partes en los tratados en cuestión sean las mismas. En segundo lugar, los tratados deben tener el mismo objeto sustantivo; de lo contrario no habría posibilidad de conflicto. En tercer lugar, las disposiciones deben estar en contradicción, en el sentido de que deben imponer obligaciones que se excluyan mutuamente. "Desde el punto de vista técnico, hay conflicto cuando dos (o más) instrumentos de tratado recogen obligaciones que no es posible cumplir simultáneamente. [...] No obstante, no toda divergencia de esa naturaleza constituye un conflicto. La incompatibilidad del contenido de los instrumentos es condición imprescindible para que exista conflicto".[584]

7.94. En *Guatemala - Cemento I*, el Órgano de Apelación, al interpretar el término "discrepancia" del párrafo 2 del artículo 1 del ESD en el contexto de la relación entre las normas y procedimientos del ESD y el artículo 17 del Acuerdo Antidumping, adoptó una definición análogamente restrictiva de "conflicto", que, sin embargo, no estaba limitada expresamente al conflicto entre "obligaciones":

> [S]ólo deben *prevalecer* [las disposiciones especiales o adicionales] en caso de que *no sea posible* considerar que las disposiciones del ESD, de una parte, y las normas y procedimientos especiales y adicionales, de otra, se *complementan* recíprocamente. Solo podrá llegarse a la conclusión de que una disposición especial adicional *prevalece* sobre una disposición del ESD en el supuesto de que el cumplimiento de una disposición lleve aparejada la vulneración de la otra, es decir en caso de *conflicto* entre ellas.[585]

7.95. Estas resoluciones abordan situaciones un tanto diferentes en lo que respecta al carácter jurídico de las disposiciones entre las que puede surgir un conflicto (a saber, "obligaciones", derechos explícitos, "disposiciones" y prohibiciones). También parecen reflejar definiciones

[580] Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.56.

[581] Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.55. Véase también, con respecto a los Acuerdos incluidos en el Anexo 1A, el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Coco desecado*, página 16.

[582] Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Autos*, párrafo 14.28. (no se reproduce la nota de pie de página)

[583] Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.49.

[584] Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.28, nota 649.

[585] Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafo 65. (las cursivas figuran en el original) Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 159.

parcialmente diferentes de "conflicto". El Grupo Especial que examinó el asunto *Indonesia - Automóviles* consideró que, "conforme al derecho internacional público solo existe conflicto cuando se produce una situación en la que disposiciones que abarcan el mismo tipo de cuestiones imponen obligaciones que se excluyen recíprocamente".[586] Una variante de este concepto restringido de conflicto entraña dos obligaciones positivas, como en la primera situación de "conflicto" identificada por el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Banano III* ("obligaciones [que] se excluyan mutuamente en el sentido de que un Miembro no pueda cumplir ambas obligaciones a la vez"[587]). Otra variante entraña el tipo de conflicto lógico entre dos disposiciones identificado por el Órgano del Apelación en *Guatemala - Cemento I* en el contexto del párrafo 2 del artículo 1 del ESD entre una obligación positiva y una negativa, es decir, entre dos disposiciones de las cuales una prescribe lo que la otra prohíbe.[588] Por último, y de manera un tanto diferente, el segundo tipo de situación identificado por el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Banano III* ("la situación en que la norma de un acuerdo prohíba lo que permita explícitamente la norma de otro acuerdo"[589]) no entrañaría dos obligaciones, sino una prohibición, es decir, una obligación negativa, y una autorización explícita.

7.96. En los presentes procedimientos, debemos considerar la relación específica entre los términos del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y los del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En su núcleo, tanto el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC como el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no permiten determinadas medidas, al exigir que los Miembros *no* adopten ni mantengan determinados tipos de medidas ("no se complicará", "no restringirán"). En esencia, el artículo 20 prohíbe la adopción de "exigencias especiales" que "compli[quen] injustificadamente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, mientras que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC prohíbe la elaboración, adopción o aplicación de "reglamentos técnicos" (incluidos los que se ocupen de "prescripciones en materia terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado") que restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Consideramos que estas dos obligaciones no están en contradicción sustantiva ni "se excluyen mutuamente". Tampoco vemos que exista ningún conflicto lógico entre ellas.[590] Como estas dos disposiciones contienen prohibiciones que ni se excluyen mutuamente ni están en contradicción sustantiva, es posible cumplir ambas a la vez: "el cumplimiento de una disposición [no] llev[a] aparejada la vulneración de la otra".[591]

7.97. En los presentes procedimientos, Australia ha reconocido que "es posible cumplir ambos acuerdos simultáneamente y, de hecho, la medida [TPP] lo hace".[592] Por lo tanto, a nuestro entender, Australia no está aduciendo la existencia de un conflicto entre el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el sentido restringido de obligaciones que se excluyen mutuamente y que, por lo tanto, sería imposible cumplir a la vez. Entendemos que Australia aduce, en cambio, que cumplir las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, en relación con las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, socavaría la flexibilidad de que dispone en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a tales prescripciones. Ello se aproxima más, sin llegar a ser idéntico, al segundo tipo de situación identificado por el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Banano III* como situación que da lugar a un conflicto, a saber, "la situación en que la norma de un acuerdo prohíba lo que permita explícitamente la norma de otro acuerdo".[593] De hecho, mientras que en *CE - Banano III* se hacía referencia a un "permi[so] explícit[o]", Australia invoca una flexibilidad que es indirecta e implícita: emana de lo que *no está prohibido* por el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, es decir, lo que, según aduce Australia, no constituye una complicación injustificable del uso de marcas de fábrica o de comercio en el sentido de esa disposición.

---

[586] Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.49.

[587] Informes del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafo 7.159.

[588] Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafo 65. (sin cursivas en el original) Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 51.

[589] Informes del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafo 7.159. (no se reproduce la nota de pie de página)

[590] Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafo 65. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 51.

[591] Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafo 65. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 51.

[592] Respuesta de Australia a la pregunta 145 del Grupo Especial.

[593] Informes del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafo 7.159.

7.98. Observamos que este entendimiento del conflicto es más amplio en su alcance que las descripciones anteriores de este concepto realizadas por grupos especiales y el Órgano de Apelación, reflejadas *supra*. Recordamos también que en *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)* el Órgano de Apelación abordó la relación entre el Acuerdo SMC y el Acuerdo sobre la Agricultura. No obstante la existencia de una disposición específica en el Acuerdo sobre la Agricultura que da precedencia a este último[594], el Órgano de Apelación concluyó que, al no haber una exclusión o autorización explícita para apartarse de la prohibición del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC[595], esa prohibición se aplica concurrentemente con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre la Agricultura:

> Recordamos que el *Acuerdo sobre la Agricultura* y el *Acuerdo SMC* "son *ambos* Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías que figuran en el Anexo 1A del *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* ("*Acuerdo sobre la OMC*") y, como tales, *ambos* son 'partes integrantes' del mismo tratado, el *Acuerdo sobre la OMC*, y son 'vinculantes para todos sus Miembros'". Además, como ha explicado el Órgano de Apelación, "el intérprete de un tratado está obligado a interpretar todas las disposiciones aplicables de un tratado en una forma que dé sentido a *todas* ellas, armoniosamente". Convenimos con el Grupo Especial en que "el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC se puede leer conjuntamente con las disposiciones del *Acuerdo sobre la Agricultura* relativas a la ayuda interna de forma coherente y compatible, que ofrezca un significado pleno y efectivo a todos sus términos".
>
> En suma, no nos ha convencido el planteamiento de los Estados Unidos de que la prohibición establecida en el párrafo 1 b) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* es inaplicable a las subvenciones para la sustitución de importaciones otorgadas en relación con productos regulados por el *Acuerdo sobre la Agricultura*. Los Miembros de la OMC pueden otorgar ayuda interna que sea compatible con los compromisos de reducción que han asumido en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura. Sin embargo, al otorgar esa ayuda interna, deben tener en cuenta las demás obligaciones que han asumido en el marco de la OMC, entre ellas la prohibición, establecida en el párrafo 1 b) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, de otorgar subvenciones que estén supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.[596]

7.99. Observamos que no hay una disposición similar al párrafo 1 del artículo 21 del Acuerdo sobre la Agricultura que dé precedencia a las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC respecto de las del Acuerdo OTC. Tampoco contiene el Acuerdo sobre los ADPIC, ni, en particular, su artículo 20, una exclusión o autorización explícita para apartarse de la prohibición contenida en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

---

[594] Según el párrafo 1 del artículo 21 del Acuerdo sobre la Agricultura, "[s]e aplicarán las disposiciones del GATT de 1994 y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales incluidos en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, a reserva de las disposiciones del presente Acuerdo". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, párrafo 531.

[595] Según el Órgano de Apelación, el párrafo 1 del artículo 21 del Acuerdo sobre la Agricultura "sería aplicable en ... tres situaciones: [cuando] por ejemplo, las disposiciones sobre ayuda interna del Acuerdo sobre la Agricultura prevalecerían en el caso de que existiera en el texto del Acuerdo sobre la Agricultura una *exclusión o excepción explícita* de las disciplinas del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Otra situación sería aquélla en la que fuera imposible para un Miembro cumplir simultáneamente sus obligaciones en materia de ayuda interna en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura y la prohibición del párrafo 1 b) del artículo 3. Otra situación podría ser aquélla en la que existiera una *autorización explícita* en el texto del Acuerdo sobre la Agricultura que autorizara una medida que, si no existiera tal *autorización expresa*, estaría prohibida por el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, párrafo 532, donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, párrafo 7.1038 (subrayado en el original, sin cursivas en el original). El Órgano de Apelación también recordó su constatación anterior de que, "si los negociadores hubieran tenido intención de permitir a los Miembros que actuaran de forma incompatible con el artículo XIII del GATT de 1994, lo hubieran indicado expresamente". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, párrafo 548, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 157.

[596] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, párrafos 549-550. (las cursivas figuran en el original) (no se reproducen las notas de pie de página)

7.100. Con arreglo a sus términos, el párrafo 20 del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC prohíbe las "exigencias especiales" que "compliquen injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Aunque el artículo 20 no prohíbe, y por lo tanto tolera, las complicaciones que no sean injustificables, no identifica, autoriza ni alienta explícitamente las complicaciones que no sean injustificables. De manera similar, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no prohíbe, y por lo tanto tolera, los reglamentos técnicos que no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo; sin embargo, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no alienta explícitamente tales reglamentos técnicos. En pocas palabras, cada una de esas disposiciones no permite determinadas medidas y establece un equilibrio para evaluar, caso por caso, si medidas específicas están permitidas. A primera vista, las prohibiciones explícitas contenidas en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, respectivamente, deben ser leídas y, en ausencia de conflicto, aplicadas conjuntamente. El principio de lectura armoniosa dicta que las flexibilidades que esas disposiciones permiten implícitamente también deben considerarse conjuntamente, sin dar precedencia *a priori* a una sobre la otra y con exclusión de esta.

7.101. No excluimos que determinados aspectos de las medidas TPP puedan estar comprendidos tanto en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC como en el del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, siempre que constituyan tanto un "reglamento técnico" en el sentido del Acuerdo OTC como "exigencias especiales" comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Suponiendo, a efectos de argumentación, que ese fuera el caso, para determinar si una disposición prohíbe lo que la otra permite, sería necesario que consideráramos si su aplicación concurrente a las mismas medidas o a aspectos de esas medidas daría lugar a resultados que "entren en conflicto". Australia aduce que lo hace, porque al aplicar el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, "el criterio de 'injustificabilidad' del [artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC] sería suplantado por el criterio de 'necesidad' del [párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC]".[597] Dicho de otro modo,"[u]na medida que un Miembro tiene permitido mantener en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, siempre que no sea injustificable, *podría* ser declarada incompatible con el criterio de la mínima restrictividad del comercio previsto en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC ".[598]

7.102. En los argumentos de Australia está implícita la suposición de que la "prueba de la necesidad" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es más rigurosa que la "prueba de la justificabilidad" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC o, al menos, que su aplicación concurrente "podría" dar lugar a resultados que Australia describe como resultados que entran conflicto. En concreto, la situación que Australia contempla es la de que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC permitiría un margen para el mantenimiento de una medida que no estaría permitido si se considerara en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Consideramos, sin embargo, que el grado de rigor relativo de estas dos pruebas es muy difícil de establecer en abstracto. Según las describe Australia, las dos disposiciones entrañan "dos criterios muy diferentes"[599], informados por el contexto específico de cada Acuerdo.[600] Dadas esas diferencias, el resultado del análisis en el marco de cada disposición dependería de las circunstancias del caso, y cabe pensar que se constate que una medida no "restring[e] el comercio más de lo necesario", en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, pero que, al mismo tiempo, "complica" "injustificablemente" el uso de marcas de fábrica o de comercio, en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, o viceversa.[601] No vemos, por lo tanto, ninguna base para suponer que la aplicación concurrente de esas dos disposiciones a aspectos de las mismas medidas que puedan estar comprendidos en el ámbito de aplicación de ambos acuerdos daría lugar necesariamente al tipo de resultados que Australia identifica como resultados que entran en conflicto.

[597] Respuesta de Australia a la pregunta 145 del Grupo Especial, párrafo 2.

[598] Respuesta de Australia a la pregunta 75 del Grupo Especial, párrafo 206. (sin cursivas en el original)

[599] Respuesta de Australia a la pregunta 75 del Grupo Especial, párrafo 206. Véase también el párrafo 7.50. *supra*.

[600] Respuesta de Australia a la pregunta 75 del Grupo Especial, párrafo 206. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 89 del Grupo Especial, párrafo 20.

[601] Observamos también a este respecto que determinados reglamentos técnicos pueden, en virtud de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, beneficiarse de una presunción refutable de compatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 cuando están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes". Esta presunción jurídica no tiene equivalente en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Véase también el párrafo 7.37. *supra*.

7.103. Observamos además que, aunque el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC figuran en partes distintas del Anexo 1 del Acuerdo sobre la OMC, persiguen objetivos complementarios. El Acuerdo OTC sirve para "promover la realización de los objetivos del GATT de 1994"[602], mientras que el Acuerdo sobre los ADPIC sirve para abordar la "aplicabilidad de los principios básicos del GATT de 1994".[603] Señalamos a este respecto el texto del preámbulo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT de 1947), incorporado en el GATT de 1994[604], en el que se expresan el objetivo de los Miembros de "acrecenta[r] ... los intercambios de productos" y el deseo de los Miembros de "contribuir al logro de est[e] objetivo[], mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, a base de reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales, así como la eliminación del trato discriminatorio en materia de comercio internacional".[605] Observamos también que figuran objetivos muy similares en el preámbulo del propio Acuerdo sobre la OMC, al que tanto el Acuerdo OTC como el Acuerdo sobre los ADPIC están anexos.[606] El primer considerando del Acuerdo sobre los ADPIC subraya el objetivo del Acuerdo de reducir los obstáculos al comercio y evitar la creación de restricciones del comercio: "Deseosos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo".[607]

7.104. Además, es necesario interpretar el Acuerdo OTC a la luz del objetivo establecido en su preámbulo de que "no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias ... para la protección de la salud y la vida de las personas". En virtud del mismo párrafo del preámbulo, esa prerrogativa de los Miembros está supeditada a la "condición de que no ... aplique[n] [esas medidas] en forma tal que constituyan ... una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones del ... Acuerdo [OTC]".[608] De manera similar, al establecer que "[l]os Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública", el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC supedita esa facultad a la condición de que "esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el ... Acuerdo [sobre los ADPIC]".

7.105. Puede suponerse, por lo tanto, que, considerados en su contexto, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC reflejan, cada uno, un determinado equilibrio entre, al menos, tres dimensiones: i) el objetivo de reducir y evitar los obstáculos al comercio; ii) la posibilidad de adoptar medidas con fines de política pública legítimos, incluida la salud pública; y iii) el imperativo de cumplir las prescripciones aplicables en virtud de las disposiciones pertinentes de cada acuerdo. Las prescripciones establecidas por esas dos disposiciones pueden verse, por lo tanto, como complementarias, en lugar de contradictorias.[609]

---

[602] Segundo considerando del preámbulo del Acuerdo OTC.

[603] Apartado a) del segundo considerando del preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC.

[604] Párrafo 1 a) del GATT 1994.

[605] Segundo y tercer considerandos del preámbulo del GATT 1994

[606] Véase el Acuerdo sobre la OMC, considerandos primero ("acrecentar la producción y el comercio de bienes") y tercero ("contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales") del preámbulo. Como ha declarado el Órgano de Apelación:

> Al término de la Ronda Uruguay, los negociadores dieron forma a un preámbulo adecuado para el nuevo *Acuerdo sobre la OMC*, que fortaleciera el sistema multilateral de comercio con el establecimiento de una organización internacional, *inter alia*, a fin de facilitar la aplicación, administración y funcionamiento y favorecer la consecución de los objetivos del mencionado Acuerdo y de los demás Acuerdos resultantes de la Ronda. Reconociendo la importancia de la continuidad con el precedente sistema del GATT, los negociadores utilizaron el preámbulo del GATT de 1947 como modelo del preámbulo del nuevo *Acuerdo sobre la OMC*".

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 152.

[607] Primer considerando del preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC. El último considerando del preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC hace referencia además al deseo de establecer unas "relaciones de mutuo apoyo" entre, por un lado, la OMC, y por otro, la OMPI, así como "otras organizaciones internacionales competentes".

[608] Sexto considerando del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC.

[609] Las dos disposiciones logran ese equilibrio desde *perspectivas diferentes* que, en lugar de *contradictorias*, pueden considerarse *complementarias*. Es necesario que, al regular el etiquetado y el empaquetado que puedan afectar también al uso de marcas de fábrica o de comercio, los Miembros de la OMC

7.106. A la luz de lo anterior, no vemos ninguna base para suponer la existencia de un conflicto entre el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, ya sea con arreglo a las diversas definiciones de conflicto expuestas *supra*, o en el sentido propuesto por Australia, que nos exija abstenernos de examinar aspectos de las medidas TPP que puedan estar comprendidos en el ámbito de aplicación tanto del Acuerdo OTC como del Acuerdo sobre los ADPIC. Antes bien, como se ha explicado con detalle *supra*, debemos suponer que ambos acuerdos se aplican de manera acumulativa y armoniosa.[610]

7.107. Habiendo llegado a estas determinaciones iniciales, consideramos ahora si las medidas TPP están abarcadas por el Acuerdo OTC y, más específicamente, si constituyen un reglamento técnico en el sentido de dicho acuerdo. En ese contexto abordaremos la cuestión de si las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP constituyen un reglamento técnico en el sentido del Acuerdo OTC. Solo en el caso de que determinemos que las medidas son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y están, al mismo tiempo, permitidas en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, surgirá la situación que, según alega Australia, constituye un conflicto. Si constatáramos que ese es el caso, sería necesario que consideásemos a continuación si esa situación da lugar a un "conflicto", como aduce Australia.

7.2.4 La cuestión de si las medidas TPP constituyen un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC

7.108. Los reclamantes alegan que las medidas TPP están abarcadas por el Acuerdo OTC, puesto que están comprendidas en la definición de "reglamento técnico" que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo.[611] Como se indica *supra*, Australia "acepta que las prescripciones físicas [establecidas en las medidas TPP] son reglamentos técnicos comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC".[612] Sin embargo, considera que "[e]l Acuerdo OTC aborda los reglamentos técnicos y no parece, según sus términos, ocuparse de la explotación de la propiedad intelectual".[613]

7.109. El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC se aplica a los "reglamentos técnicos" de las instituciones del gobierno central. En el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC[614] se define "reglamento técnico" como sigue:

> Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

---

logren el equilibrio entre salud y comercio desde la perspectiva tanto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC como del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

[610] La referencia del artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC a "otros requisitos oficiales impuestos a los bienes ... protegidos por la marca" puede indicar también la intención de los negociadores de garantizar que las prescripciones del Acuerdo sobre los ADPIC coexistan armoniosamente con medidas que estén abarcadas (entre otros) tanto por Acuerdo OTC ("*requisitos oficiales impuestos a los bienes*" como por el Acuerdo sobre los ADPIC ("*que constituyan un obstáculo al uso de la [marca]*" de ese "*bien*"). Esos "otros requisitos" se consideran "*razones válidas de falta de uso*".

[611] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 829-846; segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 445-460; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 936-950; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 815-841; primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 391-397; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 192-197; primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 369-384; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 211-219.

[612] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 507.

[613] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 509.

[614] De conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo OTC, "a los efectos del presente Acuerdo el sentido de los términos definidos en el Anexo 1 será el que allí se precisa". Véase también el segundo párrafo de la introducción del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

7.110. La cuestión de si una medida constituye un reglamento técnico depende de tres criterios[615]:

a. "*[p]rimero*, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable";

b. "*[s]egundo*, el documento debe establecer una o más características del producto"; y

c. "*[t]ercero*, la observancia de las características del producto debe ser obligatoria".[616]

7.111. Las partes no cuestionan la pertinencia de esos criterios para determinar si una medida es un reglamento técnico.[617]

7.112. Según ha observado el Órgano de Apelación:

> [L]a determinación acerca de si una medida constituye un reglamento técnico "debe hacerse a la luz de las características de la medida en cuestión y las circunstancias del caso"... [E]n este análisis debe darse un peso particular a los aspectos "integrantes y esenciales" de la medida. Por lo tanto, al determinar si una medida es un reglamento técnico, un grupo especial debe examinar detenidamente el diseño y el funcionamiento de la medida al tiempo que trata de identificar sus aspectos "integrantes y esenciales". Son esas las características de la medida a las cuales debe darse el mayor peso a los efectos de caracterizarla y, en consecuencia, de determinar si está sujeta a las disciplinas del Acuerdo OTC. La conclusión definitiva sobre la caracterización jurídica de la medida debe hacerse con respecto a, y tras haber considerado, la medida en su conjunto.[618]

7.113. Teniendo presentes esas consideraciones, abordamos los tres criterios identificados *supra* que deben ser satisfechos para que las medidas TPP constituyan un reglamento técnico.

7.114. Observamos para empezar que cada uno de los instrumentos jurídicos que comprenden las medidas TPP satisface el requisito establecido en el párrafo 1 del Anexo 1 de que los reglamentos técnicos figuren en un "documento".[619] Por lo tanto, consideramos a continuación si las medidas TPP i) se aplican a un grupo de productos identificable, y ii) establecen una o más características de los productos, iii) cuya observancia es obligatoria.

---

[615] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 176.

[616] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 176 (las cursivas figuran en el original) (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 66-70).

[617] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 791; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 937; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 392; primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 370; y primera comunicación escrita de Australia, párrafos 507 y 563.

[618] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.19 (donde a su vez se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 188 (donde a su vez se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación *CE - Amianto*, párrafo 64; y *CE - Sardinas*, párrafos 192 y 193)); y *CE - Amianto*, párrafo 72).

[619] En el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Órgano de Apelación mantuvo que:

> El párrafo 1 del Anexo 1 [del Acuerdo OTC] define la expresión "reglamento técnico" mediante referencia al término "*document*" (documento), que se define de manera bastante amplia como "*something written*, *inscribed*, *etc.*,*which furnishes evidence or information upon any subject*" (algo escrito, consignado, etc., que proporciona pruebas o información sobre algún tema).[391] El empleo del término "documento" podría por tanto abarcar una amplia gama de instrumentos o aplicarse a diversas clases de medidas.
>
> [*nota del original][391] *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 731. Observamos que la Guía 2 de la ISO/CEI, Términos generales y sus definiciones en relación con la normalización y las actividades conexas, sexta edición (1991) (la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991) establece que "[s]e entiende por 'documento' todo soporte que contenga información".

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 185. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.9-5.10 (donde se afirma que "el alcance del párrafo 1 del Anexo 1 parece estar limitado a los documentos que establecen o prescriben algo y por lo tanto tienen cierto contenido normativo"). Véanse también el párrafo 7.291 y las notas 1153, 1001 y 1007 *infra*.

7.2.4.1 La cuestión de si las medidas TPP se aplican a un grupo de productos identificable

7.2.4.1.1 Principales argumentos de las partes

7.115. Los reclamantes aducen que las medidas TPP (con inclusión de la Ley TMA) se aplican a un producto o grupo de productos identificable de conformidad con el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.[620] Señalan que en el artículo 4(1) de la Ley TPP figura una definición de "productos de tabaco"[621] a los efectos de dicha Ley.[622] Honduras añade[623] que en el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP se aclara la amplitud de esta definición.[624] Cuba hace referencia al subtítulo de la Ley TPP ("Una Ley para desincentivar el consumo de productos de tabaco, y para objetivos relacionados")[625] y observa que Australia indica que "[l]os requisitos del empaquetado genérico del tabaco se aplican a *todos los productos de tabaco*".[626] Indonesia menciona el título del Capítulo 2 de la Ley TPP ("Prescripciones aplicables al empaquetado genérico y el aspecto de los productos de tabaco") y observa que, según el "Esquema simplificado" de su Capítulo 2[627], "la Parte 2 de este Capítulo especifica las prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco".[628] Por lo tanto, Indonesia aduce[629] que la situación con arreglo a las medidas TPP es similar a la del asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, en el que el Grupo Especial había constatado que la medida pertinente "identifica[ba] expresamente los productos que abarca[ba]"; así pues, los productos no eran "simplemente 'identificables', como al parecer ocurría en el asunto *CE - Amianto*" sino que "[a]ntes bien ... [estaban] 'expresamente identificados'".[630] Según Indonesia, confirma este punto la "[f]inalidad" declarada del Reglamento TPP: "establecer las prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco a los efectos de la Parte 2 del Capítulo 2 de la Ley [TPP]".[631]

7.116. Como se ha indicado, Australia acepta que las "prescripciones físicas" de las medidas TPP establecen las características de un producto[632]; sin embargo, niega que el Acuerdo OTC sea aplicable a las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio" de dichas medidas.[633] Al hacerlo, Australia no aborda explícitamente los argumentos de los reclamantes expuestos *supra* por lo que respecta a la aplicabilidad de las medidas TPP a un producto o grupo de productos identificable.

---

[620] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 831-833; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 939-940; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 820; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 394; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 194; y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 371-374.

[621] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 394; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 940; primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 831; y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 372.

[622] De conformidad con la Ley TPP, "por *producto de tabaco* se entiende el tabaco elaborado o cualquier producto que contenga tabaco y que: a) esté destinado a ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé; y b) no esté inscrito en el Registro Australiano de Productos Terapéuticos mantenido en virtud de la Ley de Productos Terapéuticos de 1989". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1).

[623] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 832.

[624] Honduras cita la parte siguiente del Memorándum explicativo: "Esta definición se basa en la del CMCT de la OMS. Tiene por objeto abarcar todos los productos de tabaco destinados al consumo humano e incluye, por ejemplo, cigarrillos, cigarros (puros), tabaco para armar, bidis, kreteks, cigarritos (puritos) y productos de tabaco solubles, como las pastillas para chupar que contienen tabaco". Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 9.

[625] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 194, nota 100.

[626] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 194, nota 100 (el resalte es de Cuba) (donde se cita la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 125, y se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 132).

[627] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), página 18.

[628] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 372; respuesta de Indonesia a las preguntas 62 y 115 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 215.

[629] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 371-372.

[630] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.27.

[631] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 374; y respuesta de Indonesia a la pregunta 62 del Grupo Especial (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.4).

[632] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 507.

[633] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 509-512.

7.2.4.1.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.117. Un "'reglamento técnico' ha de ser aplicable a un producto o grupo de productos identificable", pero el término "identificable" no requiere que un reglamento técnico "identifique expresamente" su cobertura de productos, siempre que los productos a los cuales se aplica sean "identificables".[634] Al evaluar si se cumple este criterio, damos el mayor peso a las disposiciones de las medidas TPP que, a nuestro juicio, representan sus aspectos integrantes y esenciales.[635]

7.118. El texto de la Ley TPP revela que se aplica a un grupo de productos expresamente identificado. El "esquema simplificado" del artículo 12 de la Ley TPP establece que "[l]a presente Ley regula el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco".[636] En la Ley figura la siguiente definición de "producto de tabaco"[637]:

> tabaco elaborado o cualquier producto que contenga tabaco, y que:
>
> a) esté destinado a ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé; y
>
> b) no esté inscrito en el Registro Australiano de Productos Terapéuticos mantenido en virtud de la *Ley de Productos Terapéuticos de 1989*.
>
> Nota: Las hebras de tabaco para liar cigarrillos son un ejemplo de tabaco elaborado. Los cigarros (puros) o los cigarrillos son ejemplos de productos que contienen tabaco.[638]

7.119. Como indica Honduras[639], el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP aclara de manera pertinente el alcance de esta definición, como sigue:

> La definición de "producto de tabaco" de la [Ley TPP] significa que, en general, cualquier producto que contenga tabaco, con independencia de lo pequeña que sea la cantidad, quedará comprendido en el ámbito de aplicación de la [Ley TPP] si está destinado a ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé.
>
> Esta definición se basa en la del CMCT de la OMS. Tiene por objeto abarcar todos los productos de tabaco destinados al consumo humano e incluye, por ejemplo,

---

[634] Según el Órgano de Apelación:

> Evidentemente, un "reglamento técnico" ha de ser aplicable a un producto o grupo de productos *identificable*. De lo contrario, la aplicación coercitiva del reglamento sería, en la práctica, imposible. También se basa en esta consideración la obligación formal, establecida en el párrafo 9.2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, de que los Miembros notifiquen a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría de la OMC, "cuáles *serán los productos abarcados*" por un "reglamento técnico" en proyecto (sin cursivas en el original). Está claro que para cumplir esta obligación es necesario identificar los productos abarcados por el reglamento técnico. Sin embargo, a diferencia de lo que da a entender el Grupo Especial, esto no significa que un "reglamento técnico" haya de aplicarse a productos "*dados*" que se *nombren*, *identifiquen* o *precisen* efectivamente en el reglamento (sin cursivas en el original). Aunque el *Acuerdo OTC* se aplica evidentemente a los "productos" en general, en el texto de ese Acuerdo no hay nada que lleve a pensar que es necesario que esos productos se nombren o identifiquen *expresamente* en un "reglamento técnico". Por otra parte, puede haber razones administrativas perfectamente válidas para formular un "reglamento técnico" de forma que *no* se identifiquen expresamente los productos por su nombre, sino que simplemente se haga que resulten identificables; por ejemplo, mediante la "característica" que sea objeto de reglamentación.

Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

[635] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.19.

[636] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 12.

[637] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1). Véanse la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 394; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 940 y notas 116 y 805; la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 831; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 372.

[638] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1).

[639] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 832.

> cigarrillos, cigarros (puros), tabaco para armar, bidis, kreteks, cigarros pequeños y productos de tabaco solubles, como las pastillas para chupar que contienen tabaco.
>
> Es importante señalar que los productos terapéuticos, destinados a ayudar a las personas a abandonar el consumo de productos de tabaco, no estarán sujetos a la [Ley TPP] ... Los productos que contengan nicotina pero no contengan nada de tabaco no estarán sujetos a la [Ley TPP].
>
> La amplia definición de "productos de tabaco" puede abarcar algunos productos de tabaco ilegales de conformidad con las leyes del Commonwealth, de los estados y de los territorios que regulan el uso y la venta de tabaco, que no se ven afectados por la aplicación del presente Proyecto de Ley.[640]

7.120. Asimismo, como señala Indonesia[641], el artículo 3 de la Ley TPP (titulado "Objetivos de la Ley") se refiere a los "productos de tabaco"[642] y, como se analiza con mayor detalle *infra*, define los objetivos de la Ley por referencia sus efectos en el uso de dichos productos.[643]

7.121. Además, en la Ley TPP se define explícitamente "prescripción para los productos de tabaco" como:

> [L]as siguientes prescripciones en relación con el empaquetado para la venta al por menor o el aspecto de los productos de tabaco:
>
> (a) la prescripción especificada en la Parte 2 del Capítulo 2;
> (b) la prescripción establecida por el reglamento elaborado de conformidad con la Parte 2 del Capítulo 2;
> (c) si se aplica el artículo 15(2) (adquisición de propiedad)- la prescripción establecida por el reglamento elaborado de conformidad el artículo 15.[644]

7.122. Como observa Indonesia[645], el Capítulo 2 de la Ley TPP se titula "Prescripciones aplicables al empaquetado genérico y el aspecto de los productos de tabaco" y, de acuerdo con el Esquema

---

[640] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 9.

[641] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 374; y respuesta de Indonesia a la pregunta 62 del Grupo Especial (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-7), artículo 1.1.4).

[642] En el artículo 3 se definen los "Objetivos de la presente Ley" como sigue:

> (1) Los objetivos de la presente Ley son:
> (a) mejorar la salud pública:
> (i) desalentando de empezar a fumar o de consumir productos de tabaco; y
> (ii) alentando a dejar de fumar y a dejar de consumir productos de tabaco; y
> (iii) desalentando a quienes han dejado de fumar, o dejado de consumir productos de tabaco, de recaer en ello; y
> (iv) reduciendo la exposición al humo de los productos de tabaco; y
> (b) dar cumplimiento a determinadas obligaciones asumidas por Australia como parte en el Convenio para el Control del Tabaco.
> (2) el Parlamento tiene intención de contribuir al logro de los objetivos enunciados en el párrafo (1) reglamentando el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco con objeto de:
> (a) reducir el atractivo de los *productos de tabaco* para los consumidores; y
> (b) aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias que figuran en el empaquetado para la venta al por menor de *productos de tabaco*; y
> (c) reducir 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*.

Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3. (sin cursivas en el original)

[643] Esta observación se formula sin perjuicio de nuestra evaluación, en la sección 7.2.5.1 *infra*, de la cuestión de si las medidas TPP persiguen un objetivo legítimo.

[644] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1).

[645] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 372; respuesta de Indonesia a las preguntas 62 y 115 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 215.

simplificado del Capítulo 2[646], la Parte 2 del Capítulo 2 "especifica las prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco".[647] Por lo tanto, según sus términos expresos, la Ley TPP establece prescripciones con respecto al empaquetado y el aspecto de un grupo de productos expresamente identificado, a saber, los "productos de tabaco". En la Parte 2 del Capítulo 2 figuran las prescripciones sustantivas de la Ley TPP impugnadas por los reclamantes al amparo del Acuerdo OTC.

7.123. En el Reglamento TPP se detallan las "prescripciones para los productos de tabaco" de la Ley TPP. Concretamente, el artículo 27 de la Ley TPP dispone que los reglamentos "pueden establecer prescripciones adicionales relacionadas con a) el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco; y b) el aspecto de los productos de tabaco".[648] Ello queda recogido en la "Finalidad" del Reglamento TPP.[649] Cabe destacar que el Reglamento TPP especifica que una serie de palabras y expresiones en él utilizadas, entre ellas "producto de tabaco", tienen el mismo sentido que el establecido en la Ley TPP.[650] Además, en la Ley TPP se define "la presente Ley" en el sentido de que "incluye los reglamentos".[651] Por consiguiente, al igual que la Ley TPP, el Reglamento TPP se aplica, según los términos expresos del instrumento, a los "productos de tabaco" en tanto en cuanto tiene por objeto establecer prescripciones para los "productos de tabaco" según se definen en la Ley TPP, además de las establecidas en dicha Ley.

7.124. La Ley TMA no identifica expresamente su cobertura de productos. Consideramos en consecuencia si, no obstante, se aplica a un grupo de productos que es "identificable".[652] Recordamos que la Ley TMA introduce en la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* (Cth) una nueva disposición, a saber, el artículo 231A, que establece lo siguiente:

> (1) En los reglamentos [elaborados por el Gobernador General en virtud de las facultades que le confiere el artículo 231 de la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* (Cth)] podrán establecerse disposiciones en relación con el efecto de la aplicación de la *Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011*, y de cualesquiera reglamentos elaborados en virtud de dicha Ley, sobre:
>
> (a) una disposición de la presente Ley; o
>
> (b) un reglamento elaborado en virtud de la presente Ley, incluidos:
>
> (i) un reglamento por el que se aplique una disposición de la presente Ley; o
>
> (ii) un reglamento por el que se aplique una disposición de la presente Ley en forma modificada.
>
> (2) Sin limitar lo previsto en el párrafo (1), los reglamentos elaborados a los fines de ese párrafo podrán aclarar o declarar el efecto de la aplicación de la *Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011,* y de cualesquiera reglamentos elaborados en virtud de dicha Ley, sobre una disposición de la presente Ley o un reglamento elaborado en virtud de la presente Ley, incluso considerando o estimando:

[646] Según el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP de 2011, "En la Parte 1 (cláusula 17) se ofrece un esquema simplificado del Capítulo 2, para ayudar a entender las cláusulas pertinentes". Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 12.

[647] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 17.

[648] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 27. Según el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011, en el "Capítulo 2 se exponen las prescripciones generales de empaquetado genérico de los productos de tabaco, y algunas prescripciones específicas para las cajetillas y cartones de cigarrillos. En el Capítulo 2 también se establece que corresponde al Gobernador General elaborar reglamentos que especifiquen las prescripciones para el empaquetado genérico y el aspecto de los productos de tabaco, entre otras cosas, para impulsar el logro de los objetivos del Proyecto". Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 12.

[649] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.4.

[650] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.3. Entre las demás palabras y expresiones que tienen en mismo sentido que en la Ley TPP se incluyen "empaquetado para la venta al por menor", "publicidad y promoción del tabaco" y "nombre de una variante".

[651] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4 (definición de "la presente Ley"). Véase también *ibid*., artículo 109.

[652] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70.

(a) que algo ha sucedido (o no); o

(b) que alguna circunstancia se ha dado (o no); o

(c) que algo tiene (o no) un efecto determinado.

(3) Los reglamentos elaborados a los fines del párrafo (1):

(a) podrán ser incompatibles con la presente Ley; y

(b) prevalecerán sobre la presente Ley (incluidos cualesquiera otros reglamentos o instrumentos elaborados en virtud de la presente Ley) en la medida en que exista alguna incompatibilidad.[653]

7.125. El Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA explica que:

> Los reglamentos elaborados en virtud del nuevo artículo 231A no están destinados a tener efecto alguno en la aplicación de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio en relación con los bienes o servicios no regulados por la Ley relativa al Empaquetado Genérico.[654]

7.126. Esto indica que la finalidad de los reglamentos elaborados en virtud de la Ley TMA es solo abordar la posible repercusión de la aplicación de la Ley TPP y del Reglamento TPP en relación con marcas de fábrica o de comercio a cuya utilización afecte la Ley TPP, es decir, las relativas a los productos de tabaco.

7.127. El examen del texto del artículo 231A confirma esta opinión. Concretamente, la Ley TMA otorga al Gobernador General la facultad de elaborar reglamentos, que únicamente está limitada por la prescripción de que tales reglamentos se elaboren "en relación con el efecto de la aplicación" de la Ley TPP y del Reglamento TPP, que se aplican ellos mismos en relación con los productos de tabaco, sobre una disposición de la Ley TM o los reglamentos elaborados en virtud de dicha Ley.

7.128. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que la Ley TPP y el Reglamento TPP se aplican a un grupo de productos expresamente identificado, a saber, los "productos de tabaco", definidos[655] en el artículo 4.1 de la Ley TPP. Aunque la Ley TMA no identifica expresamente los productos a los que se aplica de la misma manera, entendemos que se aplica en relación con el mismo grupo de productos (es decir, los productos de tabaco).

7.2.4.2 La cuestión de si las medidas TPP establecen una o más características del producto

7.2.4.2.1 Principales argumentos de las partes

7.129. Los reclamantes sostienen que las medidas TPP, en particular la Ley TPP y el Reglamento TPP, establecen características del producto. Según los reclamantes, tanto las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio como las relativas a la forma[656] establecidas en las medidas TPP establecen prescripciones en materia de empaquetado, marcado y etiquetado.[657] La República Dominicana también aduce que las medidas TPP establecen características para los productos de tabaco, con inclusión de las cajetillas y cartones de cigarrillos,

[653] Ley TMA (Pruebas documentales AUS-4, JE-3), párrafo 2 del anexo 1. (no se reproduce la nota de pie de página)
[654] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-5, JE-5), página 1.
[655] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.21; y los informes del Grupo Especial, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 7.114.
[656] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 945; y primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 834-840.
[657] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 947. Véanse también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 395; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 379-380.

concernientes a su composición, tamaño, forma y color, que se aplican mediante las "prescripciones administrativas correspondientes" según lo dispuesto en las medidas TPP.[658]

7.130. Australia acepta que las prescripciones relativas a las características físicas de los productos y paquetes de tabaco "'establecen características del producto' y/o 'tratan de ... prescripciones en materia de terminología, símbolos [y] embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto'" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.[659] Sin embargo, Australia está "gravemente preocupada por las consecuencias sistémicas" de la tesis de que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio pueden ser también objeto de examen en el marco del Acuerdo OTC.[660] Según Australia, el Acuerdo OTC, "no parece, según sus términos, ocuparse de la explotación de la propiedad intelectual"[661], y "el párrafo 2 del artículo 2 ... no hace referencia en absoluto al uso de una marca de fábrica o de comercio, sino que abarca todo tipo de 'reglamentos técnicos'".[662] En consecuencia, Australia sostiene que solo las "prescripciones físicas" de las medidas TPP pueden ser debidamente examinadas en el marco del párrafo 2 del artículo 2.[663]

7.131. Los reclamantes sostienen que tanto las prescripciones físicas como las relativas a las marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP están abarcadas por la definición de reglamento técnico del Acuerdo OTC, y deberían ser abordadas conjuntamente[664], una opinión compartida por un "gran número" de terceros en los presentes procedimientos, entre ellos "varios que por lo demás respaldan ampliamente" las medidas TPP de Australia.[665] Honduras aduce que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio rigen el empaquetado, la presentación y el aspecto de los productos de tabaco[666], mientras que las prescripciones relativas al formato afectan al empaquetado de los productos de tabaco y a los propios productos.[667] Honduras mantiene que no hay nada en el texto del párrafo 1 del Anexo 1 que indique que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio estarían excluidas de la definición de reglamento técnico[668], y observa que "en ninguno de los criterios del Órgano de Apelación se indica que las medidas que afectan a los derechos de propiedad intelectual estén excluidas de la definición que figura en el párrafo 1 del Anexo 1".[669] De forma análoga, la República Dominicana aduce que Australia no presenta argumentos que apoyen su posición sobre la base del texto del párrafo 1 del Anexo 1.[670] Según Cuba, Australia no aborda la definición de reglamento técnico.[671] La República Dominicana observa a este respecto que la "falta de un texto expreso, como 'marcas de fábrica o de comercio' o 'indicaciones geográficas', en la definición de 'reglamento técnico' no significa que las medidas [T]PP no cumplan las condiciones para ser un 'reglamento técnico'".[672] Según Indonesia, "los términos 'embalaje o etiquetado' del Acuerdo OTC no están matizados" y "el Acuerdo no se limita a los aspectos del empaquetado o etiquetado que 'no están relacionados con la propiedad intelectual'".[673] Indonesia aduce que, de hecho, "hay multitud de temas que un reglamento técnico podría tratar y el Acuerdo OTC no se refiere específicamente a ninguno de ellos".[674] Por ejemplo, aunque las "normas de origen" no se mencionan en ninguna parte del

[658] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 944.
[659] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 507.
[660] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 509.
[661] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 509.
[662] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 510.
[663] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 512.
[664] Respuesta de Honduras a la pregunta 62 del Grupo Especial; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 62 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 190; respuesta de Cuba a las preguntas 1 y 62 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial); segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 217, 219 y 294; y respuesta de Indonesia a la pregunta 62 del Grupo Especial.
[665] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 217-219 (donde se hace referencia, entre otros, al Canadá, China, la Unión Europea, el Brasil, Nicaragua, Noruega y Sudáfrica).
[666] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 837.
[667] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 838-839.
[668] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 448.
[669] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 452.
[670] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 833.
[671] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 193.
[672] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 827.
[673] Respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 44.
[674] Respuesta de Indonesia a la pregunta 62 del Grupo Especial, párrafo 61.

Acuerdo OTC, en el asunto *Estados Unidos - EPO* tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación "reconocieron que el Acuerdo OTC abarca el etiquetado indicativo del origen".[675]

7.132. Los reclamantes también observan que en el Acuerdo OTC figuran disposiciones que excluyen expresamente determinadas materias de su ámbito de aplicación. Señalan, más concretamente, los párrafos 4 y 5 del artículo 1 del Acuerdo, según los cuales solo las especificaciones de compra establecidas por instituciones gubernamentales para las necesidades de producción o de consumo de instituciones gubernamentales y las medidas sanitarias y fitosanitarias no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC.[676] Para los reclamantes, esto indica que "cuando los redactores quisieron excluir determinadas materias del Acuerdo OTC, lo hicieron expresamente".[677]

7.133. La República Dominicana añade, en referencia a la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1, que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio equivalen, "al menos"[678], a prescripciones en materia de "embalaje", "marcado" y "etiquetado".[679] Indonesia coincide.[680] Del mismo modo, Cuba mantiene que la expresión "terminología, símbolos, empaquetado, marcado o etiquetado"[681] también cubre las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP. Honduras e Indonesia añaden que los términos de la segunda frase no están "matizados", y no hacen referencia a una excepción en relación con las marcas de fábrica o de comercio.[682] La República Dominicana señala que se ha interpretado la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1 como una base independiente para constatar que un documento cumple los requisitos para ser un reglamento técnico.[683]

7.134. Australia responde que las "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado" mencionadas en la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC deben transmitir información sobre una característica intrínseca de un producto. Según Australia, "la interpretación correcta del alcance de un 'reglamento técnico' abarca medidas que regulan las características intrínsecas de un producto o las características físicas de su envase, así como la terminología, los símbolos, el embalaje, y las marcas o etiquetas, *en tanto en cuanto transmitan información sobre las características intrínsecas del producto*".[684] Si bien Australia reconoce que "la función de las marcas de fábrica o de comercio es distinguir los productos de una empresa de los de otra en el curso de operaciones comerciales" y que "algunos símbolos que transmiten información sobre una característica de producto pueden ser ... objeto de una marca de fábrica o de comercio", indica que "no hay nada en las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio impuestas por las medidas [TPP] que regule qué información puede o no puede transmitir una marca de fábrica o de comercio sobre las características intrínsecas de los productos de tabaco".[685] Australia mantiene que "con arreglo a una interpretación correcta de la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1 ... una medida solo constituye un 'reglamento técnico' en tanto en cuanto regule qué información puede o no puede transmitir un símbolo sobre una característica intrínseca de un producto".[686]

[675] Respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 39.
[676] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 449; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 830; respuesta de Cuba a las preguntas 1 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) y 115 del Grupo Especial; y respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial.
[677] Respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 44. Véanse también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 449; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 830; la respuesta de Cuba a las preguntas 1 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) y 115 del Grupo Especial; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 214.
[678] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 823.
[679] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 115 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 823.
[680] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 379-380.
[681] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 195.
[682] Respuesta de Honduras a la pregunta 115 del Grupo Especial; respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 214.
[683] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 115 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 822.
[684] Respuesta de Australia a la pregunta 72 del Grupo Especial, párrafo 197. (sin cursivas en el original)
[685] Respuesta de Australia a la pregunta 72 del Grupo Especial, párrafo 198.
[686] Respuesta de Australia a la pregunta 72 del Grupo Especial, párrafo 198.

7.135. Según Cuba, las medidas TPP establecen tanto características "intrínsecas" como características conexas, como prescripciones en materia de embalaje, marcado y etiquetado, para los productos de tabaco.[687] Honduras e Indonesia añaden que el Órgano de Apelación ha explicado que las características de un producto pueden incluir no solo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también características conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto.[688] Honduras, la República Dominicana y Cuba recuerdan que, en la diferencia *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, la propia Australia adujo que una prescripción en materia de etiquetado que afecta al uso de indicaciones geográficas, que es un derecho de propiedad intelectual regulado por el Acuerdo sobre los ADPIC, es un reglamento técnico de conformidad con el Acuerdo OTC, y que el Grupo Especial estuvo de acuerdo con esa posición.[689]

7.2.4.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.136. El párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC define la expresión "reglamento técnico" como sigue:

> Documento *en el que se establecen las características de un producto* o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. *También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas* (sin cursivas en el original).

7.137. Según la descripción del Órgano de Apelación, "[l]a esencia de la definición de 'reglamento técnico' es que en un 'documento' se han de 'establecer' (es decir, enunciar, estipular o disponer) las '*características* de un producto'".[690] El Órgano de Apelación interpretó las "características de un producto" de la siguiente manera:

> El término "características" tiene una serie de sinónimos que son útiles para entender el sentido corriente de ese término en este contexto. Así, las "características" de un producto incluyen, en nuestra opinión, cualesquiera "calidades", "atributos", "peculiaridades" u otras "marcas distintivas" de un producto que sean objetivamente definibles. Tales "características" pueden referirse, en particular, a la composición, tamaño, forma, color, textura, dureza, resistencia a la tensión, inflamabilidad, conductividad, densidad o viscosidad de un producto. En la definición de "reglamento técnico" que figura en el punto 1 del Anexo 1, el propio *Acuerdo OTC* da ciertos ejemplos de "características de un producto": "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado". Estos ejemplos indican que las "características de un producto" incluyen no solo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también características conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto. ... Por otra parte, observamos que en la definición de "reglamento técnico" se dispone que tal reglamento "también puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado [...] o tratar *exclusivamente* de ellas" (sin cursivas en el original). El empleo en esa frase del término "exclusivamente" y de la conjunción disyuntiva "o" indica que un "reglamento técnico" puede limitarse a establecer solamente una o unas pocas "características de un producto".[691]

---

[687] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 395; y respuesta de Cuba a la pregunta 1 del Grupo Especial.

[688] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 791; y respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial.

[689] Respuesta de Honduras a la pregunta 115 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 450 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.433 y 7.459); segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 834; respuesta de Cuba a la pregunta 1 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial); segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 192; y respuesta de Cuba a la pregunta 115 del Grupo Especial. Véanse también la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 378; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 213.

[690] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67. (las cursivas figuran en el original)

[691] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67. (las cursivas figuran en el original)

7.138. Observamos que esas "'características de un producto' pueden ... prescribirse o imponerse con respecto a los productos de forma afirmativa o negativa":

> [E]l documento puede disponer, afirmativamente, que los productos *han de tener* ciertas "características", o el documento puede disponer, negativamente que los productos *no han de tener* ciertas "características". En ambos casos, el resultado jurídico es el mismo: en el documento "se establecen" ciertas "características" vinculantes para los productos, en un caso afirmativamente y en otro por implicación negativa.[692]

7.139. Además, como cuestión general, "la determinación acerca de si una medida constituye un reglamento técnico 'debe hacerse a la luz de las características de la medida en cuestión y las circunstancias del caso'"[693] y "en este análisis debe darse un peso particular a los aspectos 'integrantes y esenciales' de la medida".[694]

7.140. En cuanto a las medidas en litigio, como se expone en la sección 2.1.2, las prescripciones de la Ley TPP y el Reglamento TPP, que actúan conjuntamente con otros elementos legislativos prescritos que no han sido impugnados en los presentes procedimientos (como los relativos a las ASG), tienen el efecto acumulativo de exigir que los productos de tabaco (incluido su empaquetado para la venta al por menor) se presenten de una manera normalizada, según se describe en la sección 2.1.2.3.7. Los elementos de las medidas TPP que prescriben que los productos de tabaco (incluido su empaquetado para la venta al por menor) se presenten de esa manera uniforme, considerados conjuntamente, constituyen los aspectos integrantes y esenciales de la Ley TPP y el Reglamento TPP.[695] Por consiguiente, damos un peso particular a esos elementos al evaluar si las medidas TPP establecen una o más características del producto.

7.141. Como observábamos en la sección 2.1.2.4, la Ley TPP y el Reglamento TPP regulan diversos elementos del aspecto de los propios *productos de tabaco*. Específicamente, el artículo 26 de la Ley TPP dispone que ninguna marca ni marca de fábrica o de comercio podrá aparecer en ningún lugar de un producto de tabaco, salvo en la medida en que lo permite el Reglamento TPP.[696] Además, el artículo 27 de dicha Ley dispone que el Reglamento TPP puede establecer prescripciones adicionales relacionadas con el aspecto de los productos de tabaco.[697] De este modo, la Sección 3.1 del Reglamento TPP especifica prescripciones con respecto a los cigarrillos. Como se ha indicado[698], regula el color de la envoltura de papel[699], el marcado de los cigarrillos con un código alfanumérico[700] y el color de los filtros.[701] La Sección 3.2 del Reglamento TPP especifica prescripciones con respecto a otros productos de tabaco, con inclusión de los cigarros (puros), y estipula el color y el contenido (con respecto al nombre de la marca, la razón social o el nombre de la variante) de una única vitola que puede presentarse rodeando el cigarro (puro).[702] Las prescripciones de la Ley TPP incluyen además la "prohibición de que, en general, las marcas de fábrica o de comercio aparezcan en los propios productos de tabaco".[703]

7.142. Por consiguiente, constatamos que, al establecer de esta manera las prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco, la Ley TPP y el Reglamento TPP, actuando conjuntamente, establecen características para los productos de tabaco.

---

[692] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 69. (las cursivas figuran en el original)

[693] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.19 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 188 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación; *CE - Amianto*, párrafo 64; y *CE - Sardinas*, párrafos 192 y 193)).

[694] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.19 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 72).

[695] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.19.

[696] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 26.

[697] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 27(1)(b).

[698] Véase la sección 2.1.2.4.1 *supra*.

[699] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.1.1.

[700] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.1.2(2).

[701] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.1.3.

[702] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 3.2.1(1)-3.2.1(3).

[703] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 17.

7.143. Según se describe en la sección 2.1.2.3, la Ley TPP y el Reglamento TPP también prevén prescripciones detalladas aplicables al *empaquetado* para la venta al por menor de productos de tabaco. Concretamente, las "prescripciones para los productos de tabaco" previstas en la Parte 2 del Capítulo 2 de la Ley TPP, y desarrolladas en el Reglamento TPP, rigen el empaquetado de los productos de tabaco. De acuerdo con el Esquema simplificado del Capítulo 2[704], la Parte 2 del Capítulo 2 "especifica las prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco"[705], con inclusión, respecto del empaquetado, de "las características físicas del empaquetado para la venta al por menor", "el color y el acabado del empaquetado para la venta al por menor", "las marcas en el empaquetado para la venta al por menor (con inclusión de la prohibición de que aparezcan en general las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado para la venta al por menor)", "los envoltorios" y "el empaquetado para la venta al por menor después de la venta al por menor".[706] Por consiguiente, constatamos que la Ley TPP y el Reglamento TPP, actuando conjuntamente, establecen características de un producto al regular el empaquetado de los productos de tabaco.

7.144. Además, las principales prescripciones tanto de la Ley TPP como del Reglamento TPP se ocupan de la *terminología* y los *símbolos* que pueden aparecer en los productos de tabaco o el empaquetado del tabaco. Por ejemplo, en la Ley TPP[707] y el Reglamento TPP[708] figuran detalladas "prescripciones aplicables al nombre de la marca, el nombre comercial, la razón social, o el nombre de la variante"[709] y el aspecto de los nombres en el empaquetado de los productos de tabaco. Por lo que respecta a los símbolos y el marcado, según la definición de la Ley TPP una marca "incluye (sin limitación) cualquier línea, letra, cifra, símbolo, gráfico o imagen; pero (salvo cuando se refiere a una marca de fábrica o de comercio) no incluye una marca de fábrica o de comercio".[710] La Ley TPP y el Reglamento TPP contienen prescripciones detalladas concernientes, entre otras cosas, a "las marcas de fábrica o de comercio o las marcas en el empaquetado para la venta al por menor"[711], "las marcas de origen"[712], una "marca de calibración"[713], una "marca de medida"[714], el "marcado del nombre y la dirección en el empaquetado"[715], una "marca en el envoltorio para ocultar los códigos de barras"[716] y el "código alfanumérico para los cigarrillos".[717] Asimismo, como se ha mencionado, la Ley TPP y el Reglamento TPP contienen una amplia gama de "[p]rescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco"[718] que van desde las "[c]aracterísticas físicas"[719], el "color y acabado del empaquetado para la venta al por menor"[720], las "[m]arcas de fábrica o de comercio y marcas en el empaquetado para la venta al por menor"[721], el "[n]ombre de la marca, el nombre comercial, la razón social y el nombre de la variante" en el empaquetado del tabaco[722], los "[e]nvoltorios"[723] y los "[p]rospectos interiores o exteriores".[724] Por último, el *etiquetado* está regulado en algunos aspectos: por ejemplo, en el contexto de los "[p]rospectos interiores o exteriores", el Reglamento TPP incluye

[704] Según el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP de 2011, "en la Parte 1 (cláusula 17) se ofrece un Esquema simplificado del Capítulo 2, para ayudar a entender las cláusulas pertinentes". Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 12.

[705] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 17.

[706] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 17. Estas expresiones se corresponden en gran medida con los encabezamientos que figuran en la Sección 1 del Capítulo 2, Parte 2, de la Ley TPP, titulado "Prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco".

[707] Véase la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 21.

[708] Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.4.1.

[709] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 21, título.

[710] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4, definición de "marca".

[711] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Sección 2.3, título. Véase también la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 20.

[712] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.3.2, título.

[713] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.3.3, título.

[714] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.3.4, título.

[715] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.3.8, título.

[716] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.5.1, título.

[717] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.1.2, título.

[718] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 2, Parte 2, Sección 1, título. Véase también el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2, título.

[719] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2, Sección 2.1, título.

[720] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2, Sección 2.2, título.

[721] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2, Sección 2.3, título.

[722] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2, Sección 2.4, título.

[723] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2, Sección 2.5, título.

[724] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2, Sección 2.6, título.

prescripciones relativas a las "etiquetas adhesivas con advertencias sanitarias".[725] Con respecto a cada una de esas prescripciones, la Ley TPP y/o el Reglamento TPP especifican prescripciones que deben cumplirse para comercializar legalmente un producto de tabaco en Australia. Por lo tanto, esas prescripciones equivalen a "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1.

7.145. Según se ha descrito *supra*, en la Ley TPP figura, entre sus prescripciones relativas al aspecto del empaquetado del tabaco, una "prohibición de que aparezcan en general las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado para la venta al por menor"[726], combinada con normas que abordan "las marcas de fábrica o de comercio y las marcas que están permitidas".[727] Además, la Ley TPP estipula que "en ningún lugar de un producto de tabaco podrá aparecer" "[n]inguna marca" ni "marca de fábrica o de comercio, salvo en la medida en que lo permiten los reglamentos".[728] El Reglamento TPP desarrolla esas normas.[729] En la regulación del aspecto y el empaquetado de los productos de tabaco, una función esencial de la Ley TPP y el Reglamento TPP es abordar de manera integral cómo aparecerán o no aparecerán las palabras y los signos figurativos, estén o no protegidos como marcas de fábrica o de comercio, es decir, qué "terminología" y "símbolos" pueden estar representados, y cómo, en los productos de tabaco y su empaquetado. Las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de la Ley TPP y el Reglamento TPP están comprendidas en el alcance de varios de los ejemplos de características de un producto que ofrece la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1: "'prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado'".

7.146. Australia sostiene que, "con arreglo a la interpretación correcta de la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1, una medida solo constituye un 'reglamento técnico' en tanto en cuanto regule qué información puede o no puede transmitir un símbolo sobre una característica intrínseca del producto".[730] Según Australia, una "marca de fábrica o de comercio no tiene por qué guardar relación con ninguna peculiaridad o calidad intrínseca del producto objeto de la marca de fábrica o de comercio, ni con un proceso o método de producción relacionado, para cumplir esas funciones".[731]

7.147. Recordamos que la segunda frase de la definición de "reglamento técnico" indica que un reglamento técnico "[t]ambién puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado ... o tratar *exclusivamente* de ellas".[732] La utilización de las expresiones "[t]ambién puede incluir" y "tratar exclusivamente de" al principio y al final de esta frase indica que incluye elementos que son *adicionales a* los abarcados por la primera frase y pueden ser *distintos de* ellos.[733]

7.148. Además, el Órgano de Apelación ha constatado que "[l]os ejemplos [que figuran en la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1] indican que las 'características de un producto' incluyen no solo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también 'características' conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto".[734]

---

[725] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2, Sección 2.6.1, título.
[726] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 20.
[727] Véase la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 20(3).
[728] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 26(1)-(2).
[729] Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2, Sección 2.3 (titulada "Marcas de fábrica o de comercio o marcas en el empaquetado para la venta al por menor"), Sección 2.4 (titulada "Nombre de la marca, nombre comercial, razón social y nombre de la variante") y Parte 3 (titulada "Prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco").
[730] Respuesta de Australia a la pregunta 72 del Grupo Especial, párrafo 198.
[731] Respuesta de Australia a la pregunta 72 del Grupo Especial, párrafo 198.
[732] Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67. (las cursivas figuran en el original)
[733] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.14, en relación con la misma frase del párrafo 1 del Anexo 1.
[734] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67. En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación concluyó que la medida en litigio establecía una o más "características de un producto". *Ibid*., párrafo 74. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 189 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67). En la diferencia *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación coincidió con la conclusión del Grupo Especial de que la medida en litigio establecía una o más "características de un producto". *Ibid*., párrafo 193.

En *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación lo confirmó[735], y añadió que "[e]n todo caso, ... un 'medio de identificación' *es* una característica del producto"[736] en sí mismo. Específicamente, "las características de un producto incluyen no solo 'las peculiaridades y calidades intrínsecas del producto', sino también características relacionadas con *el producto*, como los 'medios de identificación'".[737]

7.149. Una "característica" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC puede hacer referencia, entre otras cosas, a "cualesquiera 'calidades', 'atributos', 'peculiaridades' u otras 'marcas distintivas' de un producto que sean objetivamente definibles"; "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado"; así como a características "relacionadas" con el propio producto, como "los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto".[738] Esta definición de "características" es suficientemente amplia para abarcar prescripciones relativas a la terminología, el marcado o el etiquetado que afectan a la manera en que un signo, incluso si está protegido como marca de fábrica o de comercio, puede ser expuesto en el producto pertinente.

7.150. Por otra parte, según se indica *supra*, los aspectos integrantes y esenciales de las medidas TPP tienen por objeto asegurar que los productos de tabaco (con inclusión de su empaquetado) se presenten de la manera uniforme anteriormente descrita, es decir, de la manera específica prescrita en lo relativo a su forma, tipos de letra, colores y otras características. Estas prescripciones rigen todos los aspectos de "los medios de identificación, la presentación y la apariencia" de los productos de tabaco, así como todas las "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado" para los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor, con la excepción de los que se rigen por medidas que no están en litigio en los presentes procedimientos. Que el alcance de estas medidas sea tan amplio como para abarcar todos esos elementos, con inclusión, entre otras cosas, de la exposición en el producto de signos protegidos como marcas de fábrica o de comercio, no cambia el hecho de que sus aspectos integrantes y esenciales se refieren a "los medios de identificación, la presentación y la apariencia" de los productos de tabaco, así como a todas las "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado"; ni modifica o disminuye, a nuestro juicio, el ámbito de aplicación de la definición del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

7.151. Tomamos nota, a este respecto, del análisis realizado por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, que examinó si una medida que exigía que en el etiquetado se indicara de forma clara y visible el país de origen del producto establecía las "características de un producto" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC:

> Las partes discrepan acerca de si el segundo inciso del apartado 2 del artículo 12 del Reglamento establece una *característica del producto*. El Grupo Especial señala que establece expresamente una prescripción que se refiere a lo que debe indicarse en el "etiquetado" del producto. Se trata de una prescripción en materia de etiquetado. La segunda frase de la definición de "reglamento técnico" del punto 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC se refiere expresamente a las "prescripciones en materia de [...] etiquetado" como ejemplo de reglamento técnico.
>
> El Grupo Especial señala que este ejemplo de la definición del punto 1 del Anexo 1 está calificado por las palabras "aplicables a un producto, proceso o método de producción". El texto no limita el alcance del ejemplo señalando lo que los etiquetados deben indicar para que constituyan un reglamento técnico, sino que explica a qué son "aplicables" las prescripciones en materia de etiquetado. Ello significa simplemente que una prescripción relativa al etiquetado de un producto es una prescripción en materia de etiquetado que se aplica a un producto. El contexto pone de manifiesto que el sujeto implícito de la segunda frase es el sustantivo "documento", calificado por

[735] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 189 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67). En la diferencia *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación coincidió con la conclusión del Grupo Especial de que la medida en litigio establecía una o más "características de un producto". *Ibid*., párrafo 193.

[736] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 191 (las cursivas figuran en el original) (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67, nota 15).

[737] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 189. (sin cursivas en el original)

[738] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67.

> la oración de relativo que comienza por las palabras "en el que se establecen" y que termina con la palabra "obligatoria". De lo contrario, el elemento "cuya observancia es obligatoria", por ejemplo, no se aplicaría a los elementos descritos en la segunda frase, lo que estaría en contradicción con el objeto y fin de las obligaciones relativas a los reglamentos técnicos. En consecuencia, un documento que "trata exclusivamente" de las "prescripciones en materia de [...] etiquetado aplicables a un producto" puede ser un ejemplo de un "documento en el que se establecen las características de un producto". La cuestión no estriba en si el contenido del etiquetado se refiere a una característica del producto: la etiqueta de un producto *es* una característica del producto. En consecuencia, el segundo inciso del apartado 2 del artículo 12 del Reglamento trata exclusivamente de una prescripción en materia de etiquetado "aplicable a un producto".[739]

7.152. El Grupo Especial concluyó que "un documento en el que se establece la prescripción de que el etiquetado de un producto debe contener un elemento determinado establece de hecho una característica del producto".[740] El Grupo Especial encontró respaldo para esta interpretación una decisión del Comité de OTC en la que los Miembros convinieron en lo siguiente:

> De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo, los Miembros están obligados a notificar todas las prescripciones obligatorias relativas al etiquetado que no estén basadas sustancialmente en una norma internacional pertinente y que puedan tener un efecto sensible en el comercio de otros Miembros. Esa obligación es independiente del tipo de información facilitada en la etiqueta, corresponda o no por su naturaleza esa información a una especificación técnica.[741]

7.153. En el presente asunto, el hecho de que el contenido de las prescripciones en materia de etiquetado y marcado en cuestión se refiera en parte a la utilización de signos protegidos como marcas de fábrica o de comercio no significa que hayan dejado de constituir "prescripciones en materia de [...] etiquetado" y, por consiguiente, una "característica de un producto" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

7.154. Además, como observan algunos de los reclamantes[742], en el Acuerdo OTC figuran ciertas exclusiones explícitas para las medidas que no está comprendidas en la definición de "reglamento técnico". Tales exclusiones se refieren a las medidas sanitarias o fitosanitarias[743] y a "[l]as especificaciones de compra establecidas por instituciones gubernamentales para las necesidades de producción o de consumo de instituciones gubernamentales".[744] No existe una exclusión similar para la terminología, los símbolos, el marcado y otros elementos protegidos por derechos de propiedad intelectual. Análogamente, al definir el alcance de las diferencias sobre OTC sujetas al ESD, el párrafo 1 del artículo 14 del Acuerdo OTC hace referencia a "diferencias con respecto a *cualquier cuestión relativa* al funcionamiento del presente Acuerdo" (sin cursivas en el original). Si acaso, esta amplia definición indica que todas las prescripciones comprendidas en la definición de reglamento técnico deben estar sujetas al sistema de solución de diferencias, y no que algunos tipos específicos de prescripciones deben ser excluidos del ámbito de aplicación de la definición de reglamento técnico que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 o del ámbito del examen en virtud del Acuerdo OTC en el contexto de los procedimientos de solución de diferencias.

---

[739] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.448 y 7.449. (las cursivas figuran en el original)

[740] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.451.

[741] Véase Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, "Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité desde el 1º de enero de 1995", documento G/TBT/1/Rev.8 (23 de mayo de 2003), citado en el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.451.

[742] Véanse la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 457; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 830-832; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 214.

[743] De conformidad con el párrafo 5 del artículo 1 del Acuerdo OTC, "[l]as disposiciones del presente Acuerdo no son aplicables a las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Anexo A del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias".

[744] De conformidad con el párrafo 4 del artículo 1 del Acuerdo OTC, "[l]as especificaciones de compra establecidas por instituciones gubernamentales para las necesidades de producción o de consumo de instituciones gubernamentales no estarán sometidas a las disposiciones del presente Acuerdo, sino que se regirán por el Acuerdo sobre Contratación Pública".

7.155. El examen del objeto y fin del Acuerdo OTC no nos lleva a una conclusión distinta. El quinto considerando del preámbulo[745] del Acuerdo OTC hace referencia a que los Miembros "[d]esean ... asegurar que los reglamentos técnicos ... incluidos los requisitos de envase y embalaje, marcado y etiquetado... no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional". La referencia explícita e incondicional a los reglamentos técnicos, desarrollada por la frase "incluidos los requisitos de envase y embalaje, marcado y etiquetado", que figura en esta disposición del preámbulo[746] tampoco indica que hubiera intención de excluir las prescripciones relativas a signos que están protegidos como marcas de fábrica o de comercio de la cobertura de los "reglamentos técnicos" o del Acuerdo OTC en general. Aunque el sexto considerando del Acuerdo OTC[747] "sirve de contrapeso al objetivo de liberalización del comercio que expresa el quinto considerando"[748], el "equilibrio que se establece en el preámbulo del Acuerdo OTC", en particular en los considerandos quinto y sexto, se establece "entre el deseo de evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional ... y el reconocimiento del derecho de los Miembros a reglamentar".[749] Esto no da a entender que haya que examinar si las prescripciones en litigio se refieren a signos que pueden estar también protegidos como marcas de fábrica o de comercio ni que haya que excluir esos signos del ámbito de aplicación del Acuerdo. Por consiguiente, no consideramos que el hecho de que algunas de las prescripciones específicas contenidas en las medidas TPP se refieran a marcas de fábrica o de comercio deba llevarnos por sí solo a concluir que no pueden estar abarcadas por las disciplinas del Acuerdo OTC, o específicamente del párrafo 2 del artículo 2, siempre que por lo demás cumplan los criterios pertinentes del párrafo 1 del Anexo 1.

7.156. Observamos también que la opinión anterior no significa que todas y cada una de las prescripciones relativas a la utilización de marcas de fábrica o de comercio estén abarcadas por las disciplinas del Acuerdo OTC sobre reglamentos técnicos. La definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 comprende las prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado "aplicables a un producto", lo que limita el alcance de la definición en la medida en que excluye los casos en que las prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado no son "aplicables a un producto". Por ejemplo, esa definición no trata la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual[750] en sí mismos, que el Acuerdo sobre los ADPIC aborda por separado.

7.157. En definitiva, teniendo en cuenta las características de las medidas en litigio y las circunstancias de este asunto, las prescripciones de la Ley TPP y el Reglamento TPP que se refieren a la utilización de marcas de fábrica o de comercio de los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos son un componente de un conjunto más amplio de prescripciones, cuya esencia es regular de manera integral el aspecto de los productos de tabaco y el empaquetado del tabaco, con el fin de que sean uniformemente "genéricos". Así pues, los "aspectos integrantes y esenciales" de las medidas TPP tienen por objeto regular de manera integral el aspecto de los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor. Según se describe *supra*, ello conlleva una regulación de carácter general sobre la utilización de colores, formas y otros signos y características en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco. Es en este contexto más amplio en el que se imponen las prescripciones específicas que afectan a la exposición, en dichos productos y su empaquetado, de signos que también pueden estar protegidos como marcas de fábrica o de comercio. Por lo tanto, si se consideran las medidas TPP en su conjunto, esas prescripciones son únicamente un elemento de la reglamentación, a través de dichas medidas, del aspecto, el etiquetado y el empaquetado de los productos de tabaco, todos los cuales están

[745] Según el Órgano de Apelación, "[e]l preámbulo del *Acuerdo OTC* ... arroja ... luz sobre el objeto y fin del Acuerdo". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 89.

[746] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 92.

[747] El sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC dice lo siguiente:

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

[748] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 95.

[749] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 96.

[750] Véanse el apartado b) del segundo considerando del preámbulo y la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC.

comprendidos en el alcance de lo que constituye un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

7.158. Sobre la base de lo anterior, constatamos que la Ley TPP y el Reglamento TPP, al enunciar prescripciones relativas al aspecto y empaquetado de los productos de tabaco, incluidas prescripciones relativas a la manera en que las marcas de fábrica o de comercio pueden ser expuestas en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos, establecen características de un producto en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1.

7.159. Con respecto a la Ley TMA, observamos que su texto no establece ninguna característica de un producto. En efecto, nos parece que la finalidad de dicha Ley no es establecer tales prescripciones. Como se explica en el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA, "[e]l nuevo artículo 231A(1) de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio preverá la elaboración de reglamentos de conformidad con la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio, que rijan el efecto del funcionamiento de la [Ley TPP] y el [Reglamento TPP] elaborado de conformidad con dicha Ley, en la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio y el Reglamento de Marcas de Fábrica o de Comercio".[751]

7.2.4.3 La cuestión de si la observancia de las medidas TPP es obligatoria

7.2.4.3.1 Principales argumentos de las partes

7.160. Los reclamantes aducen que las medidas TPP son "obligatorias" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Según Honduras, esto se aplica tanto a las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio como a las relativas al formato" de las medidas TPP, puesto que dichas medidas regulan las características de un producto "de forma vinculante e imperativa".[752] La República Dominicana[753] e Indonesia[754] hacen referencia a la interpretación del término "obligatoria"[755], e Indonesia se refiere también a la interpretación de "observancia" por el Órgano de Apelación.[756] Todos los reclamantes mencionan los mecanismos de observancia y las sanciones previstos en las medidas TPP, en particular el Capítulo 3 de la Ley TPP, y que en anteriores diferencias, esos mecanismos y sanciones se tuvieron en cuenta.[757] Cuba añade que el artículo 18(1) de la Ley TPP[758] demuestra que las medidas TPP son obligatorias "conforme a su propia redacción".[759] Del mismo modo, Indonesia[760] hace referencia al Esquema simplificado de la Ley TPP, que dispone que "[e]l empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco deberán cumplir las prescripciones establecidas en [la] Ley [TPP]".[761]

[751] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-5, JE-5), nota sobre el anexo 1, punto 2, página 3.
[752] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 841. Véase también *ibid*. párrafo 791 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 68).
[753] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 948.
[754] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 381.
[755] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 185 (definición de "obligatoria").
[756] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 381.
[757] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 791 (donde se hace referencia a los mecanismos de observancia y a los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 7.157-159); primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 843-844 (donde se analizan los mecanismos de observancia); primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 845 (donde se hace referencia a la jurisprudencia sobre mecanismos de observancia); primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 948 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 72, y se señala el carácter obligatorio y susceptible de aplicación coercitiva mediante la imposición de sanciones penales, en referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.30); primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 949 (donde se señalan los delitos y las sanciones civiles para los productos de tabaco o el empaquetado para la venta al por menor infractores, en referencia al Capítulo 3 de la Ley TPP y a *ibid*., anexo I); primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 396 y sección II.B.4 (donde se indica que la observancia es "obligatoria" ya que el incumplimiento de las medidas TPP puede acarrear sanciones civiles y penales); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 383 (donde se hace referencia al Capítulo 3 de la Ley TPP).
[758] El artículo 18(1) de la Ley TPP establece que "[e]l empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco debe cumplir las siguientes prescripciones". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18(1).
[759] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 194.
[760] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 382.
[761] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), página 14.

Indonesia también menciona la utilización de "debe" y "no debe" "en todo" el Reglamento TPP[762], mientras que Honduras se refiere a los mismos términos tanto en la Ley TPP como en el Reglamento TPP[763], así como a diferencias anteriores en que los verbos modales empleados en la medida impugnada han servido de base para constatar su carácter obligatorio.[764]

7.161. Australia acepta que las "prescripciones físicas" de las medidas TPP son reglamentos técnicos "comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC" dado que "la observancia de esas prescripciones es obligatoria".[765] Cuando esgrime argumentos sistémicos concernientes a las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, Australia guarda silencio sobre la cuestión de si también considera que esas prescripciones son obligatorias.

7.2.4.3.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.162. Según señalan la República Dominicana[766] e Indonesia[767], en la diferencia *Estados Unidos - Atún II (México)* el Órgano de Apelación definió los términos "obligatoria" y "observancia" como sigue:

> El sustantivo "*compliance*" (observancia) se define como "*[t]he action of complying*" (la acción de observar).[768] El verbo "*comply*" (observar) se refiere a "*[a]ct in accordance with or* with *a request, command, etc.*" (actuar de conformidad con, o *por*, una solicitud, orden, etc.).[769] La palabra "*mandatory*" (obligatoria) significa "*obligatory in consequence of a command, compulsory*" (obligatorio en razón de una orden, imperativo)[770] o "*being obligatory*" (que obliga).[771]

7.163. Como se ha señalado, "la determinación de un grupo especial acerca de si una medida [...] constituye un reglamento técnico debe hacerse a la luz de las características de la medida en cuestión y las circunstancias del caso"[772], y "en este análisis debe darse un peso particular a los aspectos 'integrantes y esenciales' de la medida".[773] Hemos constatado que los aspectos integrantes y esenciales de la Ley TPP y el Reglamento TPP tiene por objeto regular el empaquetado y el aspecto de los productos de tabaco estableciendo características del producto.

---

[762] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 383.
[763] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 842.
[764] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 791 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.39); y primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 842 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.39; y *Estados Unidos - EPO*, párrafos 7.157-7.159).
[765] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 507.
[766] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 948.
[767] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 381.
[768] (nota del original) *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 472.
[769] (nota del original) *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 473.
[770] (nota del original) *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 1694.
[771] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 185 (no se reproduce la nota de pie de página). Análogamente, el Grupo Especial que entendió en esa misma diferencia mantuvo que:
> [L]as definiciones del término "*mandatory*" ("obligatorio") en el diccionario incluyen, entre otras, "*binding*" ("vinculante") y "*obligatory*, *compulsory*, *not discretionary*" ("forzoso, imperativo, no discrecional"), o "*required by law or mandate; compulsory*" ("exigido por una ley u orden, imperativo"). Esto parece indicar que el concepto de "obligatorio" puede abarcar el carácter jurídicamente vinculante y exigible del instrumento y puede también estar relacionado con su contenido y prescribir o imponer un determinado comportamiento. Observamos también que la Guía 2 de la ISO/CEI establece que la expresión "*mandatory requirement*" ("prescripción obligatoria") solo se debería utilizar en el sentido de "*a requirement made compulsory by law or regulation*" ("una prescripción a la que una ley o reglamento declaran obligatoria").

Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.103. (no se reproducen las notas de pie de página) Véase también el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.453.
[772] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 188 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 64; y *CE - Sardinas*, párrafos 192 y 193).
[773] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.19 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 72).

Los "productos de tabaco", según se definen a los efectos de la Ley TPP y el Reglamento TPP, solo pueden comercializarse legalmente en Australia de conformidad con las prescripciones relativas al aspecto y el empaquetado, incluidas las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, que se establecen en esos instrumentos. El Esquema simplificado de la Ley TPP es explícito: "[e]l empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco deberán cumplir las prescripciones establecidas en la presente Ley".[774] Asimismo, como observa Indonesia[775], la "[f]inalidad" declarada del Reglamento TPP es "establecer las prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco a los efectos de la Parte 2 del Capítulo 2 de la Ley [TPP]".[776]

7.164. En consecuencia, el texto de la Ley TPP y el Reglamento TPP es preceptivo en relación con las prescripciones en litigio. En las prescripciones para los productos de tabaco se emplean términos como "deberá"[777] o "no deberá "[778], y la palabra "podrá" combinada con expresiones en forma negativa[779], de manera muy generalizada y con respecto a todos los elementos del aspecto y empaquetado de los productos de tabaco. En este contexto, observamos que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* consideró que los términos de la medida en litigio, como la utilización del futuro, pueden indicar que la observancia es obligatoria.[780]

7.165. Además, varias de las disposiciones en cuestión de la Ley TPP y el Reglamento TPP figuran bajo títulos que contienen la palabra "prescripciones"[781] destacan que esas prescripciones son de carácter universal ("Empaquetado para la venta al por menor de todos los productos de tabaco"[782]) o están redactadas como prohibiciones categóricas ("Prohibición de ..."[783], "El empaquetado para la venta al por menor no ..."[784], "El empaquetado para la venta al por menor no deberá"[785], "Ninguna marca"[786] y "Ninguna marca de fábrica o de comercio"[787]). Las disposiciones permisivas, menos numerosas, de la Ley TPP y el Reglamento TPP que se refieren a las características del producto y utilizan "podrá" figuran en un contexto restrictivo ("solo ... podrá"[788] o "podrá aparecer una vez en no más de 2 ..."[789]) o son excepciones limitadas,

[774] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 12.
[775] Respuesta de Indonesia a la pregunta 62 del Grupo Especial, párrafo 63.
[776] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.4.
[777] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículos 18.1 (parte introductoria), 18.1(b), 18.2 (parte introductoria), 18.2(a), 18.2(b)(i), 18.2(b)(ii), 18.2(c), 18.3 (parte introductoria), 18.3, 18.3(a), 18.3(b), 18.3(c), 18.3(d), 19.2(a), 19.2(b)(i)-19.2(b)(ii), 21.1, 21.2(d)-21.2(e), 21.3 (cuadro), 21.4, 22.1, 22.2, 22.2(a) y 25 (título); y Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.1.1(1) (parte introductoria), 2.1.1(1)(a), 2.1.1(2), 2.1.3(2), 2.1.4(1)(a), 2.1.4(2), 2.1.5 (parte introductoria), 2.1.5(a)-2.1.5(b), 2.2.1(1)-2.2.1(4), 2.3.2(1)-2.3.2(2), 2.3.3(a)-2.3.3(b), 2.3.4(1)-2.3.4(4), 2.3.5(1), 2.3.6(1)(a)-2.3.6(1)(c), 2.3.6(2), 2.3.6(4), 2.3.7(2), 2.3.8(2)-2.3.8(3), 2.3.9(1)(a)-2.3.9(1)(b), 2.4.1, 2.4.2(2), 2.4.2(3)(a)-2.4.2(3)(d), 2.4.3(1)(b)-2.4.3(1)(c), 2.4.3(2)(a)-2.4.3(2)(c), 2.4.4(2)(b), 2.4.4(2)(e)-2.4.4(2)(f), 2.5.2(2), 2.5.2(4)-2.5.2(5), 2.6.2(2), 2.6.3(2), 3.1.1(1), 3.1.2(2), 3.1.3 y 3.2.1(5)-3.2.1(6).
[778] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículos 18.1(a), 21.2(a)-21.2(b), 23, 25 (título) y 25; y Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.1.3(3), 2.1.6, 2.3.1(5), 2.3.5(2), 2.3.7(1), 2.3.9(1)(c), 2.4.3(1)(a), 2.4.4(2)(a)-2.4.4(2)(c), 2.6.3(3), 3.1.2(3) y 3.2.1(7).
[779] Por ejemplo, el artículo 18.3(b) de la Ley TPP dispone, con respecto a la apertura de un paquete de cigarrillos, que "ni la tapa ni sus bordes *podrán ser* redondeados, biselados o modelados o embellecidos de ninguna otra forma". (sin cursivas en el original) Véase también *ibid*., artículos 18.3(c), 20.1, 20.2, 22.2(b)-22.2(c), 24, 26.1 y 26.2.
[780] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.453. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 194, nota 111; y los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.160.
[781] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 2 (título, Parte 2 título, Parte 2, artículo 1 título, y Parte 2, artículo 2 título), y artículos 18.1-18.3, 21 (título), 21.1 (título), 21.2 (título), 21.3 (cuadro), 21.4 (título), 22 (título), 22.1, 22.2, 26 (título) y 27A; y Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Parte 2 (título) y artículo 2.3.6(1) (parte introductoria).
[782] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 18.1 (título).
[783] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 20 (título).
[784] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículos 23 (título) y 24 (título).
[785] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 25 (título).
[786] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 20.2 (título).
[787] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 20.1 (título).
[788] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 21.2(c); y Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.4.4(2)(d).
[789] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.3.4(3)(b) y 2.3.4(4)(b). Véase también *ibid*., artículo 2.5.2(3).

claramente circunscritas y a menudo condicionales, a obligaciones que utilizan los términos mencionados[790], o son disposiciones que no contradicen los límites de las obligaciones mencionadas.[791]

7.166. Como observan los reclamantes, la Ley TPP se apoya en un mecanismo de observancia complejo.[792] El Esquema simplificado de la Ley indica que "[s]e incurrirá en delito y se aplicarán sanciones civiles si se suministran, compran o fabrican productos de tabaco y el empaquetado para la venta al por menor o los propios productos no cumplen las prescripciones establecidas".[793] Así pues, el Capítulo 3 de la Ley TPP se ocupa de los "delitos y las disposiciones en materia de sanciones civiles"[794], en particular de los "delitos y las disposiciones en materia de sanciones civiles de carácter general relativos al empaquetado para la venta al por menor y los productos de tabaco infractores"[795] y de los "delitos y las disposiciones en materia de sanciones civiles para empresas constitucionales".[796] El Capítulo 4 establece las "[f]acultades para investigar contravenciones de [la] Ley [TPP]".[797] A su vez, el Capítulo 5 incluye disposiciones encaminadas a la "[o]bservancia de [la] Ley [TPP]"[798], como la "[o]btención de una orden de sanción civil"[799], los "[p]rocedimientos civiles y penales"[800] y los "[a]visos de infracción".[801]

7.167. El mecanismo de observancia de la Ley TPP se aplica también en el contexto del Reglamento TPP. Como se indica en las notas de los artículos 27(1) y 27A de dicha Ley, los Capítulos 3 y 5 se aplican en caso de incumplimiento de una prescripción para los productos de tabaco, que incluye "una prescripción en relación con el empaquetado para la venta al por menor o el aspecto de los productos de tabaco ... especificada en la Parte 2 del Capítulo 2 [de la Ley TPP o] ... establecida por reglamentos elaborados de conformidad con la Parte 2 del Capítulo 2", es decir, el Reglamento TPP.

7.168. Observamos que se ha constatado que la posibilidad de aplicación coercitiva de una medida mediante la imposición de sanciones, en particular sanciones penales, es indicativa de observancia obligatoria[802], y que el hecho de que determinadas medidas sean "jurídicamente exigibles y vinculantes con arreglo a la legislación de [un Miembro] (las promulga el Gobierno e incluyen sanciones legales)" es "un componente importante del carácter 'obligatorio' de las medidas".[803]

7.169. Por las razones precedentes, constatamos que la Ley TPP y el Reglamento TPP son "obligatorios" en el sentido de la definición de reglamento técnico que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

---

[790] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 20.3; y Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.3.1(1)-2.3.1(4), 2.3.7(1), 2.3.8(1), 2.5.1-2.5.2, 2.6.1, 2.6.2(1), 2.6.3(1), 3.1.2(1), 3.2.1(1)-3.2.1(4) y 3.2.2.

[791] Véase, por ejemplo, el artículo 2.1.2 del Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), concerniente a las "[c]aracterísticas físicas de los cartones de cigarrillos", en relación con los artículos 18-25 de la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), en particular los artículos 18(2) y 19. Véase también el artículo 2.1.3(1) del Reglamento TPP, concerniente a las "[c]aracterísticas físicas del revestimiento del empaquetado principal de los productos de tabaco", en relación con los artículos 18.3(d) y 19 de la Ley TPP. Véase también el artículo 2.1.4(1)(b) del Reglamento TPP, en relación con el artículo 2.1.4(1)(a). Véase también el artículo 2.3.2(3) del Reglamento TPP, en relación con los artículos 2.3.2(1)-2.3.2(2) de dicho Reglamento.

[792] El artículo 27A de la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1) aborda el "[e]fecto jurídico de los artículos 18 a 27" como sigue: "El único efecto jurídico de los artículos 18 a 27 es especificar prescripciones, y prever reglamentos que especifiquen prescripciones, a los efectos de la definición de *prescripciones para los productos de tabaco* del artículo 4(1)". (las cursivas figuran en el original)

[793] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 12.

[794] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 3 (título).

[795] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 3, Parte 2 (título).

[796] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 3, Parte 3 (título).

[797] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 4, Parte 2 (título). Ello incluye referencias a "[ó]rdenes de registro" y "[f]acultades para exigir a las personas que faciliten información, presenten documentos o respondan a preguntas".

[798] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 5 (título).

[799] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 5, Parte 2, Sección 1 (título).

[800] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 5, Parte 2, Sección 2 (título).

[801] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), Capítulo 5, Parte 3 (título).

[802] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 72. Véanse también los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.160.

[803] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.142.

7.170. En la Ley TMA no se mencionan la observancia o la exigencia de la observancia. Señalamos también que, puesto que la Ley TMA no establece ninguna característica del producto, no hay ninguna característica del producto prescrita en ese instrumento "cuya observancia [pueda ser] obligatoria" a los fines del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Sin embargo, se trata de una Ley promulgada por Australia y de una disposición que ha de ser aplicada en virtud de un mandato gubernamental.

7.2.4.4 Conclusión general

7.171. Hemos determinado *supra* que la Ley TPP y el Reglamento TPP satisfacen, una y otro, los tres criterios para ser un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo OTC, puesto que se aplican a un producto o grupo de productos identificable (el tabaco); establecen una o más características de esos productos (incluso con respecto a su marcado, embalaje o etiquetado); y obligan a observar esas características.

7.172. Con respecto al tercer instrumento jurídico que forma parte de las medidas TPP, la Ley TMA, hemos determinado *supra* que, considerada aisladamente, se aplica a un grupo de productos identificable (el tabaco). También hemos concluido que no establece las características de un producto para los productos de tabaco (incluso con respecto a su marcado, embalaje o etiquetado) cuya observancia sea obligatoria, y por consiguiente, considerada aisladamente, no constituiría un reglamento técnico.

7.173. Recordamos, no obstante, que la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC incluye las "disposiciones administrativas aplicables":

> Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, *con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables*, y cuya observancia es obligatoria (sin cursivas en el original).

7.174. Por lo tanto, examinaremos si la Ley TMA constituye una "disposición administrativa aplicable" en relación con Ley TPP y el Reglamento TPP, en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1.

7.175. Se ha interpretado que la cláusula apositiva "con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables" significa lo siguiente:

> [C]uando un documento de carácter obligatorio que establece las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados también contiene "disposiciones administrativas" que hacen referencia a esas "características de un producto" o a "los procesos y métodos de producción con ellas relacionados", dichas disposiciones administrativas han de ser consideradas parte integrante del reglamento técnico y están por consiguiente sujetas a las disposiciones sustantivas del Acuerdo OTC.[804]

7.176. La cuestión de si una medida constituye una "disposición administrativa aplicable" depende de que existan "disposiciones que han de ser aplicadas en virtud de un mandato gubernamental en relación con las características de un producto o con los procesos y métodos de producción con ellas relacionados".[805] Una consideración fundamental para determinar si la Ley TMA es una "disposición administrativa aplicable" en el asunto que se nos ha sometido es por consiguiente si ha de ser aplicada "en relación con las características de un producto o con los procesos y métodos de producción con ellas relacionados".[806]

7.177. Como se indicó en el párrafo 7.127 *supra*, la Ley TMA otorga al Gobernador General la facultad de elaborar reglamentos "en relación con el efecto de la aplicación" de la Ley TPP y del Reglamento TPP sobre una disposición de la Ley TM o los reglamentos elaborados en virtud de dicha Ley. Así pues, la Ley TMA proporciona un fundamento jurídico para abordar ciertas posibles consecuencias de las prescripciones en materia de marcado, embalaje y etiquetado que figuran en

[804] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.13.
[805] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.13.
[806] Estimamos que está claro que la Ley TMA, como ley del Parlamento australiano, se "aplica en virtud de un mandato gubernamental". Véanse la sección 2.1.1 *supra* y el párrafo 7.177 *infra*.

la Ley TPP y el Reglamento TPP respecto de la aplicación de la legislación en materia de marcas de fábrica o de comercio. Concretamente, crea la facultad de elaborar reglamentos que limitarán el efecto de las prescripciones de la Ley TPP y el Reglamento TPP que establecen las características de un producto, en la medida en que ese efecto pueda perjudicar a los solicitantes de registro de marcas de fábrica o de comercio y a los titulares registrados de marcas de fábrica o de comercio.[807]

7.178. La Ley TMA establece la facultad de elaborar reglamentos "en relación con ... las características de un producto"[808], en tanto en cuanto esos reglamentos asegurarían que el efecto de las prescripciones previstas en la Ley TPP y el Reglamento TPP no van más allá de lo que pretendían los redactores de esos dos instrumentos. Sobre esa base, y en la medida en que sus disposiciones se refieren a aspectos de la Ley y el Reglamento TPP relacionados con las características del producto que dichos instrumentos establecen, concluimos que la Ley TMA es una "disposición administrativa aplicable" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.[809]

7.179. En definitiva, constatamos por tanto que las medidas TPP (es decir, la Ley TPP, el Reglamento TPP y la Ley TMA, considerados conjuntamente) prescriben varias características detalladas de los productos de tabaco (incluso en lo tocante a las prescripciones en materia de marcado, embalaje y etiquetado) que están comprendidas en el ámbito de la definición de "reglamento técnico" que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

7.180. Tomamos nota de la siguiente observación formulada por el Órgano de Apelación en relación con las medidas compuestas por varios instrumentos jurídicos:

> [L]a cuestión de cuál es la mejor manera de caracterizar una medida en litigio que comprende varios elementos distintos ha surgido en muchas diferencias... En algunos casos, el grupo especial considerará conveniente tratar varios instrumentos jurídicos internos conjuntamente, como una única medida, para facilitar su análisis a la luz de las alegaciones formuladas o las defensas invocadas. A la inversa, puede haber casos en que el grupo especial prefiera considerar distintos elementos establecidos en un único instrumento jurídico como "medidas" diferentes a los efectos de su análisis.[810]

7.181. Ya hemos concluido que los "aspectos integrantes y esenciales"[811] de la Ley TPP y el Reglamento TPP tienen el efecto de asegurar que los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor cumplen las prescripciones establecidas en esas disposiciones. Tal aspecto es el *efecto* combinado de la Ley TPP y el Reglamento TPP, mediante las prescripciones obligatorias establecidas en *ambos* instrumentos.[812]

7.182. Por esas razones, consideramos que las medidas TPP[813] constituyen un reglamento técnico, que establece características respecto del aspecto y el empaquetado de los productos de tabaco (incluidas prescripciones relativas a la manera en que las marcas de fábrica o de comercio pueden ser expuestas en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos)[814] y exige la

---

[807] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-5, JE-5), página 1.

[808] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.13.

[809] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.13.

[810] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.20. (no se reproducen las notas de pie de página)

[811] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.19.

[812] Recordamos, por ejemplo, que el artículo 27 de la Ley TPP dispone que los reglamentos "pueden establecer prescripciones adicionales relacionadas con a) el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco; y b) el aspecto de los productos de tabaco", y que esas prescripciones están así establecidas en el Reglamento TPP. Recordamos asimismo que las notas de los artículos 27(1) y 27A de dicha Ley indican que los Capítulos 3 y 5 se aplican en caso de incumplimiento de una prescripción para los productos de tabaco, que incluye "una prescripción en relación con el empaquetado para la venta al por menor o el aspecto de los productos de tabaco ... especificada en la Parte 2 del Capítulo 2 [de la Ley TPP o] ... establecida por reglamentos elaborados de conformidad con la Parte 2 del Capítulo 2", es decir, el Reglamento TPP.

[813] Si bien a lo largo de los presentes informes la Ley TPP, el Reglamento TPP y la Ley TMA, considerados conjuntamente, se han identificado como "las medidas TPP", en plural, tal uso no pretende indicar que el Grupo Especial considera que esos tres instrumentos jurídicos constituyen medidas distintas que habría que examinar por separado a los efectos de su análisis de las alegaciones que tiene ante sí.

[814] Véase el párrafo 7.158 *supra*.

observancia de esas características.[815] En la medida en que la Ley TMA es una "disposición administrativa aplicable" con respecto a las prescripciones que figuran en la Ley TPP y el Reglamento TPP, es una "parte integrante"[816] de ese reglamento técnico.

7.183. Tras haber establecido que las medidas TPP constituyen un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, pasamos ahora a considerar la alegación de que son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2.5 La cuestión de si las medidas TPP "restring[e]n el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2

7.184. Como se ha indicado más arriba, la evaluación de la compatibilidad de un reglamento técnico en el marco del párrafo 2 del artículo 2 requiere, en primer lugar, un "análisis de la relación"[817] de tres factores:

i. el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión;

ii. la restrictividad del comercio de la medida; y

iii. la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida.

7.185. Estos factores informarán el "análisis comparativo" que, en la mayoría de los casos[818], es preciso llevar a cabo para determinar si la medida impugnada restringe el comercio *más* de lo necesario.[819]

7.186. Como ya se ha explicado, los reclamantes sostienen que las medidas TPP restringen el comercio, y que restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo que persiguen, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo. Los reclamantes examinan todos los elementos de la prueba mencionada, incluidos los tres factores enunciados *supra* como componentes del "análisis de la relación", y las medidas alternativas que, en su opinión, están razonablemente disponibles para Australia y que harían una contribución equivalente a su objetivo y serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP.

7.187. Sin embargo, Australia considera que los reclamantes no han establecido que las medidas restrinjan el comercio.[820] Asimismo, Australia sostiene que las medidas TPP se adoptaron de conformidad de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, y por consiguiente, están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[821] En consecuencia, Australia alega que, en tanto en cuanto la definición de "reglamento técnico" abarque también las medidas que afectan al uso de una marca de fábrica de comercio, "se presumirá, a reserva de impugnación" que las medidas TPP no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional de conformidad con la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, y que los reclamantes no han impugnado esa presunción.[822] No se discute que la carga de demostrar que

[815] Véase el párrafo 7.169 *supra*.
[816] Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.13.
[817] Véase el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 374 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II*, párrafo 318).
[818] Observamos a este respecto que "tampoco es obligatorio, en lo que respecta al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que un grupo especial llegue a una conclusión preliminar sobre la 'necesidad' basada en los factores con respecto al propio reglamento técnico antes de proceder a la comparación con las medidas alternativas propuestas". Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.235. Véase también *ibid.*, párrafos 5.227-5.229. En lo que respecta al artículo XX del GATT de 1994, véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.215, nota 1299.
[819] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320. Véase también *ibid.*, párrafo 318.
[820] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 583.
[821] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 567 y 584.
[822] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 519, 567-568 y 584. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 73 del Grupo Especial, párrafo 200 (en la que se afirma que "las Directrices

esas condiciones se cumplen recae en Australia, como parte que invoca la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.[823] Si Australia lo hiciera, se desplazaría a los reclamantes la carga de refutar la presunción de que las medidas TPP "no crea[n] un obstáculo innecesario al comercio internacional".[824]

7.188. Australia concluye que, habida cuenta de que los reclamantes no han establecido que las medidas restrinjan el comercio, el Grupo Especial no está obligado a llevar a cabo ningún otro análisis "de la relación" en el marco del párrafo 2 del artículo 2.[825] Australia sostiene subsidiariamente, es decir, solo en caso de que el Grupo Especial determine que los reclamantes han acreditado *prima facie* que las medidas TPP restringen el comercio, que los reclamantes no han establecido la existencia de una infracción del párrafo 2 del artículo 2 con referencia a los factores adicionales del "análisis de la relación" descritos *supra*.[826] Australia considera asimismo que los reclamantes no han establecido que habría medidas alternativas razonablemente a su disposición que harían una contribución equivalente a su objetivo y serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP.[827]

7.189. Por las razones expuestas anteriormente[828], consideramos que la posibilidad de que las medidas impugnadas se beneficien de la presunción refutable que otorga la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, invocada por Australia, puede tener repercusiones significativas en la manera en que debemos llevar a cabo el resto de nuestro análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en estos procedimientos.

7.190. La presunción prevista en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 se aplica únicamente con respecto a los reglamentos técnicos que se adopten "para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente" en el párrafo 2 del artículo 2. En consecuencia, una primera consideración de este factor nos permitirá determinar si las medidas TPP están comprendidas en el ámbito de las medidas a las que se aplica la presunción de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. Según se describió anteriormente, el "objetivo legítimo" en cuestión es también uno de los aspectos que han de considerarse al evaluar si un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario" en el sentido de la segunda frase del párrafo 2 del

---

del CMCT se refieren no solo a los *elementos de marcas de fábrica o de comercio* del empaquetado genérico del tabaco (tales como logotipos, colores, o imágenes de marca) sino también a los *elementos físicos* de ese empaquetado (tales como la forma, el tamaño y los materiales de empaquetado del tabaco). Por consiguiente, el CMCT es una norma internacional pertinente tanto si el Grupo Especial considera que la expresión 'reglamento técnico' se refiere únicamente a las prescripciones físicas del empaquetado genérico del tabaco como si considera que la expresión se refiere tanto a las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio como a las prescripciones físicas" (no se reproduce la nota a pie de página) (sin cursivas en el original)).

[823] Véanse la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 27; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 852; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 293 y 323; la respuesta de Cuba a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 16 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde hace suya la respuesta de Honduras a esa pregunta); la respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 85; la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 220; y la respuesta de Australia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 160.

[824] A ese respecto, observamos que en el asunto *Rusia - Porcinos (UE)*, el Grupo Especial, al abordar una situación similar (es decir, la evaluación sucesiva de diversos elementos antes de concluir si la medida podía beneficiarse de la presunción de compatibilidad establecida en el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF), reservó su consideración de la *manera* de evaluar la "refutabilidad" para un momento posterior de su análisis:

> Conforme al texto de dicho párrafo, una constatación de que las medidas de Rusia están "en conformidad con" normas internacionales pertinentes establecería una presunción de la compatibilidad de las medidas de Rusia con las obligaciones sanitarias o fitosanitarias que le corresponden, y en consecuencia tendría repercusión en la resolución por el Grupo Especial de otras alegaciones presentadas en esta diferencia. Si constatáramos la "conformidad con", y dado que entendemos que esa presunción es "rebatible", tendríamos después que considerar la manera de evaluar si ha sido o no rebatida con respecto a cada una de las disposiciones pertinentes.

Informe del Grupo Especial, *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafo 7.888. (se ha omitido la nota a pie de página)

[825] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 585.

[826] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 586-590.

[827] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 21, 595, y 700-742.

[828] Véase el párrafo 7.36 *supra*.

artículo 2, con independencia de la aplicabilidad de la presunción refutable incorporada en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.

7.191. Habida cuenta de esos elementos y de las circunstancias del presente caso, creemos apropiado continuar nuestro análisis[829] con la consideración del objetivo de las medidas TPP y de si tal objetivo es "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. En caso de que determinemos que las medidas TPP se han elaborado, adoptado o aplicado "para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente" en el párrafo 2 del artículo 2[830], tendremos que considerar además si, según lo aducido por Australia, se cumplen las demás condiciones establecidas en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, de forma que la presunción refutable prevista en ese párrafo es aplicable y, en tal caso, qué supone para el resto de nuestro análisis de las alegaciones que se nos han presentado en el marco del párrafo 2 del artículo 2.[831]

7.2.5.1 La cuestión de si las medidas TPP persiguen un "objetivo legítimo"

7.192. Al pronunciarse sobre una alegación presentada al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, un grupo especial deberá, en primer lugar, evaluar lo que trata de alcanzar un Miembro por medio de un reglamento técnico. Posteriormente, el análisis deberá centrarse en la cuestión de si un objetivo concreto es legítimo.[832] Por consiguiente, ese análisis conlleva tanto la identificación del objetivo perseguido por el Miembro a través de la medida como la evaluación de su carácter "legítimo", en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.

7.193. Además, como se ha observado anteriormente, la identificación del objetivo de las medidas TPP es también necesaria, en las circunstancias del presente caso, para determinar si esas medidas persiguen "uno de los objetivos legítimos mencionados *expresamente* en el párrafo 2" (sin cursivas en el original) en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, invocada por Australia.

7.194. Por consiguiente, consideramos en primer lugar cuál es el objetivo de las medidas TPP o, tal como lo expresó el Órgano de Apelación, lo que Australia "trata de alcanzar" a través de esas medidas, antes de considerar si ese objetivo es "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y en qué grado pertenece al ámbito de los objetivos específicos a los que se hace referencia en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.

---

[829] Entendemos que ese enfoque general es compatible con la manera en que las partes han articulado su entendimiento del párrafo 5 del artículo 2. Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 26; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 288-289 y 292; la respuesta de Cuba a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 216 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde hace suya la respuesta de Honduras a la pregunta 66); la respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 73; la respuesta de Australia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 156; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 313. A excepción de Indonesia (que considera que deberíamos formular primero todas nuestras determinaciones en el marco de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 antes de tan siquiera "comenzar" la evaluación con arreglo al párrafo 2 de ese artículo), no consideramos que las opiniones de las partes sobre esta cuestión estén en contradicción con el enfoque que adoptamos aquí, es decir: en primer lugar, considerar los elementos que pertenecen a *ambos* párrafos 2 y 5 del artículo 2 (la cuestión de si las medidas constituyen un "reglamento técnico" y la identificación de sus "objetivos"); y después continuar, si procede, con los restantes elementos que determinan la aplicabilidad de la presunción refutable con arreglo a la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 (la cuestión de si las medidas están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" y, si lo están, cuáles son las consecuencias de la presunción otorgada y cómo puede esta ser refutada). Por último, tras haber considerado la aplicabilidad de la presunción prevista en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, pasaríamos a finalizar nuestro análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 teniendo en cuenta nuestras anteriores determinaciones en relación con la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.

[830] El otro elemento del primer conjunto de condiciones establecidas en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 es que la medida para la que se invoca la presunción refutable sea un "reglamento técnico". Consideramos que esa condición se ha cumplido cuando constatamos, en el párrafo 7.182 *supra*, que la medida es un "reglamento técnico" para los fines del párrafo 2 del artículo 2.

[831] Véanse también los párrafos 7.36, 7.41, 7.187 y 7.189, y las notas 824 y 829 *supra*.

[832] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 314.

7.2.5.1.1 El objetivo de las medidas TPP

7.195. Como ha descrito el Órgano de Apelación:

> [E]l enfoque que es procedente que siga un grupo especial al determinar el objetivo que trata de lograr un Miembro mediante un reglamento técnico ... requiere una evaluación independiente y objetiva, basada en un examen del texto de la medida, su diseño, su arquitectura, su estructura y sus antecedentes legislativos, así como de su funcionamiento. Aunque puede tomar como punto de partida la caracterización que hace el Miembro demandado del objetivo que persigue mediante la medida, el grupo especial no queda obligado por esa caracterización, especialmente cuando el objetivo de una medida es controvertido entre las partes, y se han expuesto argumentos opuestos basados en el texto de la medida, su diseño, arquitectura y estructura, sus antecedentes legislativos y los datos relativos a su funcionamiento.[833]

7.196. Al abordar esta cuestión, tenemos presente la importante distinción que ha de hacerse, para los fines del párrafo 2 del artículo 2, entre la identificación del *objetivo* que se persigue a través de la medida, que tratamos ahora de determinar, y el *nivel* al que el Miembro trata de alcanzar ese objetivo, que no tenemos que establecer, en abstracto, en esta etapa de nuestro análisis. Como observó el Órgano de Apelación:

> Ni el párrafo 2 del artículo 2, en particular, ni el *Acuerdo OTC*, en general, exigen que, en su examen del objetivo perseguido, un grupo especial discierna o identifique, en abstracto, el nivel al que el Miembro demandado desea o pretende alcanzar ese objetivo.[834]

7.197. De modo similar, tenemos presente el hecho de que la identificación del objetivo perseguido por un reglamento técnico se distingue también de la cuestión de *cómo* o por qué medios ha de perseguirse ese objetivo. Esa distinción puede tener efectos en partes ulteriores de nuestro análisis, en tanto en cuanto sea necesario comparar el grado en que se alcanza el objetivo en cuestión a través de las medidas impugnadas y el grado en que podría lograrse una contribución equivalente a través de otras medidas menos restrictivas del comercio que permitan alcanzar el mismo objetivo por medios diferentes.[835]

7.198. A nuestro entender, la identificación del "objetivo" perseguido por la medida tiene como fin identificar la finalidad subyacente de la medida impugnada. La lista específica de "objetivos legítimos" enunciados en el párrafo 2 del artículo 2 es indicativa de que esa determinación se refiere esencialmente a la identificación de la preocupación de política subyacente a la que el Miembro trata de dar respuesta a través de las medidas (y, posteriormente, a la cuestión de si es un objetivo "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2). *Cómo* la medida impugnada específica trata de dar respuesta a la preocupación en cuestión, y en qué grado contribuye realmente al logro de su objetivo, son asuntos distintos que consideraremos, según proceda, en partes ulteriores de nuestro análisis.

7.199. Teniendo presente esta orientación general, expondremos a grandes rasgos los principales argumentos de las partes respecto del objetivo de las medidas TPP, para después realizar nuestra propia evaluación de ese objetivo.

---

[833] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 395.

[834] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 390 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 316: "un Miembro de la OMC, al elaborar, adoptar y aplicar una medida para perseguir un objetivo legítimo, articula implícita o explícitamente el nivel al que trata de alcanzar ese objetivo legítimo en particular"). Véase también el párrafo 7.231 *infra*. El pasaje citado contiene la siguiente nota original: "Hemos señalado antes que el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* dispone que no debe impedirse a ningún Miembro que adopte las medidas necesarias para alcanzar un objetivo legítimo 'a los niveles que considere apropiados'. ... No obstante, ello no requiere una evaluación independiente del nivel de logro *deseado*." Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 390, nota 779. (las cursivas figuran en el original)

Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 390 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 316).

[835] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 387. Véanse también los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 7.320 y 7.326.

7.2.5.1.1.1 Principales argumentos de las partes

7.200. Honduras describe el objetivo perseguido por Australia a través de las medidas TPP como "la mejora de la salud pública mediante la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco".[836] Honduras considera que esa posición tiene el respaldo de la propia Ley TPP y sus antecedentes legislativos.[837] Honduras explica que el *objetivo* pertinente que debe identificarse es el objetivo de política del Gobierno, que tendrá que distinguirse del *mecanismo* elegido por el Gobierno para lograr ese objetivo, y que, en el presente caso, *el objetivo de política* de Australia *es la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco entre su población*, según se refleja en el artículo 3.1 de la Ley TPP y las pruebas conexas.[838]

7.201. La República Dominicana considera también que el objetivo explícito de las medidas TPP, según se establece en la Ley TPP, es la mejora de la salud pública mediante la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco.[839]

7.202. Cuba explica que el texto de la Ley TPP establece que su objetivo es "mejorar la salud pública" a través de una reducción del hábito de fumar como resultado de un descenso del inicio, un aumento del abandono del hábito y una reducción de la recaída. Cuba considera que la historia legislativa de la medida, según se refleja en el Memorándum explicativo que acompañaba al Proyecto de Ley TPP en su primera propuesta, confirma este objetivo, al indicar que "el objetivo de este Proyecto de Ley es mejorar la salud pública mediante la reducción por las personas del uso de, y la exposición a, los productos del tabaco; y dar efecto a determinadas obligaciones de Australia al amparo del CMCT de la OMS". Por consiguiente, en opinión de Cuba, el objetivo de la medida de empaquetado genérico de Australia es "la protección de la salud humana mediante la reducción del hábito de fumar (esto es, descenso del inicio, aumento del abandono del hábito y reducción de la recaída) que supondrá, junto con otras medidas, una reducción del índice nacional de tabaquismo a un 10% para 2018 y una reducción a la mitad del índice de tabaquismo de los Aborígenes y de los Isleños del Estrecho de Torres".[840]

7.203. Indonesia explica que, según lo expuesto por el Gobierno de Australia al presentar su propuesta, el objetivo global de las medidas TPP es contribuir a "reducir la tasa {prevalencia} de consumo de tabaco entre la población australiana al 10% para 2018, y reducir a la mitad la tasa de consumo de tabaco entre la población aborigen e isleña del Estrecho de Torres" y que "por consiguiente, el objetivo del empaquetado genérico es proteger la salud mediante la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco".[841]

7.204. Australia explica que "los objetivos de la medida de empaquetado genérico del tabaco de Australia se establecen en el artículo 3 de la Ley TPP".[842] Asimismo, explica que el artículo 3(1) de la Ley TPP establece los objetivos generales de la Ley en lo que se refiere la conducta tabáquica, que forman parte de todas las estrategias integrales de control del tabaco y constituyen el medio de mejorar la salud pública general: desalentar de empezar a fumar, alentar a dejar de fumar y desalentar de la recaída darán necesariamente por resultado una reducción de la exposición al humo, promoviendo la salud pública al beneficiar incluso a los no fumadores.[843]

7.205. Australia explica además que la legislación y los reglamentos de aplicación, el Memorándum explicativo y los antecedentes legislativos de la medida, así como su diseño, estructura y funcionamiento generales, y sus objetivos -incluido dar cumplimiento a las obligaciones de Australia en el marco del CMCT- describen claramente, cada uno de ellos, cómo está previsto que la medida, como parte de la estrategia integral de Australia de medidas de control del tabaco, contribuya a lograr el objetivo global de Australia de proteger la salud humana.[844] Australia explica que el artículo 3(1) de la Ley TPP establece los "objetivos generales" de la Ley, que consisten en "mejorar la salud pública desalentando de empezar a fumar, alentando a dejar de fumar, desalentando de recaer y reduciendo la exposición al humo" y que forman parte

[836] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 847.
[837] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 519.
[838] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 122-123.
[839] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 972.
[840] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 205.
[841] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 89.
[842] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 135.
[843] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 136.
[844] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 141.

de todas las estrategias integrales de control del tabaco, que tienen por efecto mejorar la salud pública general mediante la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco y de las enfermedades y la mortalidad relacionadas con el tabaco.[845] Asimismo, Australia explica que la aplicación del artículo 3(2) de la Ley TPP tiene la finalidad de contribuir a mejorar la salud pública a través de tres mecanismos específicos u "objetivos específicos": reducir el atractivo de los productos de tabaco; aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias; y reducir 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 y de consumir esos productos.[846]

7.206. Australia considera que centrarse exclusivamente en la "prevalencia del consumo de tabaco" al formular el objetivo de la medida, según proponen los reclamantes, tendría efectos en la manera en la que el Grupo Especial evaluará el grado de contribución de la medida:

> En efecto, los reclamantes pedirían al Grupo Especial que pasase por alto la vía causal a través de la cual la medida de empaquetado genérico del tabaco contribuirá en definitiva al logro de sus objetivos más generales de mejorar la salud pública desalentando de empezar a fumar, alentando a dejar de fumar, desalentando de recaer y reduciendo la exposición al humo. Se trata de un intento de los reclamantes de suprimir artificialmente la relación causal entre los efectos de la medida de empaquetado genérico del tabaco en el comportamiento y sus efectos a largo plazo en la prevalencia del consumo de tabaco.[847]

7.207. Por consiguiente, Australia describe el objetivo de las medidas TPP, "definido adecuadamente", como "reducir las tasas de consumo de tabaco en Australia disminuyendo el atractivo de los productos de tabaco, aumentando la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y reduciendo la capacidad de los paquetes de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar".[848]

7.208. Honduras considera que Australia trata de confundir su objetivo de política con los mecanismos que elige para lograr ese objetivo y que, contrariamente a las indicaciones de Australia, los mecanismos previstos en la Ley TPP no constituyen en sí mismos el objetivo de Australia, sino simples medios para alcanzar un fin, siendo ese fin u "objetivo" la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco.[849]

7.209. La República Dominicana observa también que Australia trata de caracterizar los tres mecanismos como "objetivos específicos" que son fines en sí mismos, y que "no es sorprendente que Australia no haya podido argumentar con coherencia que los mecanismos son a la vez el medio para lograr los fines y los fines en sí mismos".[850]

7.210. Cuba considera que Australia se refiere confusamente a la reducción del hábito de fumar como "objetivo general" que deberá cumplirse a través de los tres "objetivos específicos" o "mecanismos".[851] Cuba sostiene que, tomando como referencia el texto de la Ley TPP, su historia legislativa, y la estructura y el diseño de la medida, es indudable que la meta u "objetivo" del empaquetado genérico es la mejora de la salud pública mediante un cambio en la conducta de fumar y no simplemente la reducción del atractivo estético de los productos del tabaco o de su empaquetado.[852]

7.211. Indonesia advierte también al Grupo Especial de que no debe permitirse que Australia "desplace los objetivos" mediante la utilización de términos relativos a los "objetivos generales" y "medidas específicas" establecidos en las medidas TPP. Indonesia sostiene que Australia trata de "hacer doble juego" cuando intenta volver a caracterizar los "mecanismos específicos" como "objetivos" en sí mismos, lo que puede inducir a error, ya que los mecanismos específicos son los

[845] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 598.
[846] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 599.
[847] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 602.
[848] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 604. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 210 y 535.
[849] Véase la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 523 y 524.
[850] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 280.
[851] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 207.
[852] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 213.

"instrumentos" en los que confía Australia para reducir la prevalencia, pero el objetivo del régimen de empaquetado genérico de Australia es reducir la prevalencia.[853]

7.212. Además, la República Dominicana ha formulado observaciones sobre el objetivo declarado de Australia de dar cumplimiento a determinadas obligaciones como parte en el CMCT. En opinión de la República Dominicana, el CMCT no obliga a Australia a adoptar el régimen de empaquetado genérico, y en ningún caso un Miembro de la OMC puede invocar una obligación al amparo de un acuerdo internacional distinto para justificar la imposición de restricciones que de otra manera serían contrarias a las normas de la OMC. La República Dominicana sostiene que, si tuviesen derecho a ello, los Miembros podrían suscribir acuerdos fuera de la OMC como medio para eludir sus obligaciones en la OMC.[854]

7.2.5.1.1.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.213. En estos procedimientos el hecho de que el objetivo de las medidas TPP se refiere a la protección de la salud pública y, más específicamente, a la protección de la salud pública en relación con el consumo de productos de tabaco en Australia, es un hecho no controvertido.

7.214. Sin embargo, las partes formulan el objetivo concreto perseguido por Australia a través de las medidas TPP de forma algo diferente. Como se ha expuesto más arriba, los reclamantes definen el objetivo perseguido por Australia haciendo referencia específica a la mejora de la salud pública "mediante la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco". Australia considera que centrarse exclusivamente en la prevalencia del consumo de tabaco equivaldría a "pasar por alto la vía causal a través de la cual las medidas contribuirán al logro de su objetivo". Como se ha expuesto anteriormente, Australia considera que el objetivo de las medidas, definido adecuadamente, consiste en "reducir las tasas de consumo de tabaco en Australia disminuyendo el atractivo de los productos de tabaco, aumentando la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y reduciendo la capacidad de los paquetes de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar".[855] En opinión de los reclamantes, esos tres aspectos constituyen "mecanismos" de aplicación de las medidas, es decir, son los medios a través de los cuales se prevé alcanzar los objetivos generales identificados en la Ley TPP, y no pueden caracterizarse adecuadamente como "objetivos" de las medidas TPP en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.215. Habida cuenta de las descripciones discrepantes que hacen las partes del objetivo de las medidas TPP, seguidamente examinaremos más a fondo de qué manera debe caracterizarse exactamente ese objetivo. Al hacerlo, debemos tener en cuenta la propia formulación por Australia del objetivo que persigue a través de sus medidas. Sin embargo, como se observó anteriormente, no quedamos obligados por esa caracterización. Para hacer una evaluación objetiva e independiente del objetivo que el Miembro trata de alcanzar, debemos tener en cuenta todas las pruebas que se nos han presentado a este respecto, incluidos "el texto de instrumentos jurídicos, los antecedentes legislativos y otras pruebas relativas a la estructura y aplicación" del reglamento técnico en cuestión.[856]

7.216. En consecuencia, examinamos las pruebas pertinentes que se nos han presentado, incluido el texto de las medidas, sus antecedentes legislativos y las demás pruebas relativas a la aplicación de las medidas TPP, para identificar su objetivo.

7.217. El texto de la Ley TPP es el principal instrumento jurídico en el que figuran las prescripciones de empaquetado genérico de las medidas TPP y define su objeto. Su subtítulo es "Una Ley para desalentar el consumo de productos de tabaco y para fines conexos".[857] En el artículo 3 se definen los "Objetivos de la presente Ley" del modo siguiente:

> (1) Los objetivos de la presente Ley son:

---

[853] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 166.
[854] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 287.
[855] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 604. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 210 y 535.
[856] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 371.
[857] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), portada.

(a) mejorar la salud pública:

(i) desalentando de empezar a fumar o de consumir productos de tabaco; y

(ii) alentando a dejar de fumar y a dejar de consumir productos de tabaco; y

(iii) desalentando a quienes han dejado de fumar, o dejado de consumir productos de tabaco, de recaer en ello; y

(iv) reduciendo la exposición al humo de los productos de tabaco; y

(b) dar cumplimiento a determinadas obligaciones asumidas por Australia como parte en el Convenio para el Control del Tabaco.[858]

7.218. Por lo tanto, según se desprende de su texto, la Ley TPP identifica dos "objetivos" principales. El primero, enunciado en el apartado (a), consiste en "mejorar la salud pública" a través de determinadas medidas enumeradas en los incisos (i) a (iv). El segundo objetivo específico se identifica en el apartado (b) y consiste en "dar cumplimiento a determinadas obligaciones asumidas por Australia como parte en el [CMCT]". Esos "objetivos" se resumen en el Esquema simplificado de la Ley incluido en la propia Ley TPP del modo siguiente:

> La presente Ley regula el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco con objeto de:
>
> (a) mejorar la salud pública; y
>
> (b) dar cumplimiento a determinadas obligaciones establecidas en el Convenio para el Control del Tabaco.[859]

7.219. Consideraremos estos dos "objetivos" sucesivamente.

Mejora de la salud pública

7.220. Con respecto al primer "objetivo" identificado en la Ley TPP, observamos que el apartado 3(1)(a) hace referencia a mejorar la salud pública *desalentando* de empezar a fumar, de usar productos de tabaco o de recaer en ello, *alentando* a dejar de fumar y *reduciendo la exposición* al humo. Como indica el título de la propia Ley, esa formulación se propone "*desalentar* el consumo de productos de tabaco" (sin cursivas en el original).

7.221. De acuerdo con el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP[860], "esta cláusula dispone que los objetivos de este Proyecto de Ley consisten en mejorar la salud pública *reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos*"[861] (sin cursivas en el original). En el Memorándum explicativo se describe también el contexto más amplio frente al que se adopta la Ley TPP:

> El Gobierno de Australia está aplicando un conjunto integral de reformas para *reducir el consumo de tabaco y sus efectos nocivos*. Como parte de esas reformas, el Gobierno se comprometió a introducir legislación para hacer obligatorio el empaquetado genérico de los productos de tabaco, a fin de suprimir una de las últimas fronteras de la publicidad del tabaco.[862]

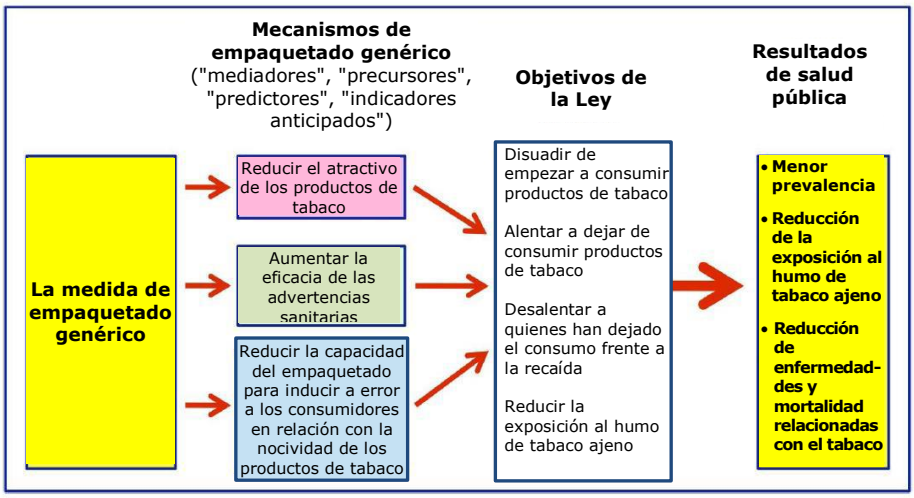
---

[858] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3.
[859] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 12.
[860] En el párrafo 2.13 *supra* y las notas conexas se ofrece una explicación del valor jurídico de los memorandos explicativos en el derecho interno australiano.
[861] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 6.
[862] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 1. (sin cursivas en el original)

7.222. A lo largo de estas actuaciones, Australia ha utilizado diversas formulaciones para describir el objetivo general de las medidas TPP. Ha descrito ese objetivo como "mejorar la salud pública *desalentando* de empezar a fumar, *alentando* a dejar de fumar, desalentando de recaer y reduciendo la exposición al humo"[863] y como "*reducir las tasas de consumo de tabaco en Australia* ...".[864] Esas dos formulaciones son diferentes, ya que la primera se centra en alentar o desalentar determinados comportamientos específicos relacionados con el consumo de productos de tabaco, mientras que la otra se refiere más directamente a la reducción del consumo de tabaco y de las tasas de fumadores. Australia ha descrito también su objetivo, "definido adecuadamente" para los fines del análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2, haciendo referencia a la mejora de la salud pública mediante la "reducción de las tasas de consumo de tabaco".

7.223. Australia describe el funcionamiento general de las medidas del modo siguiente:

Figura 10: Descripción por Australia del funcionamiento de las medidas TPP



Fuente: Figura 9 de la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 144.

7.224. Los reclamantes describen el objetivo de las medidas TPP como la mejora de la salud pública mediante "la reducción de la *prevalencia* del consumo de tabaco" (sin cursivas en el original), definiéndose la prevalencia como el número de fumadores expresado como porcentaje de la población total.[865]

7.225. A nuestro entender, el objetivo subyacente perseguido por Australia a través de las medidas TPP, tal como se refleja en el texto de la Ley TPP y en su Memorándum explicativo, es la mejora de la salud pública, en concreto mediante un esfuerzo por "reducir el consumo de tabaco" y "reducir las tasas de consumo de tabaco".[866] La Ley TPP no menciona expresamente la reducción del consumo de tabaco o de las tasas de fumadores como uno de sus objetivos. Sin embargo, el Memorándum explicativo deja claro que esas medidas son un elemento de lo que Australia describe como "un conjunto integral de reformas *para reducir el consumo de tabaco* y sus efectos nocivos".[867] Según se expresa en el Memorándum explicativo, la Ley TPP tiene por finalidad

[863] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 602 (sin cursivas en el original).
[864] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 604 (sin cursivas en el original).
[865] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 351; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 50, nota 7; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 86; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6, nota 3.
[866] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 1. Véase también la Exposición explicativa sobre el Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22), páginas 11-15; y el Documento de consulta sobre los productos de tabaco distintos de los cigarrillos (Prueba documental JE-11), páginas 3 y 16.
[867] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 1. Además, en el Memorándum explicativo se especifican las "razones que justifican el empaquetado genérico" del modo siguiente:

> Este Proyecto de Ley impedirá la publicidad y la promoción del tabaco en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos con objeto de:

"mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".[868]

7.226. Coincidimos con Australia en que una caracterización del objetivo de las medidas TPP basada exclusivamente en la reducción de la *prevalencia* del *consumo de tabaco*, según proponen los reclamantes, no reflejaría plenamente el objetivo que persigue a través de las medidas TPP, ya que solo reflejaría una dimensión de la reducción del hábito de fumar que Australia trata de lograr a través de las medidas. Aunque los objetivos de la Ley TPP se refieren a alentar a dejar de fumar y desalentar de empezar a fumar, lo que puede considerarse que se refiere en particular a reducir la prevalencia del consumo de tabaco según se ha definido anteriormente, la Ley TPP tiene también como fin, de acuerdo con sus propios términos, disuadir a la población de forma más general "de usar productos de tabaco" y reducir "la exposición al humo de productos de tabaco". Por consiguiente, el objetivo de las medidas TPP no puede, en nuestra opinión, limitarse exclusivamente a la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco, es decir, la reducción de la proporción de la población que fuma. A nuestro entender, el objetivo de las medidas abarca de forma más general la intención de reducir el "consumo" de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.227. Sin embargo, no estamos convencidos de que el objetivo de las medidas TPP, para los fines de nuestro análisis con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, deba entenderse en el sentido de que abarca los aspectos adicionales identificados por Australia como "objetivos específicos" o "mecanismos" en el marco de la Ley TPP, es decir, "disminui[r] el atractivo de los productos de tabaco, aumenta[r] la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas, y reduci[r] la capacidad de los paquetes de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar". En nuestra opinión, esos "objetivos específicos" adicionales identificados por Australia encajan mejor en la descripción que hace la propia Australia al referirse a ellos como los medios o "mecanismos" mediante los cuales está previsto que las medidas logren los objetivo de Australia de mejorar la salud pública. Estamos de acuerdo con los reclamantes, y con algunos de los terceros, en que los medios no deben confundirse con los fines en ese contexto.[869]

- reducir la atracción y el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores, en particular para los jóvenes;
- aumentar la visibilidad y eficacia de las advertencias sanitarias obligatorias;
- reducir la capacidad del producto de tabaco y su empaquetado para inducir a error a los consumidores acerca de los efectos perjudiciales del consumo de tabaco; y
- mediante el logro de esos objetivos a largo plazo, como parte de un amplio conjunto de medidas de control del tabaco, contribuir a los esfuerzos para reducir las tasas de consumo de tabaco.

Ibid., Véanse también: Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-5, JE-5), página 1, resumen; Departamento de Salud y Envejecimiento de Australia, "*Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging Bill 2011 Exposure Draft*", 7 de abril de 2011 (Documento de consulta sobre el anteproyecto de Ley TPP) (Pruebas documentales AUS-120, JE-10), páginas 1-2; 1-2; Departamento de Salud y Envejecimiento de Australia, "*Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging: Proposed Approach to Non-Cigarette Tobacco Products*", 30 de septiembre de 2011 (Documento de consulta sobre los productos de tabaco distintos de los cigarrillos) (Prueba documental JE-11), páginas 3 y 13-14.

[868] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 6. Véanse también el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-5, JE-5), página 1, resumen; el Documento de consulta sobre el anteproyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-120, JE-10), páginas 1-2;1-2; el Documento de consulta sobre los productos de tabaco distintos de los cigarrillos (Prueba documental JE-11), páginas 3 y 16; y la Exposición explicativa sobre el Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22), páginas 11, 12, 14 y 15.

[869] Véase, por ejemplo, la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 68:

> El objetivo legítimo primordial y los propósitos subsidiarios no deben confundirse. Si el "objetivo" se plantea de manera artificial para incluir asuntos que no son legítimos *per se*, sino que simplemente extraen su legitimidad del objetivo primordial y del contexto, entonces el análisis se vuelve circular y la medida se autojustifica. Esto se debe a que incluso si, hipotéticamente, existiese una medida alternativa que, de hecho, eliminase o llegase casi a eliminar el consumo de tabaco y, por lo tanto, contribuyese más al objetivo de proteger la salud pública, pero no hiciera nada por reducir el atractivo del empaquetado, en términos puramente jurídicos no serviría como medida alternativa con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, simplemente porque no abordaría la cuestión del atractivo del empaquetado (dejando de lado la cuestión de si sería o no más restrictiva del comercio).

7.228. Como la propia Australia explica, la Ley TPP y su Memorándum explicativo describen "*cómo está previsto que la medida*, como parte de la estrategia integral de Australia de medidas de control del tabaco, *contribuya* a lograr el objetivo global de Australia de proteger la salud humana" (sin cursivas en el original). En concreto, el párrafo 3.2 de la Ley TPP introduce los tres "mecanismos" que Australia describe como "objetivos específicos" de la manera siguiente:

> (2) el Parlamento tiene intención de *contribuir al logro de los objetivos enunciados en el párrafo (1)* reglamentando el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco con objeto de:
>
> (a) reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores; y
>
> (b) aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias que figuran en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco; y
>
> (c) reducir 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.[870]

7.229. Como hemos indicado anteriormente, lo que tratamos de establecer en esta etapa de nuestro análisis es qué intenta Australia alcanzar con las medidas TPP o, en otras palabras, a qué preocupación de política se propone dar respuesta. A nuestro juicio, esta cuestión es diferente de la cuestión de *cómo* está previsto que las medidas específicas en litigio alcancen ese objetivo. Lo que nos interesa en este caso es la identificación de la *finalidad* subyacente de las medidas, más que los mecanismos específicos de aplicación a través de los cuales está previsto que alcancen ese fin.

7.230. Esta determinación no implica que los mecanismos específicos a través de los cuales está previsto aplicar las medidas no sean pertinentes para nuestro análisis general de la compatibilidad de las medidas con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Por el contrario, esos mecanismos pueden constituir la base para otros aspectos de nuestro análisis si determinamos en primer lugar que el "objetivo" de las medidas es legítimo, y pueden llegar a ser muy pertinentes, entre otras cosas, para nuestro análisis de la contribución de las medidas al logro de su objetivo. Sin embargo, en la etapa actual de nuestro análisis, nuestra indagación se centra principalmente en el objetivo de política general que se pretende abordar con las medidas o, según lo expresó el Órgano de Apelación, lo que Australia "trata de lograr" a través de las medidas TPP.

7.231. Al describir el objetivo de Australia con arreglo a las medidas TPP, Cuba e Indonesia se han referido también al "indicador de referencia de rendimiento establecido al amparo del COAG [Acuerdo Nacional de Tratamiento de la Asistencia Sanitaria del Consejo de Gobiernos Australianos]" de "reducción del índice nacional de tabaquismo a un 10% para 2018 y una reducción a la mitad del índice de tabaquismo de los Aborígenes y de los Isleños del Estrecho de Torres". Estos "indicadores de referencia de rendimiento" se mencionan también en el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP[871], y constituyen objetivos generales establecidos en relación con la reducción de las tasas de consumo de tabaco en Australia a través

---

A ese respecto, tenemos también presente la observación formulada por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)* de que:

> La evaluación del grado de contribución resultaría confusa y prácticamente inútil si el objetivo perseguido por la medida sobre el EPO modificada se equiparase con la manera en que la misma medida persigue ese objetivo. Un examen útil de una medida impugnada por un Miembro entraña un examen respecto de criterios objetivos, no respecto de los de la propia medida impugnada.

Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 7.326.

[870] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3. (sin cursivas en el original)

[871] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 1. Véase también el Documento de consulta sobre el anteproyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-120, JE-10), páginas 1 y 3-5; y el Documento de consulta sobre los productos de tabaco distintos de los cigarrillos (Prueba documental JE-11), páginas 13-14.

de las medidas TPP y otras medidas de control del tabaco.[872] Por lo tanto, esos "indicadores de referencia" identifican determinado *nivel* preestablecido de logro del objetivo. Sin embargo, como se ha indicado más arriba, el párrafo 2 del artículo 2 no exige que discernamos o identifiquemos, *en abstracto,* el *nivel* al que Australia desea o pretende alcanzar ese objetivo.[873] Por consiguiente, no es necesario que consideremos, como tal, la existencia de un determinado nivel o indicador de referencia del logro del objetivo que Australia pretenda alcanzar como componente de ese propio objetivo.[874] Más bien, como se ha descrito anteriormente[875], el centro de atención de nuestra indagación es la finalidad o fundamento subyacente de las medidas. En consecuencia, no estamos convencidos de que el objetivo de las medidas TPP deba caracterizarse, en esta etapa de nuestro análisis, tomando como los indicadores de referencia de rendimiento antes mencionados.

7.232. Habida cuenta de lo anterior, entendemos que el objetivo perseguido por Australia mediante las medidas TPP es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

Dar cumplimiento al Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT)

7.233. La Ley TPP identifica, en el apartado 3(1)(b), un segundo "objetivo", a saber, "dar cumplimiento a determinadas obligaciones asumidas por Australia como parte en el Convenio para el Control del Tabaco".

7.234. Según se indicó anteriormente, la expresión "Convenio para el Control del Tabaco" se utiliza en la Ley TPP para designar al CMCT.[876] Además, en el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP se señala que la "introducción del empaquetado genérico para los productos de tabaco es uno de los medios por los que el Gobierno de Australia dará cumplimiento a las obligaciones asumidas por Australia en virtud del [CMCT]" y, en ese contexto, se remite a los artículos 5, 11 y 13 del CMCT.[877] En el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP se añade que el párrafo 3(2) "no pretende ser una lista exhaustiva de las maneras en que pueden cumplirse las obligaciones asumidas por Australia en virtud del CMCT de la OMS".[878]

7.235. Como se señaló anteriormente, Australia ha descrito sus "objetivos legítimos", "definidos adecuadamente", para los fines del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC como "reducir las tasas de consumo de tabaco en Australia disminuyendo el atractivo de los productos de tabaco, aumentando la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y reduciendo la capacidad de los paquetes de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar".[879] Sin embargo, al describir sus objetivos, Australia también hace referencia a su intención de dar cumplimiento al CMCT, según se indica en el artículo 3(2) de la Ley TPP:

> La estructura y el funcionamiento de los artículos 3(1) y 3(2), considerados conjuntamente, dejan claro que la Ley TPP especifica una vía causal a través de la cual pueden lograrse los objetivos de Australia de mejorar la salud pública y dar cumplimiento al CMCT. Es decir, el logro de los objetivos específicos establecidos en el artículo 3(2) es un *medio directo* para alcanzar el objetivo de mejorar la salud pública fijado en el artículo 3(1) de la Ley TPP.[880]

7.236. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Australia aclaró que considera que el cumplimiento de sus obligaciones en el marco del CMCT es uno de sus "objetivos" para los fines del párrafo 2 del artículo 2:

---

[872] Véanse, por ejemplo, el Documento de consulta sobre el anteproyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-120, JE-10), páginas 1 y 3-5; y el Documento de consulta sobre los productos de tabaco distintos de los cigarrillos (Prueba documental JE-11), páginas 13-14 (donde figura "la introducción del empaquetado genérico de los productos de tabaco" entre 10 "reformas iniciadas ... para cumplir el objetivo [del Consejo de Gobiernos Australianos]").

[873] Véase el párrafo 7.196 *supra*.

[874] Véanse los párrafos 7.197 y 7.198 *supra*.

[875] Véase el párrafo 7.229 *supra*.

[876] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), apartado 4(1). Véase también el párrafo 2.16 *supra*.

[877] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 2.

[878] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 7.

[879] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 604.

[880] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 600. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota a pie de página)

> El empaquetado genérico del tabaco se recomienda como medio por el que las partes en el CMCT pueden cumplir sus obligaciones en el marco de los artículos 11 y 13 del Convenio. Por ello, Australia considera que la introducción del empaquetado genérico del tabaco da cumplimiento a la "obligación general" de Australia de aplicar y actualizar estrategias multisectoriales integrales con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del CMCT, así como a sus obligaciones específicas en el marco de los artículos 11 y 13. Por tanto, dar cumplimiento a determinadas obligaciones asumidas por Australia como parte en el CMCT es uno de los objetivos legítimos de la medida para los fines del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[881]

7.237. Honduras, la República Dominicana y Cuba sostienen que la aplicación del CMCT no obliga a Australia a adoptar el empaquetado genérico, y que en ningún caso un Miembro de la OMC puede invocar una obligación al amparo de un acuerdo internacional distinto para justificar la imposición de restricciones que de otra manera serían contrarias a las normas de la OMC.[882] Por esas razones, consideran que la compatibilidad de las medidas TPP con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC solo puede determinarse en referencia al objetivo declarado de reducir la conducta tabáquica[883], mejorar "la salud pública reduciendo la prevalencia del consumo de tabaco"[884] y "reducir la prevalencia del tabaco".[885]

7.238. No entendemos que Australia esté dando a entender que el objetivo de "dar cumplimiento a determinadas obligaciones" que ha asumido en virtud del CMCT deba considerarse, para los fines de determinar el "objetivo legítimo" de las medidas TPP en el marco del párrafo 2 del artículo 2, abstrayéndolo e independientemente de su objetivo relativo a la mejora de la salud pública. Más bien, entendemos que la intención de Australia de dar cumplimiento a determinadas obligaciones que ha asumido en el marco del CMCT a través de las medidas TPP, incluida la Ley TPP, está directamente relacionada con su objetivo de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, y con el logro de ese objetivo.

7.239. Según lo ha expresado Australia, "tanto el Memorándum explicativo de la Ley TPP como las *Directrices del CMCT corroboran* las razones de salud pública en que se basa la Ley TPP y los medios para alcanzar ese objetivo".[886] Australia explica asimismo que "no se discute que las medidas recomendadas por el CMCT sean medidas 'legítimas' de *salud pública*".[887] Como Australia lo ha expresado también:

> El artículo 3(1)(b) de la Ley TPP dispone expresamente que la medida de empaquetado genérico del tabaco *mejorará la salud pública* al dar cumplimiento a determinadas obligaciones asumidas por Australia como parte en el CMCT. Según lo expuesto en el párrafo 140 de la primera comunicación escrita de Australia, el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP se refiere expresamente a las

[881] Respuesta de Australia a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 220.

[882] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 11, 121 y 138-140; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 465; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 187 y 422-423; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 286-288 y 962; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 289-291, 320 y nota 406, y 406; la respuesta de Cuba a la pregunta 130 del Grupo Especial, página 17; la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 92-98; y las observaciones de Indonesia sobre el informe posterior a la implementación de Australia, párrafos 12-13. Honduras sostiene asimismo que, incluso si el CMCT exigiese a sus partes la aplicación del empaquetado genérico, este Grupo Especial, en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, no tendría mandato para interpretar tal obligación de un tratado ajeno a la OMC. Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 138-139. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 423; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 287; y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 290 y 292.

[883] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 288 y 962.

[884] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 140.

[885] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 320 y nota 406 (donde se afirma que "el objetivo adicional de dar cumplimiento al CMCT no puede tratarse como un objetivo capaz de justificar por separado las medidas [T]PP si esas medidas no reducen el consumo de tabaco"). Véase, no obstante, la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 203, 214, y 224.

[886] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 601. (sin cursivas en el original; no se reproducen las notas a pie de página)

[887] Respuesta de Australia a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 219. (sin cursivas en el original)

> Directrices del CMCT, que recomiendan que las Partes consideren la posibilidad de introducir el empaquetado genérico del tabaco (sin cursivas en el original).[888]

7.240. El objetivo del CMCT se establece en el artículo 3 en los términos siguientes:

> [P]roteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras *consecuencias sanitarias*, sociales, ambientales y económicas *del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco* proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional *a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.*[889] (sin cursivas en el original)

7.241. Tomamos nota de que, en el CMCT, se reconocen los importantes problemas de salud pública planteados por el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco y se formula el objetivo expreso de hacer frente a las "devastadoras consecuencias ... del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco", en particular para la salud.

7.242. Según lo indicado por Australia[890] y reflejado en los antecedentes legislativos de las medidas[891], las medidas TPP tienen por objeto, más específicamente, incorporar ciertas recomendaciones de las Directrices relativas al artículo 11 y las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT en las que se exhorta a "considerar la posibilidad de adoptar" el empaquetado genérico del tabaco como uno de los modos de aplicar esas obligaciones establecidas en los artículos 11 y 13 del CMCT.[892]

7.243. Teniendo presentes esos elementos, consideramos que la referencia hecha en la Ley TPP y en su Memorándum explicativo y documentos conexos a la intención de Australia de dar cumplimiento a determinadas obligaciones asumidas en virtud del CMCT mediante la adopción de las medidas TPP corrobora y *confirma* que el objetivo de esas medidas, para los fines de nuestra determinación con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 (es decir, identificar la preocupación de

---

[888] Respuesta de Australia a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 217. (sin cursivas en el original)

[889] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 3 (sin cursivas en el original). Véanse también el párrafo 2.100 *supra*, y la respuesta de Australia a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 218.

[890] Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 2, 4, 9 y 108. Australia relaciona los "tres mecanismos" de las medidas TPP con los "probables beneficios del empaquetado genérico del tabaco ... identificados en las Directrices [del CMCT]":

> Esto permite aumentar la vistosidad y eficacia de las advertencias sanitarias y mensajes, impedir que el paquete distraiga la atención de estos últimos y prevenir el uso de técnicas industriales de diseño de envases que sugieran que algunos productos son menos nocivos que otros.

Ibid., párrafo 108 (donde se cita parte del párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT).

[891] Véanse, por ejemplo, el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), páginas 2-3, 6-9, 11 y 14; el Documento de consulta sobre el anteproyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-120, JE-10), páginas 6-7, 11 y 13-14; y la Exposición explicativa sobre el Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22), página 14 del anexo B. Véase también la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 140.

[892] Las partes en el CMCT se han comprometido, en el artículo 11 del Convenio, a aplicar "medidas eficaces" con respecto a la utilización de advertencias sanitarias y otros mensajes adecuados en el empaquetado y etiquetado de productos de tabaco, así como a asegurar que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco "no se promocione[n]" esos productos de manera equívoca o engañosa. CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafos 1 a) y 1 b) del artículo 11. En virtud del artículo 13 del Convenio, las partes en el CMCT se han comprometido a aplicar una "prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco" que "[c]omo mínimo" dispondrá, entre otras cosas, una prohibición de "toda forma de publicidad ... del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso". *Ibid.*, párrafos 1 y 2 y 4 a) del artículo 13. A su vez, el Convenio define la "publicidad y promoción del tabaco" como "toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco". *Ibid.,* apartado c) del artículo 1. Observamos también que la Ley TPP adopta expresamente esta definición del CMCT. Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1). Véanse también los párrafos 2.100-2.109 *supra*.

política subyacente a la que se da respuesta a través de las medidas impugnadas) es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.[893]

7.244. Por consiguiente, no es necesario que sigamos examinando si el cumplimiento de determinadas obligaciones asumidas en virtud del CMCT podría considerarse un "objetivo legítimo" distinto *independientemente* del objetivo de salud pública de Australia descrito más arriba.[894]

7.2.5.1.2 La cuestión de si el objetivo perseguido por Australia a través de las medidas TPP es un "objetivo legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2

7.245. El Órgano de Apelación ha observado que la expresión "objetivo legítimo" se refiere a "un fin o un objeto lícito, justificable o apropiado".[895] El párrafo 2 del artículo 2 no establece una lista exhaustiva de tales objetivos, pero identifica expresamente varios objetivos como "objetivos legítimos". Según ha observado el Órgano de Apelación, la constatación de que el objetivo de una medida figura entre los enumerados en el párrafo 2 del artículo 2 pondrá fin a la indagación sobre su legitimidad.[896]

7.246. Hemos determinado más arriba[897] que el objetivo perseguido por Australia a través de las medidas TPP es proteger la salud humana y, más precisamente, mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.247. La "protección de la salud o seguridad humanas" es uno de los "objetivos legítimos" expresamente identificados en el párrafo 2 del artículo 2.[898] A ese respecto, observamos que, en el contexto del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos que entrañan para la salud y la vida de las personas (en ese caso, causados por las fibras de amianto) se consideró un valor "vital y de la máxima importancia".[899]

7.248. En estos procedimientos no se discute que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco sean causa de mortalidad y enfermedades[900], y que la protección de la salud humana frente a tales riesgos es, por consiguiente, un objetivo legítimo de salud pública en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.249. Asimismo, tomamos nota de la observación de Honduras de que ha aplicado medidas integrales de reglamentación del tabaco y comparte el objetivo de Australia de "reducir la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco".[901] La República Dominicana considera que "la mejora de la salud pública mediante la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco" es un objetivo legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.[902] Cuba acepta también que el objetivo de reducir la prevalencia del consumo de tabaco es un objetivo totalmente legítimo y que el

---

[893] A este respecto, observamos que la República Dominicana ha reconocido que las Directrices del CMCT podrían "a lo sumo ... confirmar la legitimidad del empaquetado genérico como medida cuyo *objetivo* es promover la salud pública". Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 130 del Grupo Especial, párrafo 315. (las cursivas figuran en el original)

[894] Esta determinación de que, para los fines de identificar el "objetivo" de las medidas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, no es necesario considerar que la aplicación del CMCT constituye un objetivo *independiente* distinto del objetivo de salud pública de Australia, no significa en modo alguno que el CMCT y sus instrumentos conexos carezcan de pertinencia, o tengan menos pertinencia, para el resto de nuestra determinación en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC o en relación con otras alegaciones que se nos hayan presentado.

[895] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 313; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 370. (no se reproduce la nota de pie de página)

[896] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 372.

[897] Véase el párrafo 7.232 *supra*.

[898] Los demás objetivos legítimos expresamente enumerados en el párrafo 2 del artículo 2 son: "los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección ... de la vida o la salud animal o vegetal"; y "la protección … del medio ambiente".

[899] Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 172.

[900] Véase la sección 7.2.5.5 *infra*, sobre la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo. Véanse también el CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), segundo y tercer considerandos del preámbulo, y artículo 3; y el escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42, revisada), párrafo 13. Véanse también los párrafos 7.240-7.241 *supra*.

[901] Véase la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 2 y 850.

[902] Véase la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 972.

consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causa de mortalidad y discapacidades.[903] Indonesia tampoco cuestiona que las medidas adoptadas para reducir la prevalencia del consumo de tabaco protegen la salud pública ni pone en duda la legitimidad del objetivo perseguido por las medidas TPP de Australia.[904]

7.250. Observamos además que "limitar y prevenir el consumo de tabaco por los jóvenes" se ha reconocido también entre los "objetivos sanitarios legítimos" en el contexto del Acuerdo OTC[905] y que el Órgano de Apelación ha reconocido también, en el contexto de la aplicación del Acuerdo OTC, "la importancia de los esfuerzos realizados por los Miembros en la Organización Mundial de la Salud en materia de control del tabaco".[906] Según se ha descrito más arriba, el CMCT ha reconocido expresamente la "propagación de la epidemia de tabaquismo" como "problema mundial con graves consecuencias para la salud pública", y "las devastadoras consecuencias ... del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero".[907] Como se ha señalado también anteriormente, el propio objetivo del CMCT, convenio internacional con 180 partes (la inmensa mayoría de ellas también Miembros de la OMC)[908], es proporcionar "un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco".[909]

7.251. Está claro, a la luz de lo anterior[910], que mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos es un "objetivo legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.252. Entendemos que la referencia de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 a los "objetivos legítimos mencionados *expresamente* en el párrafo 2 del artículo 2" (sin cursivas en el original) alude a los objetivos enumerados en el párrafo 2 del artículo 2 e identificados en el párrafo 7.247 *supra*, entre los que se incluye "la protección de la salud ... humana[...]". Por consiguiente, constatamos también, y las partes no lo cuestionan[911], que las medidas TPP "se

[903] Véase la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 3 y 406.

[904] Véase la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 389.

[905] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 236.

[906] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 235.

[907] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), segundo y tercer considerandos del preámbulo, y artículo 3; y escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42, revisada), párrafo 13. Véanse también los párrafos 7.240-7.241 *supra*.

[908] Observamos que la mayoría de las partes en el CMCT son también Miembros de la OMC (149 de 180, o aproximadamente el 83%). Véanse la respuesta de Australia a la pregunta 128 del Grupo Especial, párrafos 188-189; la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 578; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 336 (donde, sin embargo, se hace referencia a 148 Miembros de la OMC, ya que esas comunicaciones se presentaron antes de que Kazajstán, también parte en el CMCT, se convirtiera en Miembro de la OMC en noviembre de 2015).

Análogamente, la inmensa mayoría de los Miembros de la OMC son también partes en el CMCT (149 de 160, o aproximadamente el 93%). Dos de las partes en estos procedimientos son partes en el CMCT: Australia y Honduras. Cuba firmó el CMCT en junio de 2004, pero no se ha convertido nunca en parte en el Convenio mediante ratificación, aceptación o adhesión. La República Dominicana e Indonesia no son partes en el CMCT ni signatarios de este. Solicitud de autorización para facilitar información presentada por la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42, revisada), párrafo 12; y escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42, revisada), párrafo 12 y nota 18. Véanse también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 124; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 178; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 383; la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 93; y la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 103. Además, "[t]odas las partes en [estas diferencias] son Estados miembros de la OMS." Solicitud de autorización para facilitar información presentada por la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 12.

La mayoría de los terceros en estos procedimientos son también partes en el CMCT. Los únicos terceros en estos procedimientos que no son partes en el CMCT son la Argentina, los Estados Unidos y Malawi (aunque tanto la Argentina como los Estados Unidos son Estados signatarios del CMCT, que firmaron en 2003 y 2004, respectivamente). En la Prueba documental IND-29 figura una lista de todas las partes en el CMCT y sus signatarios (en la que se enumeran 179 partes, ya que se presentó antes de que Zimbabwe se convirtiera en parte en marzo de 2015). Véase también el párrafo 2.97 *supra*.

[909] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-10), artículo 3. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 218.

[910] Véanse, por ejemplo, los párrafos 7.232, 7.246 y 7.247 *supra*.

[911] Véanse, por ejemplo, la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 290; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 850-851; la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 269; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 314.

han "elabor[ado], adopt[ado] o apli[cado] para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2", en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.253. En consecuencia, pasamos a considerar si las medidas TPP están, como Australia sostiene, "en conformidad con las normas internacionales pertinentes".

7.2.5.2 La cuestión de si las medidas TPP están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 (segunda frase)

7.2.5.2.1 Panorama general de los argumentos de las partes

7.254. Australia aduce que las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 11 del CMCT y las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 13 del CMCT (Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT)[912] constituyen una "norma internacional pertinente" para el empaquetado genérico del tabaco, y las medidas TPP han sido elaboradas, adoptadas o aplicadas "en conformidad con" esas Directrices.

7.255. Con respecto al primer elemento ("normas internacionales pertinentes"), Australia sostiene que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son "normas" en el sentido del Acuerdo OTC porque son "documentos" que, mediante un lenguaje "condicional" en contraposición a "obligatorio" proporcionan "directrices" para un "uso común y repetido" por las Partes en el CMCT para "cumplir sus obligaciones de conformidad con las disposiciones respectivas del Convenio" en lo que se refiere a un "producto" (tabaco), entre otras cosas con respecto a su empaquetado, así como a los "procesos y métodos de producción conexos" (manufactura y venta de productos de tabaco).[913] Australia considera asimismo que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son, además, de carácter "internacional" porque fueron adoptadas por una "institución internacional con actividades de normalización": la Conferencia de las Partes en el CMCT. Australia aduce que la Conferencia de las Partes en el CMCT es una "institución internacional con actividades de normalización" porque es una institución con "actividades de normalización reconocidas" abierta a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros. Australia sostiene también que los reclamantes no ponen en duda que esas dos Directrices del CMCT son "pertinentes" para las medidas TPP.

7.256. Con respecto al segundo elemento, Australia sostiene que las medidas TPP han sido adoptadas "en conformidad con" las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT porque, como declaran las propias medidas, han sido adoptadas para "dar cumplimiento" a "determinadas obligaciones" asumidas por Australia en virtud del CMCT.[914] Australia recuerda a este respecto que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT recomiendan específicamente las medidas de empaquetado genérico del tabaco como medio de aplicar las obligaciones previstas en los artículos 11 y 13 del CMCT relativas al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco y la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco, respectivamente. Australia aduce que, cuando se "identifica debidamente" el alcance de esas recomendaciones de empaquetado genérico en esas Directrices del CMCT, es evidente que las medidas TPP están "en conformidad con" ellas, entre otras cosas por cuanto las medidas TPP "abarcan: la reglamentación

---

[912] Para mayor simplicidad y comodidad, cuando las mencionemos *individualmente*, nos referiremos a las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 11 del CMCT y las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 13 del CMCT como, respectivamente, las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT. Véanse también los párrafos 2.107-2.109 *supra*.

[913] Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 73 del Grupo Especial, párrafo 200 (donde se declara que "[l]as Directrices del CMCT tratan tanto los *elementos relativos a las marcas de fábrica o de comercio* del empaquetado genérico del tabaco (como la utilización de logotipos, colores o imágenes de marca) como los *elementos físicos* del empaquetado genérico del tabaco (como la forma, el tamaño y los materiales del empaquetado del tabaco). El CMCT es, por lo tanto, una norma internacional pertinente ya considere el Grupo Especial que la expresión 'reglamento técnico' abarca únicamente las prescripciones físicas de la medida de empaquetado genérico del tabaco o considere que el término abarca tanto las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio como las prescripciones físicas" (no se reproduce la nota de pie de página) (sin cursivas en el original)).

[914] Aunque en la propia Ley TPP no se especifica cuáles son esas "determinadas obligaciones" previstas en el CMCT, Australia indica que el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP hace específicamente referencia a las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 de CMCT. (Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 140). Véanse también los párrafos 7.233-7.234 *supra.*

de la utilización del nombre del fabricante o el nombre de la marca en los cigarrillos sueltos y otros productos de tabaco sueltos como los cigarros (puros); las restricciones en los envoltorios interiores de los paquetes de tabaco; la especificación de la ubicación y orientación de la información que se permite que aparezca en el empaquetado del tabaco; y el número de veces que puede aparecer determinada información en la cajetilla".[915]

7.257. Sobre la base de lo que antecede, Australia solicita al Grupo Especial que constate que las medidas TPP cumplen las condiciones de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 y, por lo tanto, se debe "presumir[], a reserva de impugnación, que no crea[n] un obstáculo innecesario al comercio internacional" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[916] Australia alega, además, que los reclamantes "no han aducido ninguna prueba del tipo que sería necesario para refutar" esta presunción.[917] Como consecuencia, Australia solicita al Grupo Especial que "rechace todas las alegaciones de los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 sobre la base de que no han refutado la presunción establecida en el párrafo 5 del artículo 2".[918]

7.258. Los reclamantes consideran que Australia no ha demostrado que se cumplan las condiciones de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. Aducen que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT no constituyen una "norma internacional pertinente" para el empaquetado genérico del tabaco, en primer lugar, porque no se ajustan a la definición de "norma" prevista en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. En segundo lugar, incluso si pudieran ajustarse a ella, los reclamantes aducen que esas dos directrices del CMCT no podrían considerarse una norma "internacional" porque no fueron adoptadas por una "institución internacional con actividades de normalización".[919] Los reclamantes sostienen además que, aun suponiendo que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT fueran "normas internacionales pertinentes", no podría considerarse que las medidas TPP están "en conformidad con" esa norma internacional, dado el grado insuficiente de correspondencia entre ellas y las Directrices del CMCT. Los reclamantes sostienen, a este respecto, que las medidas TPP aplican el "empaquetado genérico" reglamentando determinados productos de tabaco o características de empaquetado que ni siquiera se mencionan en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT (y por lo tanto van "más allá" de esos instrumentos")[920] y reglamentan determinadas otras características del "empaquetado genérico" de manera distinta de aquella en que se abordan en esas Directrices.[921]

---

[915] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 519 y 584; la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 316, 318 y 321-345; la declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 83; la respuesta de Australia a la pregunta 135 del Grupo Especial, párrafos 21-32; y la respuesta de Australia a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafos 35 y 36.

[916] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 519, 567-582 y 584; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 345. Australia alega también que los reclamantes "no han aducido ninguna prueba del tipo que sería necesario para refutar" esta presunción de conformidad con la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 347-353.

[917] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 308 y 347-355.

[918] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 356.

[919] La República Dominicana señala también que, incluso si se supone que la OMC o la Conferencia de las Partes en el CMCT realizan actividades reconocidas de establecimiento de normas en algunas esferas específicas, esas actividades no abarcan las que son "pertinentes" para el reglamento técnico en cuestión en estos procedimientos. Por consiguiente, afirma, las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT no pueden considerarse normas internacionales "pertinentes". Véanse, por ejemplo, la declaración inicial de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 28 y nota 37; y las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 147 del Grupo Especial, párrafos 9, 11 y 24.

[920] Véanse, por ejemplo, la respuesta de Indonesia a la pregunta 136 del Grupo Especial, párrafo 6 (donde se alega que, "[al] reglamentar todas las características imaginables de los productos de tabaco y de su empaquetado bastante más allá de lo sugerido en las Directrices del CMCT, Australia ha renunciado a cualquier presunción de que sus medidas están 'en conformidad' con las Directrices del CMCT").

[921] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 7.462 y 476-517 (incluidos sus argumentos a efectos de argumentación de los párrafos 507, 508 y 511); la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, páginas 26 y 34; la respuesta de Honduras a la pregunta 129 del Grupo Especial, páginas 41 y 42; la declaración inicial de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 22; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 842-911 (incluido su argumento a efectos de argumentación del párrafo 908); la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 283 y 294; la declaración inicial de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 28; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 165-188; la declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 43, la segunda comunicación

7.259. Por lo tanto, los reclamantes solicitan al Grupo Especial que constate que no se han cumplido las condiciones de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 y que, como consecuencia, no se puede presumir, a reserva de impugnación, que las medidas TPP no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional.[922]

7.2.5.2.2 Enfoque del Grupo Especial

7.260. Como se ha descrito anteriormente[923], la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone que un reglamento técnico "se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional" cuando cumpla los dos conjuntos siguientes de condiciones acumulativas:

a. ser un "reglamento técnico"[924] elaborado, adoptado o aplicado "para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2 del artículo 2; y

b. estar "en conformidad con las normas internacionales pertinentes".

7.261. Habiendo determinado más arriba que las medidas TPP constituyen un reglamento técnico[925] elaborado para alcanzar un objetivo legítimo mencionado expresamente en el párrafo 2 del artículo 2[926] y, por lo tanto, cumplen la primera de esas condiciones, consideramos ahora si esas medidas están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes", como aduce Australia.[927]

7.262. Según sus propios términos, un reglamento técnico está "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" si se cumplen dos elementos acumulativos: en primer lugar, que existan "normas internacionales pertinentes" y, en segundo lugar, que la medida o medidas de que se trata estén "en conformidad con" esas normas internacionales.

7.263. Por lo tanto, tenemos que considerar en primer lugar si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT o elementos de estas identificados por Australia constituyen una "norma internacional pertinente" para el empaquetado genérico del tabaco. Si constatamos

---

escrita de Indonesia, párrafos 220-253 y 254-258; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 13. Véanse también las respuestas respectivas de las partes a la pregunta 150 del Grupo Especial, así como las observaciones de Australia y los reclamantes sobre las respuestas de la otra parte a esa pregunta.

[922] Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 462. Además, si se supone a efectos de argumentación que se presume a reserva de impugnación que las medidas TPP no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional, los reclamantes consideran que han refutado esa presunción. Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 912 (donde se declara que, como la "fuerza" de la presunción prevista en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 "debe adaptarse al nivel de especificidad de la norma internacional", esto significa que "las Directrices del CMCT no crean una presunción o, como mucho, crean una presunción muy débil, dada la manera imprecisa en que están formuladas", y a continuación se aduce que las "pruebas y argumentos que respaldan su acreditación *prima facie* en el marco del párrafo 2 del artículo 2 son suficientes para superar cualquier presunción de ese tipo").

[923] Véanse los párrafos 7.37 y 7.38 *supra.*

[924] Señalamos que, como parte de uno de los doce párrafos del artículo 2 del Acuerdo OTC, la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, según sus propios términos, se refiere únicamente a los reglamentos técnicos que, como las medidas TPP de que aquí se trata, han sido elaborados, adoptados o aplicados por *instituciones del gobierno central*. Los reglamentos técnicos procedentes de instituciones *locales o no gubernamentales* (definidas en los párrafos 7 y 8 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, respectivamente), se tratan en otra disposición del Acuerdo: el artículo 3. Señalamos que la presente diferencia no abarca esos tipos de medidas.

[925] Véase el párrafo 7.182 *supra*, donde concluimos que las medidas TPP constituyen un reglamento técnico que establece características para el aspecto y el empaquetado de los productos de tabaco (incluidas prescripciones relativas a la manera en que esas marcas de fábrica o de comercio pueden ser expuestas en los productos de tabaco y en el empaquetado de esos productos), y ordena la observancia de esas características.

[926] Véase el párrafo 7.252 *supra.* Véase también el párrafo 7.246 *supra*, donde recordamos la conclusión a que llegamos en el párrafo 7.232 de que el objetivo que Australia trata de alcanzar mediante las medidas TPP es la protección de la salud humana y, más exactamente, mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

[927] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 477; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 314 (donde se declara que "el único punto que es objeto de debate entre las partes se refiere al segundo requisito del párrafo 5 del artículo 2, a saber, si las [medidas TPP están] 'en conformidad con las normas internacionales pertinentes'").

que es así, procederemos a evaluar si las medidas TPP están "en conformidad con" esas Directrices. No obstante, si constatáramos lo contrario, no tendríamos que seguir tratando la cuestión.[928]

7.2.5.2.3 La cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT constituyen "normas internacionales pertinentes"

7.264. Estos son los primeros procedimientos de un grupo especial en que una parte invoca la existencia de "normas internacionales pertinentes" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[929] Por lo tanto, determinaremos en primer lugar qué elementos deben estar presentes para que exista una "norma internacional pertinente" en el sentido de esa disposición. A continuación, examinaremos, a la luz de esas determinaciones, la cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT o elementos pertinentes de las mismas identificados por Australia constituyen una "norma internacional pertinente" para el empaquetado genérico del tabaco a efectos de esa disposición.

7.2.5.2.3.1 El concepto de "normas internacionales pertinentes" del párrafo 5 del artículo 2 (segunda frase)

Principales argumentos de las partes

7.265. Honduras considera que "un instrumento constituye una norma internacional pertinente si cumple los requisitos descritos"[930] a continuación: i) "[e]l instrumento es una 'norma' según la definición establecida en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC"[931]; ii) "[l]a norma debe ser 'internacional'"[932]; y iii) "[l]a norma debe ser 'pertinente'".[933]

7.266. La República Dominicana opina que la evaluación de si un documento es una 'norma internacional pertinente' requiere que se traten los siguientes "pasos acumulativos" y "consecutivos": i) si "el documento fue elaborado por una 'institución internacional con actividades de normalización'; ii) si "el documento constituye una 'norma internacional'; y iii) si "el documento es 'pertinente' para la medida en litigio".[934] La República Dominicana considera que Australia "no pone en duda" que esta evaluación consiste en esos "pasos consecutivos".[935]

7.267. Cuba hizo inicialmente suya la opinión de Honduras de que las dos cuestiones que deben tratarse son: i) si la institución que adoptó el "documento" es una "institución internacional con actividades de normalización"; y ii) si el "documento" de que se trata contiene una "norma internacional".[936] Más adelante, expresó la segunda cuestión como la de si el "documento" es una

---

[928] Como hemos declarado en el párrafo 7.187 *supra*, no se pone en duda que, en estos procedimientos, la carga de demostrar que se cumplen todas las condiciones previstas en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 corresponde a Australia, como parte que invoca esa disposición.

[929] En el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, señalando el acuerdo de las partes en que no había una "norma internacional pertinente" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, el Grupo Especial observó que, por lo tanto, no comenzaría a evaluar la alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 partiendo "de una presunción refutable de que la prohibición impuesta a los cigarrillos de clavo de olor no es un obstáculo innecesario al comercio". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.331 (citado también en las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 147 del Grupo Especial, párrafo 40; y en la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 179, 180 y 188).

[930] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 478. Honduras consideró que esos tres elementos constituían el "criterio jurídico" para esta evaluación concreta. *Ibid.*, párrafo 492.

[931] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 479-485 (en particular, el epígrafe de la subsección VI.B.2a) de esta comunicación).

[932] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 486-489 (en particular, el epígrafe de la subsección VI.B.2b) de esta comunicación).

[933] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 490-492 (en particular, el epígrafe de la subsección VI.B.2c) de esta comunicación).

[934] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 291. (no se reproducen las cursivas) Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 851.

[935] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 852.

[936] Respuesta de Cuba a la pregunta 66 del Grupo Especial, páginas 15 y 16 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

"norma", tal como se define en el párrafo 2 del Anexo 1 al Acuerdo OTC.[937] Concretamente, adujo que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT no son normas internacionales pertinentes, "en primer lugar", porque no cumplen la definición de "norma" y "en segundo lugar", porque la Conferencia de las Partes en el CMCT "no es una institución internacional con actividades de normalización reconocida".[938]

7.268. Indonesia considera que la primera cuestión a que se ha de dar respuesta en relación con las "normas internacionales pertinentes" es si "existe" una 'norma internacional'".[939] Indonesia aduce que la respuesta a esa pregunta exige, en primer lugar, que se evalúe si existe una "norma" en el sentido de la definición que figura en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC[940] y, en segundo lugar, en caso afirmativo, si esa "norma" es más exactamente una "norma internacional". Indonesia alega que la existencia de una "norma internacional" depende, por lo tanto, de la presencia de tres elementos: "i) norma; ii) adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización; y iii) puesta a disposición del público".[941]

7.269. Australia consideró inicialmente que, a fin de demostrar que existe una "norma internacional pertinente" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, "una parte debe demostrar que hay: i) una 'norma'; ii) adoptada por una institución u organización internacional con actividades normativas/de normalización,; iii) y 'puesta a disposición del público'".[942] Esa parte debía además demostrar que la norma internacional es iv) "pertinente".[943] En un momento posterior de las actuaciones, Australia expresó de manera distinta el elemento iii), describiéndolo como que la institución u organización con actividades de normalización era una "abierta a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros".[944] Posteriormente, Australia declaró que "las partes están en términos generales de acuerdo en que" demostrar "las normas internacionales pertinentes" depende de tres "condiciones acumulativas", a saber: "i) el documento debe cumplir la definición de 'norma'; ii) debe ser de carácter 'internacional' en el sentido de que haya sido aprobado por una 'institución internacional con actividades de normalización'; iii) la norma internacional debe ser 'pertinente' para el reglamento técnico en cuestión".[945]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.270. La expresión "normas internacionales pertinentes" es común a los párrafos 4 y 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El significado de esta expresión, tal como se utiliza en el párrafo 4 del artículo 2, se ha tratado en resoluciones anteriores. Todas las partes en estos procedimientos se basan en las interpretaciones desarrolladas en ese contexto para informar su comprensión del significado de "normas internacionales pertinentes" en la segunda frase del párrafo 5 del

[937] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 168-181 y 182-188.
[938] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 47.
[939] Respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 74. Véase también la segunda comunicación escrita de indonesia, párrafo 222.
[940] Respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 74.
[941] Respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 75 (no se reproduce la nota de pie de página) (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.663).
[942] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 570 (incluida la nota 750, que no se reproduce, donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.664).
[943] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 581.
[944] Respuesta de Australia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 157 (donde se recuerda, en la nota 179, que no se reproduce, que en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Órgano de Apelación se abstuvo de tratar la cuestión de si esa consideración debía incluir también necesariamente la demostración de que la norma internacional estaba "basada en un consenso" y "puesta a disposición del público"). Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 315.
[945] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 315. (no se reproduce la nota de pie de página) Señalamos que Australia y los reclamantes incluyen siempre (correctamente, a nuestro juicio) en sus listas de elementos para el segundo conjunto de condiciones de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, una última "condición acumulativa": que el reglamento técnico esté "en conformidad con" la norma internacional pertinente; esta condición es, sin embargo, una condición separada a la que, como se explica con mayor detalle más adelante, solo llega un grupo especial si concluye que el "documento" de que se trata es una "norma internacional pertinente". Las referencias de las partes a esta última condición se han omitido en nuestro resumen de los argumentos que aquí se hace a fin de facilitar la evaluación de la "norma internacional pertinente" de manera separada del elemento "pertinente".

artículo 2.[946] Estamos de acuerdo en que la utilización de la misma expresión en párrafos consecutivos del mismo artículo del Acuerdo OTC parece indicar que la intención es que esta tenga el mismo significado en ambos párrafos. No obstante, al examinar esta expresión tal como se utiliza en el párrafo 4 del artículo 2 como contexto para la interpretación de la misma expresión en la segunda fase del párrafo 5 del artículo 2, también debemos orientarnos más en general por las semejanzas y las diferencias entre esas disposiciones.[947]

7.271. A este respecto, señalamos que el párrafo 4 del artículo 2 y la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 sirven ambos, junto con otras disposiciones del Acuerdo OTC, la finalidad de "armonizar sus reglamentos técnicos en el mayor grado posible".[948] Esta es una finalidad fundamental del Acuerdo OTC.[949] Como observó el Órgano de Apelación:

> En varias de sus disposiciones, el *Acuerdo OTC* reconoce la importante función que cumplen las normas internacionales en la promoción de la armonización y facilitación del comercio. Por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece una presunción, salvo prueba en contrario, de que los reglamentos técnicos que están en conformidad con las normas internacionales pertinentes no crean obstáculos innecesarios al comercio. El párrafo 6 del mismo artículo, a su vez, alienta a los

[946] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 476-490 (en particular, *ibid.*, párrafo 477); la respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, páginas 32 y 33; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 291-308; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 851-901; la respuesta de Cuba a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 16 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde hace suya la respuesta de Honduras a esta pregunta); la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 168-170; la respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 74-76; la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 222-224; la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 567-581; la respuesta de Australia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 157 (primer sangrado); y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 315-341. Véase, no obstante, la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 27 (donde se declara que "no ve ninguna interacción entre [el párrafo 4 del artículo 2 y la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2] a los efectos de la presente diferencia").

[947] Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.347 (donde se declara que, "siempre y cuando se tengan en cuenta las *semejanzas y diferencias* entre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994, puede ser admisible basarse en el razonamiento elaborado en el contexto de un acuerdo a los efectos de realizar un análisis en el marco del otro" (sin cursivas en el original)). Véase, *ibid.*, párrafo 7.89-7.90 y 7.345. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.423 (donde se identifican varias "similitudes [y] diferencias textuales" entre el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC y el párrafo 8 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping, y el Anexo II conexo, para concluir que estos últimos ofrecen "contexto adicional para la interpretación del" primero). Pero véase el informe del Órgano de Apelación, *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 272 (donde se declara que "[a]unque tanto el párrafo 3 del artículo 6 como el párrafo 5 del artículo 15 [del Acuerdo SMC] se refieren a los efectos de las subvenciones, el sentido de esta expresión se debe interpretar teniendo en cuenta las obligaciones sustantivas en que dicha expresión está situada. El párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 5 del artículo 15 se ocupan de cuestiones distintas y, por lo tanto, no es correcto asignar un *sentido idéntico* a la *expresión común ("the effect[s] of [the] subsid[ies]")* que figura en esos párrafos" (sin cursivas en el original)).

[948] Párrafo 6 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Véanse también la comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafo 66; y la comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 72. El Acuerdo OTC articula esa finalidad de "armonización" con respecto a los "procedimientos de evaluación de la conformidad" y las "normas" nacionales (véanse el párrafo 5 del artículo 5 y el párrafo G del Anexo 3, respectivamente). Señalamos también que en *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con que el Grupo Especial se basara en el párrafo 5 del artículo 2 (incluida su segunda frase) y el párrafo 6 del artículo 2 por considerar que proporcionaban un contexto útil para la interpretación de que el párrafo 4 del artículo 2 "se aplica" a las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor del Acuerdo OTC el 1º de enero de 1995 pero que no han dejado de existir. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 210-216.

[949] La importancia de la "armonización" se refleja también en otros acuerdos abarcados, en particular, en el Acuerdo MSF (véanse, por ejemplo, el preámbulo (sexto considerando) y los párrafos 1 y 2 del artículo 3). La armonización como impulsora del desarrollo económico se reconoce también en el párrafo 2 e) del artículo XXXVIII del GATT de 1994 (ya que el GATT es un acuerdo cuyos "objetivos" está destinado a "promover" el Acuerdo OTC, como se declara en el segundo considerando del preámbulo del Acuerdo OTC). Véase también Documento de trabajo preparado por funcionarios de la OMC, las normas internacionales y el Acuerdo OTC (Prueba documental AUS-530), párrafo 2.1, página 3 (donde se declara que "[l]as normas internacionales son utilizadas por el Acuerdo como un medio de promover la armonización internacional de los reglamentos técnicos, los procedimientos de evaluación de la conformidad y las normas nacionales; en otros términos, las normas internacionales pueden contribuir a promover una concordancia reglamentaria mayor en una escala mundial").

> Miembros a participar en las instituciones internacionales con actividades de normalización con el fin de armonizar sus reglamentos técnicos en el mayor grado posible.
>
> También el preámbulo del *Acuerdo OTC* subraya la importante función de las normas internacionales. En el tercer párrafo del preámbulo se reconoce la importante contribución que las normas internacionales pueden hacer al aumentar la eficacia de la producción y facilitar el comercio internacional. En el octavo párrafo se reconoce la contribución que la normalización internacional puede hacer a la transferencia de tecnología a países en desarrollo. A nuestro juicio, la exclusión de los reglamentos técnicos existentes de las obligaciones establecidas en el párrafo 4 del artículo 2 menoscabaría la importante contribución que hacen las normas internacionales a la promoción de estos objetivos del *Acuerdo OTC.* En realidad, iría precisamente en sentido contrario.[950]

7.272. El párrafo 4 del artículo 2 y la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 tienen la finalidad de promover la armonización de maneras distintas pero complementarias: el primero creando una "obligación" y la segunda concediendo, en palabras del Órgano de Apelación, un "privilegio".[951] A este respecto, señalamos que el párrafo 4 del artículo 2 consiste en una *obligación*[952] que es aplicable a *todos* los reglamentos técnicos, con independencia del objetivo legítimo específico que tratan de alcanzar. Esta obligación se activa cuando un Miembro decide adoptar un reglamento técnico para alcanzar un objetivo legítimo y cuando o bien "existan" ya "normas internacionales pertinentes" o, si aún no existen, "sea inminente su formulación definitiva". En esa situación, ese Miembro, "utilizará esas normas" (o sus "elementos pertinentes") "como base de" su reglamento técnico.[953] La segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, por su parte, prevé una presunción, "a reserva de impugnación" -o un "privilegio"- de conformidad con una obligación determinada (es decir, la prevista en el párrafo 2 del artículo 2). Esto quiere decir que "se presumirá, a reserva de impugnación", que los reglamentos técnicos que están "en conformidad con" normas internacionales pertinentes no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con el párrafo 4 del artículo 2, este privilegio está disponible únicamente con respecto a un subconjunto de reglamentos técnicos: los que tratan de alcanzar uno de los objetivos legítimos "expresamente mencionados" en el párrafo 2 del artículo 2.[954] Por lo tanto, una determinación de que existen "normas internacionales pertinentes" en el marco de una de estas dos disposiciones tiene importantes repercusiones para todos los Miembros de la OMC: "las obligaciones y privilegios asociados con las normas internacionales de conformidad con el *Acuerdo OTC* se aplican a *todos* los Miembros de la OMC, y no solo a los que han participado en la elaboración de la norma de que se trate".[955]

7.273. Señalamos además que el párrafo 4 del artículo 2 abarca no solo las "normas internacionales pertinentes" que ya "existan" sino también aquellas cuya formulación definitiva sea "inminente". La segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, en cambio, solo hace referencia a las

---

[950] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 214 y 215.

[951] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 379 y 390. Señalamos, no obstante, que la *primera* frase del párrafo 5 del artículo 2, que no está en cuestión en las presentes diferencias, si prevé una *obligación:* la obligación de un Miembro, cuando se le solicite de "explicar[] ... la justificación" de su reglamento técnico. Véanse, a este respecto, el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 277; y el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.447 y 7.448.

[952] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 275. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 379 y 390.

[953] No obstante, esa obligación no es absoluta: un Miembro no está obligado a utilizar normas internacionales pertinentes "como base de" su reglamento técnico cuando esas normas (o sus "elementos pertinentes") sean un medio "ineficaz" o "inapropiado" para el logro de los objetivos legítimos perseguidos. Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 274 (donde se comparan las prescripciones establecidas en el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF con las previstas en el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC con respecto a "normas internacionales pertinentes" y se declara que "[n]inguna de estas prescripciones de uno y otro Acuerdo es *absoluta*" (sin cursivas en el original)).

[954] Estos son: "los imperativos de la seguridad nacional"; "la prevención de prácticas que puedan inducir a error"; "la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente". Véase también el párrafo 7.252 *supra.*

[955] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 390. (las cursivas figuran en el original)

"normas internacionales pertinentes". Esta diferencia parece indicar que el alcance de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 es más limitado en el sentido de que solo abarca un subconjunto de las "normas internacionales pertinentes" que pueden ser abarcadas por el párrafo 4 del artículo 2, es decir, solo las que ya "existan".[956] Además, la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 exige que un reglamento técnico esté "en conformidad con" la "norma internacional pertinente" sin permitir también, como ocurre en el caso del párrafo 4 del artículo 2 que la medida se base simplemente, de modo alternativo, en "los elementos pertinentes" de esas normas internacionales.[957]

7.274. Por último, señalamos que el párrafo 4 del artículo 2 y la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 establecen criterios distintos en cuanto al grado de correspondencia que se requiere entre la norma internacional pertinente y el reglamento técnico de que se trate, como reflejan las expresiones empleadas "*use ... as a basis for*" ("utilizarán ... como base de"), en el primer caso, y "*in accordance with*" ("en conformidad con"), en el segundo. Las partes analizaron detalladamente la medida en que el sentido de la expresión "*in accordance with*" ("en conformidad con") de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, considerada a la luz de la expresión "*as a basis for*" ("como base de") del párrafo 4 del artículo 2 del mismo Acuerdo, debe estar informado por la relación existente entre las expresiones "*conform to*" ("en conformidad con") del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF y "*based on*" ("basadas en") de los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del mismo Acuerdo, aclarada por el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*.[958]

[956] El contexto que proporcionan otras disposiciones del Acuerdo OTC respalda esta interpretación. Si los redactores del Acuerdo hubieran tenido la intención de que la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 incluyera no solo las normas internacionales ya adoptadas sino también las que aún no se hubieran adoptado pero cuya adopción fuera inminente, podrían haber usado términos como los utilizados en el párrafo 4 del artículo 2, es decir, la frase "existan ... o sea inminente su formulación". En lugar de ello, cuando los redactores del Acuerdo OTC tenían la intención de que una obligación determinada abarcara las normas internacionales ya *adoptadas*, utilizaron el término "existir" (véanse, por ejemplo, el párrafo 9 del artículo 2, el párrafo 6 del artículo 5 y el párrafo 4 del artículo 12) o, como en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, hicieron referencia a las "normas internacionales" sin calificación (véanse, por ejemplo, el párrafo 1.1 del artículo 6, el párrafo J del Anexo 3 (segundo párrafo), el párrafo 4 del artículo 5 y el párrafo F del Anexo 3).

[957] Véanse también, en el mismo sentido, la respuesta de Indonesia a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 11; y las observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 22.

[958] Los reclamantes consideran que la expresión "*in accordance with*" ("en conformidad con") exige un elevado grado de correspondencia entre la medida y la norma internacional. Al explicar el fundamento de dicha interpretación, señalan en primer lugar que en el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC y en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC se utilizan expresiones diferentes -"*as a basis for*" ("como base de") y "*in accordance with*" ("en conformidad con"), respectivamente- cuando se hace referencia a las normas internacionales y que debe darse sentido a esta diferencia. Señalan también que se da una situación similar en el Acuerdo MSF, donde en el párrafo 1 del artículo 3, la disposición del Acuerdo MSF paralela al párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, se utiliza el término "*base ... on*" (basarán ... en"), mientras que en el párrafo 2 del artículo 3, la disposición del Acuerdo MSF paralela a la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, se utiliza la expresión "*conform to*" ("en conformidad con"). Los reclamantes aducen a continuación que la interpretación de "*in accordance with*" ("en conformidad con") en el párrafo 5 del artículo 2 debe basarse en el sentido corriente de esta expresión, teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo OTC así como en el marco de su debido contexto, que incluye, en particular, la expresión "*conform to*" ("en conformidad con") que figura en el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF, como aclaró el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*. Sobre la base de estas consideraciones, los reclamantes aducen que para que un reglamento técnico esté "en conformidad con" una norma internacional a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, debe haber entre esa medida y la norma internacional un "grado de correspondencia suficiente" para que, como en el caso del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF, la medida "incorpore" la norma "en su totalidad". Esto significa, prosiguen, que la medida estaría, como en el caso del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF, "a efectos prácticos", básicamente "convirtiendo" la norma internacional "en una norma interna". Asimismo, los reclamantes consideran que esta interpretación también indica que el nivel de especificidad de una norma internacional es un elemento para evaluar "en conformidad con". Según ellos, esto significa que, al evaluar el grado de correspondencia necesario entre el reglamento técnico y la norma internacional, un grupo especial debe analizar si dicha norma "es suficientemente precisa" para poder ser "convertida en una norma interna". Por último, los reclamantes también consideran que la interpretación anterior significa que una medida que incorpore plenamente los elementos de una norma internacional, pero que también vaya *más allá* de la norma, no puede considerarse que está "en conformidad con" dicha norma. Australia considera que la analogía que plantean los reclamantes con el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF, y la jurisprudencia correspondiente sobre el sentido de sus términos, "no es apropiada" para la interpretación de la expresión "*in accordance with*" ("en conformidad con") de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Si bien reconoce que uno de los sentidos corrientes de "*accordance*" ("conformidad") es "*conformity*" (conformidad), Australia aduce que un grupo especial debe, en cambio, orientarse por los otros sentidos corrientes de "*accordance*", a saber: "*agreement*" (acuerdo),

Señalamos a este respecto las similitudes conceptuales entre estas disposiciones del Acuerdo OTC y las disposiciones correspondientes del Acuerdo MSF.[959] Las expresiones diferentes que se reflejan en los párrafos 4 y 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC indican que, análogamente a las disposiciones comparables de las disposiciones del Acuerdo MSF, la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 puede requerir un grado de correspondencia más próximo o más elevado entre la medida en den que se trate y la norma internacional pertinente que el que se exige en el marco del párrafo 4 del artículo 2. Como se indica *supra*[960], seguiremos analizando este aspecto si primero constatamos que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son "normas internacionales pertinentes".

7.275. Tomadas conjuntamente, nos parece que esas diferencias indican que el alcance más limitado de la aplicación y el grado mayor de correspondencia exigidos en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 entre un reglamento técnico adoptado por un Miembro y la norma internacional pertinente reflejan el hecho de que, mediante esta disposición, los Miembros confieren el "privilegio" de una presunción, a reserva de impugnación, de conformidad con una obligación fundamental prevista en el Acuerdo OTC, lo cual es poco frecuente en los acuerdos abarcados.[961] Tomamos debidamente en cuenta este contexto global al examinar cómo puede

---

"*harmony*" (armonía). Según Australia, estos sentidos de la expresión "en conformidad con", utilizada en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, no indican un grado "elevado" sino, en cambio, un "grado inferior de correspondencia entre el reglamento técnico y la norma internacional". Por último, Australia considera que la determinación de si una medida "está en conformidad con" una norma internacional pertinente debe apoyarse en una "evaluación objetiva de los hechos" de acuerdo con el artículo 11 del ESD. Véanse, por ejemplo, las respectivas respuestas de las partes a la pregunta 150 del Grupo Especial, así como las observaciones de Australia y de los reclamantes sobre las respuestas de las demás partes a dicha pregunta. Véanse también la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 27; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 903-907; la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 255; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 342-343. Respecto de las similitudes entre la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF, véase la nota 961 *infra*.

[959] En *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación observó la existencia de "grandes similitudes conceptuales" entre, por una parte, el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC y, por otra, los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF. El Órgano de Apelación explicó que estas "grandes similitudes conceptuales" se derivaban del hecho de que "la médula" del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF consistía en una prescripción de que los Miembros *basaran* sus medidas sanitarias o fitosanitarias *en* normas, directrices o recomendaciones internacionales, de forma muy similar a como "la médula" del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC consistía en una prescripción de que los Miembros utilizaran normas internacionales *como base de* sus reglamentos técnicos. El Órgano de Apelación concluyó, por lo tanto, que su razonamiento anterior en el marco del asunto *CE - Hormonas* sobre el sentido de los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF era "igualmente apropiado" para la tarea que le correspondía en el asunto *CE - Sardinas* de aclarar el sentido del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 274-275. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *India - Productos agropecuarios*, párrafo 5.77. Análogamente, señalamos las similitudes conceptuales entre la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF, y el paralelismo conceptual de las relaciones entre los párrafos 2 y 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF y los párrafos 4 y 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, respectivamente. Véase también la nota 961 *infra*.

A nuestro parecer, en efecto, el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF en general, y la expresión "*conform to*" ("en conformidad con") en particular, pueden constituir un contexto útil para entender el sentido de la expresión "*in accordance with*" ("en conformidad con") de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, que es el equivalente a dicha disposición del Acuerdo MSF en el Acuerdo OTC. Esto es particularmente cierto dado que, como convienen las partes, "*conformity*" (conformidad) es uno (aunque, como señala Australia, no es el único) de los sentidos corrientes de la expresión "*in accordance with*" ("en conformidad con"). Señalamos a este respecto que en *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación, después de considerar que la expresión "basarán … en" del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF conlleva un sentido diferente y menos estricto que la expresión "en conformidad con" del párrafo 2 del artículo 3 del mismo Acuerdo, concluyó lo siguiente:

> En virtud del párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, todo Miembro puede decidir promulgar una medida sanitaria o fitosanitaria que esté <u>en conformidad</u> con una norma internacional. Esa medida <u>incorporará la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, la convierte en una norma interna</u>. Tal medida goza del beneficio de una presunción (aunque rebatible) de compatibilidad con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* y del GATT de 1994.

Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 170. (sin subrayar en el original) Véase, con carácter más general, *ibid.*, párrafos 160-172. Véase también, más recientemente, el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Animales*, párrafos 7.218-7220.

[960] Véanse los párrafos 7.44 y 7.263 *supra.*

[961] Solo existe otro acuerdo abarcado que otorgue una presunción similar de conformidad con obligaciones de tratado, a saber, el Acuerdo MSF (en el párrafo 4 del artículo 2 y el párrafo 2 del artículo 3).

establecerse la existencia de "normas internacionales pertinentes" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.

7.276. El componente fundamental de las "normas internacionales pertinentes" es la existencia de "normas internacionales".[962] Las partes han identificado los elementos que, a su juicio deben considerarse al evaluar si existen "normas internacionales" a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.277. Honduras considera que la existencia de "normas internacionales" exige que se demuestren dos elementos: que el documento es una "norma" con arreglo a la definición establecida en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC[963] que es, además, de carácter "internacional".[964] La República Dominicana entiende que el concepto de "norma internacional" está incluido en los dos primeros de los "cuatro pasos acumulativos y consecutivos" que considera que "deben establecerse" a fin de demostrar que un reglamento técnico está "en conformidad con normas internacionales pertinentes" a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, a saber "1. El documento fue elaborado por una 'institución internacional con actividades de normalización'; 2. El documento constituye una 'norma internacional'..".."[965] La República Dominicana declara además que la cuestión de si existen "normas internacionales" incluye la evaluación de la conformidad con la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1.[966] Cuba considera que la evaluación de la "norma internacional" exige que se demuestre que la "medida" debe ser aprobada por una "institución con actividades de normalización internacional".[967] Indonesia estima que existe una "norma internacional" "cuando hay: i) una norma; ii) adoptada por una organización internacional con actividades de normalización/normativas; y iii) que se pone a disposición del público".[968] Australia, al igual que Indonesia, considera que esa evaluación implica "que se demuestre que hay: i) una 'norma';

Señalamos, en particular, que con arreglo al párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF, "[s]e considerará [que las medidas] que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994". Aunque esta última disposición del Acuerdo MSF no lo dice expresamente, el Órgano de Apelación ha aclarado que esa presunción no es absoluta sino que es, en cambio, una presunción "rebatible". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 170. El párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF es, en ese sentido, similar a la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. No obstante, esas disposiciones solo son *similares*, no idénticas, porque la presunción de compatibilidad rebatible resultante que otorga el párrafo 2 del artículo 3 se refiere a las "disposiciones pertinentes" no solo del Acuerdo MSF sino también del GATT de 1994, mientras que el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC prevé una presunción solo con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Señalamos además que los acuerdos abarcados pueden conferir también ocasionalmente tipos de presunciones distintas de las que tienen la forma de *compatibilidad* con una obligación. Pero incluso estas son poco frecuentes. Por ejemplo, recientemente, en *India - Productos agropecuarios*, el Órgano de Apelación aclaró que una constatación de infracción de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF "puede dar lugar" a una presunción refutable de *in*compatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 de ese Acuerdo. Informe del Órgano de Apelación, *India - Productos agropecuarios*, párrafos 5.24 y 5.29. Otro ejemplo es el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, que dispone que, cuando haya un incumplimiento de una obligación prevista en un acuerdo de la OMC, se presumirá, a reserva de refutación, que esa medida ha anulado y menoscabado ventajas resultantes de ese acuerdo.

[962] En cuanto al término "pertinente", señalamos que en *CE - Sardinas* el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con la interpretación que hizo el Grupo Especial del sentido corriente de ese término como "referente o relativo a la cuestión de que se trata; pertinente". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 229 y 230. Así pues, para ser "pertinente", una norma internacional debe "referirse o ser relativa o pertinente" al reglamento técnico que se analiza".

[963] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 479-485 (donde se afirma entre otras cosas que ello requiere, en particular, determinar si el "documento" en cuestión es adecuado para "un uso común y repetido", esto es, que "las especificaciones del producto deben estipularse con precisión y detalle suficiente para permitir una adopción uniforme en distintas jurisdicciones").

[964] Respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, páginas 25 y 26; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 478-489.

[965] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 850-851. (las comillas figuran en el original) Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 291.

[966] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 894. Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 305.

[967] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 168.

[968] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 222; y respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 75 (donde se basa en el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.663).

ii) adoptada por una institución u organización internacional con actividades normativas de normalización; y iii) 'puesta a disposición' del público".[969]

7.278. El Grupo Especial señala que, aunque el término compuesto "normas internacionales" no se define en el Acuerdo OTC[970], el Anexo 1 del Acuerdo contiene definiciones de términos conexos pertinentes, incluidas definiciones de los términos "norma" (párrafo 2 del Anexo 1)[971] e "institución o sistema internacional" (párrafo 4 del Anexo 1). Al interpretar el término "normas internacionales" tal como se utiliza en el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación se basó en esas dos definiciones, y concluyó que el Acuerdo "establece ... las características de una *norma* y de una *institución internacional*".[972]

7.279. Así una "norma" se define en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC[973] como un:

> Documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

7.280. Esta definición va acompañada por la siguiente *Nota explicativa*:

> Los términos definidos en la Guía 2 de la ISO/CEI abarcan los productos, procesos y servicios. El presente Acuerdo solo trata de los reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad relacionados con los productos o los procesos y métodos de producción. Las normas definidas en la Guía 2 de

[969] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 570 (donde se basa en el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.664). No obstante, Australia parece indicar los elementos de las "normas internacionales" de una manera algo diferente cuando los enumera como parte de la expresión más amplia "normas internacionales pertinentes". Australia considera que probar que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son "normas internacionales pertinentes" exige que se demuestre que constituyen: "i) una 'norma'; ii) adoptada por una institución u organización internacional con actividades normativas de normalización; iii) abierta a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros; y que es iv) 'pertinente'". Respuesta de Australia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 157. (no se reproduce la nota de pie de página)

[970] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 350. Observamos, no obstante, que el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Ronda de Tokio de 1979 (Código de Normas de la Ronda de Tokio), que precedió al Acuerdo OTC de la OMC, contenía una definición de "norma internacional" en el párrafo 10 de su Anexo 1 ("una [n]orma adoptada por una institución internacional con actividades de normalización"). Sin embargo, las disposiciones del Código de Normas de la Ronda de Tokio no fueron "nunca objeto de tan siquiera una sola decisión de un grupo especial". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 81. Este acuerdo plurilateral del GATT fue revocado cuando entró en vigor la OMC. Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.86, nota 85. Señalamos también que la nota 2 al párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición (referente a la aplicación de normas internacionales con respecto a las inspecciones en cuanto a cantidad y calidad) define una "norma internacional" como "una norma adoptada por una institución gubernamental o no gubernamental abierta a todos los Miembros, una de cuyas actividades reconocidas se desarrolla en la esfera de la normalización". Esta definición no parece estar en contradicción con el sentido de esa expresión a los efectos del Acuerdo OTC, tal como lo interpreta el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México).* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 359. Véanse también, en el mismo sentido, las respectivas respuestas de las partes a la pregunta 131 del Grupo Especial.

[971] En otros contextos del Acuerdo OTC, esta definición es pertinente en casos en que la palabra "norma" figura como un término autónomo en lugar de formar parte del término compuesto "normas internacionales". Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, una cuestión previa ante el Grupo Especial y el Órgano de Apelación fue si la medida en litigio era un "reglamento técnico" o una "norma", lo cual, a su vez, dependía de si la medida quedaba incluida en las definiciones de esos términos en los párrafos 1 y 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, respectivamente. Véanse, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 7.48 y 7.49; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 171 y 178.

[972] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 350-352. (las cursivas figuran en el original)

[973] Los tres Anexos del Acuerdo OTC, incluido el Anexo 1, "constituyen parte integrante" del Acuerdo. Párrafo 5 del artículo 15 del Acuerdo OTC. A los efectos del Acuerdo, se aplica el sentido de los términos dado en el Anexo 1 (párrafo 2 del artículo 1 y cláusula introductoria del Anexo 1), incluso con respecto a cualquier término utilizado en los otros dos Anexos. Véase, por ejemplo, el párrafo A del Anexo 3 del Acuerdo OTC.

> la ISO/CEI pueden ser obligatorias o de aplicación voluntaria. A los efectos del presente Acuerdo, las normas se definen como documentos de aplicación voluntaria y los reglamentos técnicos, como documentos obligatorios. Las normas elaboradas por la comunidad internacional de normalización se basan en el consenso. El presente Acuerdo abarca asimismo los documentos que no están basados en un consenso.

7.281. En definitiva, esta definición parece indicar que existe una "norma" a los efectos del Acuerdo OTC[974], incluida la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, cuando un instrumento determinado:

- Es un "documento"[975] ...;
- ... "aprobado por una institución reconocida"[976] ...;
- ... que prevé "reglas", "directrices" o "características"[977] ...;
- ... "para los productos" o "los procesos y métodos de producción conexos"[978] ...;
- ... "para un uso común y repetido"[979]; *y*
- la "observancia" de esas normas, directrices o características "no es obligatoria".[980]

7.282. Cada uno de estos elementos describe un aspecto específico de las condiciones que, tomadas conjuntamente, permitirían que un instrumento se definiera como una "norma" en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Por lo tanto, un "documento" constituirá una "norma" cuando se cumplan acumulativamente todos estos elementos.[981] Señalamos que esta

[974] Véanse la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 479; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 894; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 182; la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 222-223; y la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 571-572.

[975] Este elemento se aplica también a las "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado", como se indica en la segunda frase de la definición. Véase la nota 979 *infra.*

[976] Este elemento se aplica también a las "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado", como se indica en la segunda frase de la definición. Véase la nota 979 *infra.*

[977] Además, "también puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado, o tratar exclusivamente de ellas".

[978] Cuando el "documento" incluye prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado o trata exclusivamente de ellas, la definición se refiere a esas prescripciones cuando son "aplicables a un producto, proceso o método de producción". Véase también la nota 979 *infra.*

[979] La expresión compuesta "para un uso común y repetido" solo figura en la primera frase de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 pero no en la segunda, que se refiere a un "documento" que incluye "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado" o trata exclusivamente de ellas". Consideramos que cuando el texto completo de esta definición se examina en el contexto de los de las demás definiciones del Anexo 1 y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo OTC, resulta claro que, para ser una "norma", un instrumento o instrumentos que tratan, exclusivamente o no, de prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado deben cumplir igualmente determinados elementos fundamentales que se mencionan expresamente en la primera frase de esa definición, pero que no se repiten en la segunda. Esos elementos son: que esas prescripciones deben estar contenidas en un "documento" que fue "aprobado por una institución reconocida"; que esas prescripciones son "para un uso común y repetido"; y que son prescripciones "cuya observancia no es obligatoria". Una interpretación distinta haría, a nuestro juicio, que cualquier aplicación válida de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 fuera impracticable en determinadas situaciones, incluidas las situaciones en que tomar en consideración la definición de "reglamento técnico" también es necesario. Por ejemplo, como ninguna de esas dos definiciones de los párrafos 1 y 2 del Anexo 1 hace expresamente referencia a la naturaleza "obligatoria/no obligatoria" del "documento" en sus segundas frases respectivas (cuyo texto es idéntico), sería imposible utilizar esos elementos para evaluar si un "documento" que "trata exclusivamente de" "prescripciones en materia de empaquetado" del producto es un "reglamento técnico" o una "norma" (nacional). En cualquier caso, ninguna parte o tercero en estos procedimientos ha expresado, implícita o explícitamente, la opinión de que ninguno de esos elementos fundamentales de la primera frase de la definición del párrafo 2 del Anexo 1 (en particular, "el uso común y repetido") debería aplicarse igualmente a los instrumentos que prevén las prescripciones descritas en la segunda frase de esa definición.

[980] Este elemento se aplica también a las "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado", como se indica en la segunda frase de la definición. Véase la nota 979 *supra.* La Nota explicativa del párrafo 2 del Anexo 1, que se reproduce completamente en el párrafo 7.280 *supra*, al hacer referencia a la naturaleza obligatoria de los reglamentos técnicos, aclara aún más que a los efectos del Acuerdo OTC "las normas se definen como documentos ... voluntar[ios]".

[981] Esta interpretación es compatible con las interpretaciones y la aplicación anteriores de las definiciones en el párrafo 1 del Anexo 1 ("reglamento técnico") y el párrafo 2 del Anexo 1 ("norma") del Acuerdo OTC, cuya redacción es similar. Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 66-75 (donde se evalúa consecutiva y acumulativamente la medida en cuestión atendiendo a los elementos que constituyen la definición de "reglamento técnico" en el párrafo 1 del Anexo 1

interpretación es compatible con la manera en que las partes han presentado sus argumentos en estos procedimientos.[982]

7.283. El Órgano de Apelación consideró también determinadas definiciones de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991[983], aplicables y pertinentes[984], en la medida en que las definiciones del Anexo 1 no se aparten de ellas.[985] El Órgano de Apelación señaló, en particular, que la Guía de la ISO/CEI, de 1991, define la expresión "norma internacional", como una "[n]orma adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización y puesta a disposición del público".[986]

7.284. El Órgano de Apelación constató además que esta definición parece indicar que "son primordialmente las características de la entidad que aprueba una norma las que le dan a la norma su carácter 'internacional'". En cambio, agregó, que "el objeto" de una norma no parecería tener "importancia" para determinar si la norma es "internacional".[987] El Órgano de Apelación concluyó que "para constituir una "norma internacional", una norma tiene que ser adoptada por una "*institución* internacional con actividades de normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*".[988]

7.285. La cuestión de si existe una "institución internacional con actividades de normalización" exige, a su vez, que se evalúe si esa institución tiene *actividades reconocidas* en el ámbito de la normalización y está abierta a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros.[989]

---

del Acuerdo OTC); el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 176 (donde el Órgano de Apelación recuerda su informe anterior en el asunto *CE - Amianto*, y desglosa el texto del párrafo 1 del Anexo 1 en "tres criterios" que "debe cumplir" un documento para quedar comprendido en esa definición de "reglamento técnico"); informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 183-189 (también con respecto a los elementos de la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1; y el informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafos 7.63-7.65 (con respecto a los elementos individuales de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1).

[982] Véase, en particular, la respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 74. Véanse también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 493-507; la respuesta de Honduras a la pregunta 129 del Grupo Especial, páginas 41-42; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 894; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 305; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 182; y la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 571-574. Véase asimismo, por ejemplo, la respuesta del Canadá como tercero a la pregunta 1 del Grupo Especial (donde se desglosa la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 en "tres criterios acumulativos" que debe cumplir una medida).

[983] *Guía 2 de la Organización Internacional de Normalización (ISO/ Comisión electrotécnica internacional (CEI)*,*Términos generales y sus definiciones en relación con la normalización y las actividades conexas)*, sexta edición (1991) (Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 353, nota 702.

[984] La cláusula introductoria del Anexo 1 del Acuerdo OTC declara que, cuando se utilicen en el presente Acuerdo, "los términos presentados en la [Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991] tendrán el mismo significado que se les da en las definiciones recogidas en la mencionada Guía ... Sin embargo, a los efectos del presente Acuerdo, serán de aplicación las definiciones siguientes: ...".

[985] El Órgano de Apelación advirtió, por lo tanto, que los grupos especiales deben "examinar minuciosamente" en qué medida se apartan, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 354 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 224 y 225). Véase la cláusula introductoria del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Véase también el párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo OTC.

[986] Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, subcláusula 3.2.1 (citada en el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 353).

[987] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 353.

[988] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 356. (las cursivas figuran en el original) El Órgano de Apelación explicó también que:

> El párrafo 2 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* se refiere a una "institución", no a una "organización", y el párrafo 4 del mismo Anexo define la expresión "institución o sistema internacional" pero no la expresión "organización internacional". Esto da a entender que, a los efectos del Acuerdo OTC, las normas "internacionales" son adoptadas por "instituciones" que pueden ser "organizaciones", pero que no tienen que serlo necesariamente.

Ibid., párrafo 356.

[989] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 359.

7.286. En definitiva, lo que antecede parece indicar que, para que un instrumento se considere una "norma internacional" a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, debe:

a. constituir una "norma" en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1; y

b. ser también "internacional", una condición que depende principalmente[990] de si fue adoptada por una "institución internacional con actividades de normalización".[991]

7.287. Teniendo en cuenta el contexto más amplio arriba descrito, incluida la función complementaria de los párrafos 4 y 5 del artículo 2 en la promoción de la armonización mediante la utilización de normas internacionales pertinentes[992], no creemos que exista ninguna base para suponer que la anterior orientación, proporcionada con respecto a la expresión "normas internacionales" contenida en el párrafo 4 del artículo 2, no sería igualmente pertinente para la determinación del significado de la misma expresión en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.[993]

7.288. No se pone en cuestión que recae sobre Australia, como parte que invoca la presunción del párrafo 5 del artículo 2, la carga de demostrar que se cumplen todas las condiciones previstas en esa disposición.[994]

7.289. Examinamos, por lo tanto, en primer lugar, la cuestión de si los instrumentos que Australia identifica como una "norma internacional pertinente" para el empaquetado genérico del tabaco

[990] Como se señaló en el párrafo 7.284 *supra* "son *primordialmente* las características de la entidad que aprueba una norma las que le dan a la norma su carácter 'internacional'". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 353. (sin cursivas en el original) No obstante, como observó el Órgano de Apelación, los textos de la definición de "norma internacional" de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, y la "*nota explicativa"* de la definición de "norma" que figura en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC indican, ambos, que, además de la adopción por una "institución internacional con actividades de normalización", puede haber "otras condiciones de procedimiento" que tengan que cumplirse para que una norma sea considerada "internacional" a los efectos del Acuerdo, es decir, si además la norma estaba "basada en el consenso" y "puesta a disposición del público". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 353. No obstante, en esa diferencia, la cuestión que tuvo ante sí el Órgano de Apelación se limitó a las *características de la entidad* que aprobaba una norma "internacional". Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró innecesario, en ese caso, seguir tratando la cuestión de si el documento en cuestión cumplía esas dos "condiciones de procedimiento adicionales". En estos procedimientos, como se describe en los párrafos 7.268, 7.269 y 7.277 *supra*, algunas partes han identificado, por ejemplo, la demostración de que el documento fue "puesto a disposición del público" como elemento constituyente de la evaluación de las "normas internacionales" en el marco de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. Este elemento, junto con otras "condiciones de procedimiento adicionales", no obstante, pertenece a la segunda parte ("internacional") y no a la primera ("norma") de la evaluación de si un documento es una "norma internacional". Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 353 y 359 nota 709.

[991] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 353 y 356. Véanse también los párrafos 7.284 y 7.285 *supra.*

[992] Véase el párrafo 7.271 *supra.*

[993] Además, como hemos dicho en el párrafo 7.270 *supra*, la utilización de la misma expresión en párrafos consecutivos del mismo artículo del Acuerdo OTC parece indicar que están destinadas a tener el mismo significado en ambos párrafos. No obstante, al considerar esa expresión, tal como se utiliza en el párrafo 4 del artículo 2, como contexto para la interpretación de la misma expresión en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, deberíamos orientarnos también más en general por las semejanzas y las diferencias entre esas disposiciones. Hemos examinado esas semejanzas y diferencias más arriba en los párrafos 7.271 a 7.275 *supra.*

[994] Véase el párrafo 7.187 *supra. Al c*onsiderar si la anterior orientación del Órgano de Apelación para la "evaluación comparativa" en el marco del artículo 3 del Acuerdo MSF puede ser útil para las disposiciones equivalentes del Acuerdo OTC, señalamos también que una diferencia importante entre esos dos Acuerdos es que, contrariamente al Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF enumera (véase, por ejemplo, el párrafo 3 del Anexo A) las tres instituciones que adoptan normas internacionales a sus efectos. Esta diferencia puede, a su vez, afectar a la carga de la prueba de la parte que invoca la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC (así como a la función del grupo especial que examina esa disposición) en lo que se refiere a la identificación y la comprensión del significado del instrumento que se alega es una "norma internacional". De conformidad con la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, corresponde a la parte que invoca esa disposición identificar con claridad el contenido y el alcance del instrumento o instrumentos que alega son una norma internacional pertinente, comenzando por la necesidad de identificar con claridad todos los elementos o componentes pertinentes del mencionado instrumento o instrumentos que, conjuntamente, se alega constituyen un "documento" en el sentido de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

constituyen una "norma" para el empaquetado genérico del tabaco. Si constatáramos que esto es así, procederíamos a continuación a examinar la cuestión de si esa norma es también de carácter "internacional". No obstante, si no constatáramos que los instrumentos identificados por Australia son una "norma" de esa índole, no necesitaríamos seguir adelante.[995]

7.2.5.2.3.2 La cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT constituyen una "norma" para el empaquetado genérico del tabaco en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC

7.290. Como se indicó anteriormente[996], el primer elemento de una "norma" es que es un "documento". Por lo tanto, examinamos en primer lugar la identificación, por Australia, de determinados instrumentos del CMCT como el "documento" que, según aduce, constituye una norma con respecto al empaquetado genérico del tabaco.

Identificación del "documento" pertinente

El concepto de "documento" del párrafo 2 del anexo 1

7.291. El término "documento" se utiliza en las definiciones tanto de "reglamento técnico" como de "norma" en los párrafos 1 y 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, respectivamente. Como observó el Órgano de Apelación, este término, tal como se utiliza en el párrafo 1 del Anexo 1:

> se define de manera bastante amplia como "*something written, inscribed, etc., which furnishes evidence or information upon any subject*" (algo escrito, consignado, etc., que proporciona pruebas o información sobre algún tema). El empleo del término "documento" podría por tanto abarcar una amplia gama de instrumentos o aplicarse a diversas clases de medidas. Sin embargo, el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* limita el alcance de las medidas que se pueden caracterizar como un "reglamento técnico" al referirse a un documento en el que "se establecen las características de un producto o los procesos o métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables".[997]

7.292. Análogamente, los términos que rodean el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC "limita[n] el alcance" de las medidas que se pueden caracterizar como una "norma"[998] de

---

[995] Y, por la misma razón, no necesitaríamos evaluar si esos instrumentos son "pertinentes" ni si las medidas están "en conformidad con" ellos. Véase el párrafo 7.263 *supra.* Véase también, en el mismo sentido, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 507. Señalamos que el Órgano de Apelación ha aclarado que la interpretación de la expresión "institución internacional con actividades de normalización" a los efectos de evaluar el carácter "internacional" de una norma en el marco del párrafo 4 del artículo 2 es un "proceso holístico en el que los elementos que integran la definición se deben examinar conjuntamente". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 359. Señalamos además que, en esa diferencia, el Órgano de Apelación basó su decisión de que el APICD no era una "institución internacional con actividades de normalización" únicamente en uno de los elementos de esa definición (en contraposición con sus diversos elementos, "examina[dos] conjuntamente"), es decir, que el APICD "no estaba abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros". Como consecuencia, el Órgano de Apelación consideró que no era necesario abordar los demás "elementos" de esa evaluación, a saber, si el APICD era una "institución y tenía 'actividades reconocidas en el ámbito de la normalización'". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 399 y nota 763. Entendemos, no obstante, que la referencia del Órgano de Apelación a un "proceso holístico" alude al carácter acumulativo de los diversos "elementos" para evaluar la naturaleza "internacional" del "documento" de que se trate. El Órgano de Apelación no indicó que ese enfoque se exigiera en todos los casos, o que los tres elementos pertinentes de las "normas internacionales pertinentes" (es decir, "norma", "internacional" y "pertinentes") debieran examinarse individual y acumulativamente (u "holísticamente") cuando ello no fuera necesario para la determinación a la luz de las circunstancias.

[996] Véase el párrafo 7.281.

[997] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 185 (no se reproduce la nota de pie de página). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.9-5.10.

[998] Señalamos también, como lo hizo el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)*, que la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, establece, en términos generales, que "[s]e entiende por 'documento' todo soporte que contenga información". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 185, nota 391. No obstante, como hemos explicado en el párrafo 7.283 y las notas 985-986 *supra*, la aplicabilidad y pertinencia de cualquier definición de la Guía de la ISO/CEI, si la hubiere, está sujeta a las condiciones que prevé la cláusula introductoria del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

conformidad con esa definición. Por ejemplo, solo define como norma aquellos "documentos" que prevén "reglas, directrices o características" para los productos o los procesos y métodos de producción conexos (incluidos los que "incluyen prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado o tratan exclusivamente de ellas").[999] Además, como se examina más adelante, el alcance del término "documento" de conformidad con esta definición es más limitado debido a que solo se refiere a los que "prevén" características de productos (o tratan de prescripciones en materia de embalaje o de otro tipo o las incluyen)[1000] con una finalidad específica, es decir, "para un uso común y repetido".[1001] El Órgano de Apelación ha aclarado también que el término "documentos", tal como se utiliza en esa "*Nota explicativa*", "debe referirse a las normas *en general* y no solo a las adoptadas por entidades *distintas de* las instituciones internacionales".[1002]

7.293. Consideramos también la observación del Órgano de Apelación de que, de conformidad con el párrafo 2 del Anexo 1, "en determinadas circunstancias un 'documento' puede comprender múltiples instrumentos jurídicos" que serán igualmente pertinentes en el contexto del párrafo 1 del Anexo 1.[1003] Según las circunstancias, el "documento" que constituye una norma puede tener diversas formas. Puede, pues, estar contenido en un instrumento que aborde simultáneamente otras cuestiones y en un instrumento que, junto con varios otros, forme parte de un contexto o marco más amplio. Estas situaciones, en sí mismas, no serían un obstáculo a la demostración de la existencia de un "documento" que puede caracterizarse como una "norma" o como una "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2.

7.294. Consideramos que, interpretado debidamente en el anterior contexto, el término "documento" indica que una evaluación de si existe una "norma" en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 exige, como primer paso, una identificación lo bastante clara y distintiva de los componentes o elementos del instrumento o los instrumentos que, según alega una parte, constituyen esa "norma". Esto es especialmente importante cuando el "documento" que se aduce que es una "norma internacional pertinente" está contenido en "múltiples instrumentos jurídicos", cada uno de los cuales aborda una gama de cuestiones, incluidas algunas que son distintas de la cuestión específica de que se trata en el reglamento técnico impugnado, aunque estén relacionadas con ella.[1004]

7.295. Señalamos que esta tarea inicial de identificar con precisión los componentes del instrumento o los instrumentos en cuestión que constituyen el "documento" es un primer paso necesario tanto para la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 como para el párrafo 4 de dicho artículo. Con arreglo a ambas disposiciones, esa identificación es precisa para la "evaluación comparativa" posterior que se necesita para evaluar el grado de correspondencia entre la norma internacional y el reglamento técnico, según se especifica en cada disposición.[1005] En el contexto del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un examen de si una norma internacional pertinente

[999] Examinamos con más detalle el significado de estos términos en los párrafos 7.335-7.340 *infra.*

[1000] Véanse el párrafo 7.337 y la nota 1085 *infra.*

[1001] Seguimos examinando el significado de la expresión "uso común y repetido" en un lugar posterior de estas constataciones, en particular en los párrafos 7.361-7.370 *infra*. Señalamos también que, aunque el texto de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 hace referencia a "*documento*", el texto de su "*Nota explicativa*" remite a "*documentos*". No obstante, como aclaró el Órgano de Apelación, ambos términos "debe[n] interpretarse con el mismo significado" a los efectos de esta disposición. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 222.

[1002] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 222. (las cursivas figuran en el original) Véase también la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 45 y nota 44 (donde también se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*).

[1003] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, nota 708. Véase también la nota 1007 *infra.*

[1004] Véase también la nota 1007 *infra.*

[1005] Es decir: "en conformidad con" en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 o "utilizarán ... como base de", en el párrafo 4 del artículo 2. Señalamos también que, de conformidad con las disposiciones del Acuerdo MSF que son equivalentes a esas dos disposiciones del Acuerdo OTC (las previstas en el artículo 3 del Acuerdo MSF, por ejemplo), hay una necesidad similar de identificar primero debidamente los componentes del instrumento que supuestamente contiene la norma MSF a fin de realizar una "evaluación comparativa" del grado de correspondencia entre la medida y la norma internacional, según se especifica en cada disposición MSF (es decir: "basarán", "estén en conformidad con" o "representen un nivel de protección [...] más elevado que", como en el párrafo 1, el párrafo 2 o el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF, respectivamente). Véanse asimismo, el párrafo 7.274 y la nota 961 *supra*, donde examinamos también esos términos de los Acuerdos OTC y MSF.

se "utiliz[ó] ... como base de" un reglamento técnico "debe limitarse a aquellos elementos de los reglamentos internacionales pertinentes que se relacionan con la materia de las prescripciones o los requisitos impugnados", y ese examen "debe ser suficientemente amplio para tratar *todos* los elementos pertinentes [de la norma internacional]".[1006] Análogamente, de conformidad con la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 es necesaria la identificación clara y distintiva de todos los componentes del instrumento que forman el "documento" de que se trata para permitir una evaluación de si existe una "norma" y asimismo permitir posteriormente (si la norma es también "internacional" y "pertinente") una evaluación de si el reglamento técnico impugnado está "en conformidad con" esa norma.[1007]

[1006] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 250. (las cursivas figuran en el original) El Órgano de Apelación basó esta interpretación en el término compuesto "o sus elementos pertinentes" utilizado en el párrafo 4 del artículo 2. Como señalamos en el párrafo 7.273 y la nota 956 *supra*, la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 no contiene, sin embargo, ese término compuesto. Esto, a su vez, parece indicar que, de conformidad con la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 no es posible que los reglamentos técnicos estén "en conformidad con las" normas internacionales si esas medidas se evalúan únicamente en relación con los "elementos pertinentes" de dichas normas en lugar de en relación con la totalidad de estas. Señalamos también las siguientes observaciones del Órgano de Apelación en *CE - Sardinas*, cuando aplica esta interpretación a los hechos de ese asunto:

> Esta diferencia se refiere a la compatibilidad con el régimen de la OMC de la prescripción establecida en el artículo 2 del Reglamento de las CE, conforme a la cual solo pueden comercializarse en las Comunidades Europeas como conservas de sardinas los productos elaborados exclusivamente a partir de la especie *sardina pilchardus*. En consecuencia, los "elementos pertinentes" de Codex Stan 94 son aquellos de sus elementos que se refieren a la comercialización de conservas de pescado con el nombre de "sardinas" o se relacionan con esa comercialización. La expresión "sus elementos pertinentes", utilizada en el párrafo 4 del artículo 2, supone dos cosas a los efectos de este asunto. En primer lugar, la determinación acerca de si Codex Stan 94 se ha utilizado "como base del" Reglamento de las CE debe derivar de un análisis limitado a aquellos "elementos" de Codex Stan 94 que se relacionan con la utilización del término "sardinas" para la identificación y comercialización de conservas de pescado. Esos elementos incluyen no solo los párrafos 1.1 i) y 1.1 ii) del artículo 6 de Codex Stan 94, sino también el párrafo 1.1 de su artículo 2, que establece las diversas especies a las que pueden darse las denominaciones previstas en los párrafos 1.1 i) y 1.1 ii) del artículo 6. En segundo lugar, el análisis debe referirse a *todas* esas disposiciones pertinentes de Codex Stan 94, y no debe hacer caso omiso de ninguna de ellas.

Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 251. (las cursivas figuran en el original)

En esa diferencia, el Órgano de Apelación rechazó también el argumento de los reclamantes de que el párrafo 4 del artículo 2 establecía que "debía compararse la totalidad de la norma con la totalidad del Reglamento de las CE". El Órgano de Apelación dijo que esa evaluación comparativa holística no era posible porque "Codex Stan 94 contiene varios elementos que no [eran] pertinentes a la utilización del término "sardinas" para la identificación y comercialización de conservas de pescado" y, por lo tanto "[e]l examen de otras disposiciones del Reglamento de las CE que no [eran] pertinentes a esta diferencia simplemente no t[enía] objeto alguno". *Ibid.*, párrafo 252.

[1007] Señalamos a este respecto la determinación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.239 y nota 708, donde se insiste análogamente en la necesidad de una identificación precisa del "documento" que constituye un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 (incluso cuando "puede comprender múltiples instrumentos jurídicos"), como prescripción indispensable para la debida evaluación de la compatibilidad de la medida con la obligación prevista en el párrafo 2 del artículo 2 y, en particular, para un análisis de la "contribución" de los reglamentos técnicos impugnados de conformidad con el análisis de la relación:

> A nuestro juicio, en principio, un reglamento técnico debe ser examinado en su totalidad para poder evaluar el grado en que contribuye a su objetivo. Señalamos que en la parte pertinente del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC se define "reglamento técnico" como un "*[d]ocumento* en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados". Por tanto, lo que debe evaluarse en el marco del párrafo 2 del artículo 2 es el "documento" que constituye el reglamento técnico, no partes aisladas o desconectadas de dicho documento. ... Al evaluar el documento pertinente que constituye el reglamento técnico en litigio en el marco del párrafo 2 del artículo 2, en primer lugar deben identificarse los elementos contenidos en él que contribuyen al objetivo del reglamento técnico, y luego tener en cuenta todos esos elementos al evaluar el grado de contribución del reglamento técnico a su objetivo, y podría crear un desequilibrio o una asimetría en la comparación con las alternativas propuestas.

Ibid., (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las notas de pie de página). Véanse también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 21; las observaciones de

7.296. Señalamos que el Órgano de Apelación ha proporcionado orientación similar, en el contexto del artículo 3 del Acuerdo MSF, sobre la manera en que un grupo especial debe realizar la "evaluación comparativa" entre una medida MSF y la norma internacional pertinente a los efectos de determinar si esa medida está "basada en", "está en conformidad con" o "representa un nivel de protección más elevado que" esa norma internacional. Los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF, respectivamente, como se observó más arriba[1008], tienen una estructura y una función comparables a las de los párrafos 4 y 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC:

> [U]n grupo especial debe proceder a una evaluación comparativa de la medida impugnada y esa norma internacional. A este respecto, dado que la norma internacional constituye el punto de referencia con respecto al cual se evaluará el cumplimiento del artículo 3 por los Miembros, corresponde al grupo especial discernir el sentido de esa norma. Al llevar a cabo tal evaluación, los grupos especiales tienen a su disposición diversos medios. Un grupo especial puede guiarse por cualquier principio de interpretación pertinente, incluidas las normas usuales de interpretación del derecho internacional público pertinentes. Además, puede considerar útiles para discernir el sentido de la norma internacional fuentes adicionales. Por ejemplo, los grupos especiales pueden considerar conveniente recurrir al dictamen del órgano normativo internacional pertinente indicado en el párrafo 3 del Anexo A del Acuerdo MSF, ya sea por medio de pruebas obrantes en el expediente del grupo especial o mediante consulta directa a dicho órgano, o a otros expertos en los campos pertinentes, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo MSF y el artículo 13 del ESD.[1009]

7.297. Las anteriores declaraciones proporcionan, *mutatis mutandis,* orientación pertinente para identificar debidamente el documento identificado por Australia como "normas internacionales pertinentes" en relación con el empaquetado genérico del tabaco. Una vez que se hayan identificado los instrumentos pertinentes, habrá que discernir y comprender también su sentido.[1010]

---

la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 147 del Grupo Especial, párrafo 49 y nota 74 (donde se hace referencia, además de al pasaje arriba citado del informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.15); la respuesta de Indonesia a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 11; y las observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 140 del Grupo Especial, párrafos 21-23.

[1008] Véase la nota 1004 *supra.* Véanse también el párrafo 7.274 y la nota 961 *supra.*

[1009] Informe del Órgano de Apelación, *India - Productos agropecuarios*, párrafo 5.79. Aplicando la mencionada interpretación a las "circunstancias de esa diferencia", el Órgano de Apelación dijo a continuación lo siguiente:

> [E]l párrafo 3 b) del Anexo A [del Acuerdo MSF] dispone que las normas internacionales pertinentes ... son las expuestas en el Código de la OIE, en particular en el capítulo 10.4. El capítulo 10.4 del Código [de la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE)] constituye, por lo tanto, el punto de referencia con el que deben compararse las medidas de la India relativas a la influenza aviar para determinar si están "basadas en" esa norma o si "est[án] en conformidad con" ella. Por consiguiente, con arreglo a las orientaciones expuestas *supra*, en esta diferencia correspondía al Grupo Especial discernir el sentido de las partes pertinentes del Código de la OIE para determinar si las medidas de la India relativas a la influenza aviar satisfacen los elementos establecidos en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF.

Ibid., párrafo 5.80 (no se reproducen las notas de pie de página). Este enfoque fue aplicado por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Rusia - Porcinos (UE)*, que consideró que su tarea de evaluar si la medida impugnada estaba en conformidad con el párrafo 3 del Acuerdo MSF consistía en: i) la identificación de las normas internacionales pertinentes; ii) la determinación del sentido de esas normas internacionales; y iii) la evaluación de las medidas en litigio teniendo en cuenta esas normas internacionales para determinar si las medidas están "basadas en" las normas. Informe del Grupo Especial, *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafos 7.262 y 7.274. Véase también *ibid.*, párrafos 7.263-7.272 (sobre el criterio jurídico para la "identificación") y 7.273-7.283 (sobre el criterio jurídico para la "determinación del sentido").

[1010] Señalamos a ese respecto las observaciones del Grupo Especial encargado del asunto *Rusia - Porcinos (UE)*, donde se hace referencia a las determinaciones del Órgano de Apelación en *India - Restricciones cuantitativas*:

> Esencialmente, en relación con nuestra propia evaluación del sentido del Código Terrestre, este Grupo Especial ha seguido atento en cuanto al trato dado a las respuestas recibidas de la OIE y

7.298. Teniendo presente lo que antecede, examinamos ahora los instrumentos que, según indica Australia, forman el "documento" que, en el sentido de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1, constituye una "norma internacional pertinente" para el empaquetado genérico del tabaco a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.

Principales argumentos de las partes

7.299. Australia estima que las Directrices del CMCT, "en su conjunto", podrían considerarse "normas internacionales pertinentes" a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[1011]

7.300. Australia explica además que, a los efectos de determinar si existen "normas internacionales pertinentes" para el empaquetado genérico del tabaco, el "documento o documentos" que deben evaluarse son, más específicamente, las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT.[1012] Australia aclara también que hace esa afirmación "ba[sándose] principalmente" en los siguientes párrafos de esas dos Directrices del CMCT:

a. párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT; y

b. párrafos 16 y 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT.[1013]

7.301. Australia señala también que, además de esos tres párrafos concretos, las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT contienen también "otros elementos" que "no especifican 'empaquetado genérico'" pero son, no obstante, "pertinentes" para la caracterización de esos instrumentos del CMCT como una norma internacional para el empaquetado genérico del tabaco. Australia considera que los párrafos siguientes de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son "ejemplos" de esos "otros elementos", en particular dado que "establecen" prescripciones que "incorpora[n]" las medidas TPP"[1014]:

a. los párrafos 10 y 54 de las Directrices relativas al del artículo 11 del CMCT (que tratan, respectivamente, de "prospectos interiores o exteriores" y de "etiquetas adhesivas"); y

b. el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT (que trata del "empaquetado y rasgos distintivos de productos").

7.302. Australia sostiene además que "otros aspectos" de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que son "pertinentes" incluyen los referentes a "el empaquetado y el

---

la manera en que ha llevado a cabo su evaluación del sentido del Código Terrestre. A este respecto, el Grupo Especial ha tenido presente el razonamiento del Órgano de Apelación en *India - Restricciones cuantitativas*, según el cual un grupo especial no puede delegar su función judicial en una organización a la que consulta, sino que debe realizar una evaluación crítica de las opiniones de la organización internacional. Las constataciones del Órgano de Apelación en *India - Productos agropecuarios* reafirman que el Grupo Especial debe hacer su propia evaluación del sentido del Código Terrestre y no basarse sin más en las opiniones de la OIE con respecto al sentido del Código Terrestre. Un grupo especial puede, con respecto a cada una de las cuestiones interpretativas que aborda, hacer referencia y atribuir importancia a las respuestas de la OIE a sus preguntas; sin embargo, debe indicar en cada caso que sus conclusiones se basan también en un examen de la redacción o el texto de las recomendaciones pertinentes del Código Terrestre.

Informe del Grupo Especial, *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafo 7.282. (no se reproducen las notas de pie de página) Véase también el informe del Órgano de Apelación, *India - Productos agropecuarios*, párrafos 5.93-5.94.

[1011] Respuesta de Australia a la pregunta 129 del Grupo Especial, párrafo 201.

[1012] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 567.

[1013] Respuesta de Australia a la pregunta 129 del Grupo Especial, párrafo 202. Véase también, por ejemplo, la declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 83. Damos por supuesto que la referencia de Australia al "párrafo 17" de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT tiene la finalidad de remitir a la "*Recomendación*" que sigue al párrafo 17, ya que el propio párrafo 17 no se refiere al "empaquetado genérico" *per se.* Véanse también el párrafo 7.311 y la nota 1031 *infra.*

[1014] Respuesta de Australia a la pregunta 129 del Grupo Especial, párrafo 202.

etiquetado que inducen a error o son engañosos" y "la publicidad y la promoción que inducen a error o son engañosas".[1015]

7.303. Los reclamantes no impugnan la identificación por Australia del párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y los párrafos 16 y 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT como partes de los instrumentos que tratan expresamente el "empaquetado genérico".[1016] No obstante, Honduras cuestiona la amplia alegación de Australia de que todas las directrices del CMCT actualmente adoptadas "en su conjunto" reúnen las condiciones para ser consideradas una norma internacional a los efectos de estos procedimientos. Honduras recuerda que la Conferencia de las Partes en el CMCT ha adoptado Directrices del CMCT para la aplicación de otras disposiciones de ese Convenio, como para la aplicación de los artículos 8, 9, 10 y 14. Honduras considera que "a falta de una mayor aclaración por Australia, [esas] afirmaciones generales son insuficientes para satisfacer la carga que impone a Australia [la segunda frase de] el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[1017]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.304. Como se describió más arriba, Australia afirma que párrafos específicos de las dos Directrices adoptadas por la Conferencia de las Partes en el CMCT (las Directrices relativas al artículo 11 y las Directrices relativas al artículo 13) constituyen una "norma" (internacional) pertinente con respecto al empaquetado genérico del tabaco.

7.305. Señalamos en primer lugar que diversas Directrices adoptadas por la Conferencia de las Partes en el CMCT hasta el momento contienen extensos textos que se refieren a una amplia gama de aspectos reglamentarios de diversos tipos de medidas de control del tabaco que se abordan en las disposiciones específicas del CMCT relacionadas con esas Directrices.[1018] Al igual que otras Directrices del CMCT, las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT son instrumentos no vinculantes que "tienen por objeto ayudar a las Partes a cumplir con sus obligaciones y a aumentar la eficacia de las medidas adoptadas".[1019] Ambos conjuntos de directrices contienen extensos textos en los que se abordan diversas medidas reglamentarias relativas al empaquetado, el etiquetado o la comercialización de productos de tabaco, para ayudar a las Partes a cumplir con sus obligaciones y a aumentar la eficacia de las medidas adoptadas de conformidad con los artículos 11 y 13 del Convenio respectivamente.[1020]

[1015] Respuesta de Australia a la pregunta 129 del Grupo Especial, párrafo 203.

[1016] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 495; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 183 y 186.

[1017] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 504.

[1018] Véanse las Directrices para la aplicación del CMCT (edición de 2013) (Pruebas documentales AUS-109, DOM-44), que contienen una recopilación de todas las directrices adoptadas, excepto las Directrices relativas al artículo 6 del CMCT (Prueba documental AUS-111), adoptadas en 2014.

[1019] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafos 20-22 (donde se hace referencia a los textos de los respectivos párrafos iniciales de estos dos conjuntos de Directrices del CMCT). Analizamos más detenidamente la naturaleza no vinculante de esas Directrices del CMCT al examinar este elemento de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1, en los párrafos 7.390-7.394 *infra*.

[1020] Por ejemplo, las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT contienen diversas recomendaciones sobre la elaboración y el uso de advertencias sanitarias, incluso con respecto a su "rotación" (párrafos 19-22) y su "contenido" (párrafos 22-27), y las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT contienen recomendaciones sobre diversos componentes de una prohibición general de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, incluso con respecto a: "la venta al por menor y exhibición" de los productos de tabaco (párrafos 12-14, donde se recomienda su prohibición); las "ventas por Internet" (párrafos 18-21, donde se recomienda su prohibición); "extensiones de marcas y uso común de marcas", es decir, la utilización de las marcas de tabaco en productos no tabacaleros (párrafos 22 y 23, donde se recomienda su prohibición); "representaciones del tabaco en los medios de entretenimiento" (párrafo 31, donde se recomienda entre otras cosas "prohibir la utilización de la representación de marcas o imaginería de marcas de tabaco identificables" en los productos de los medios de entretenimiento); y "la ejecución a nivel nacional de leyes sobre publicidad, promoción y patrocinio del tabaco (párrafos 60-68, donde se recomienda entre otras cosas "introducir y aplicar sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas"). Además, también con respecto a los párrafos 22-24 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT que definen y recomiendan la prohibición de la "extensión de marcas" y el "uso común de marcas", en ellos se declara que esos tipos de utilización de las marcas también "se deberían considerar como publicidad y promoción de tabaco". Véase además la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 41 y notas 20-21 (donde se hace referencia a esta recomendación y se informa de que "numerosos Miembros de la OMC, incluidas Ucrania e Indonesia", han aplicado medidas que reglamentan la "extensión de marcas").

Cabe destacar a este respecto que, como han indicado los reclamantes, el "empaquetado genérico" no es, como tal, un tipo específico de medida de control del tabaco expresamente identificada en los propios artículos 11 o 13 del CMCT (ni en ninguna otra disposición del Convenio).[1021]

7.306. A la luz de esto, y de nuestras observaciones anteriores sobre la importancia de una identificación precisa del "documento" de que se trata para el resto de nuestro análisis[1022], estamos de acuerdo con Honduras en que, como paso inicial de nuestra evaluación, "es necesario identificar *qué partes* de las Directrices del CMCT han sido invocadas por Australia como las supuestas normas internacionales pertinentes".[1023]

7.307. Como se describió anteriormente, Australia declara que las Directrices del CMCT "en su conjunto" podrían considerarse "normas internacionales pertinentes" a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. No obstante, Australia identifica también los instrumentos pertinentes con respecto al empaquetado genérico del tabaco como, más específicamente, las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT. A continuación, identifica además tres párrafos concretos de esas dos Directrices en que "se basa principalmente" para los fines de determinar la existencia de una "norma internacional pertinente" con respecto al empaquetado genérico del tabaco: el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y los párrafos 16 y 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT (de hecho, el texto de la "*recomendación*" que sigue al párrafo 17).[1024] Estos son los textos específicos, dentro de esos dos conjuntos de Directrices, en los que se menciona expresamente y se describe "el empaquetado genérico".

7.308. El párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT (titulado *"Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco"*) es la única disposición del epígrafe titulado "Empaquetado sencillo", que reza así:

> Las Partes deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a restringir o prohibir en el empaquetado la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional que no sean el nombre comercial o el nombre del producto en un color y un tipo de letra corrientes (empaquetado sencillo). Esto permite aumentar la vistosidad y eficacia de las advertencias sanitarias y mensajes, impedir que el paquete distraiga la atención de estos últimos y prevenir el uso de técnicas industriales de diseño de envases que sugieran que algunos productos son menos nocivos que otros.[1025]

7.309. El párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT (titulado "*Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco"),* dispone que:

> El efecto publicitario o promocional del empaquetado se puede eliminar si se exige un envasado sencillo, a saber: en blanco y negro u otros dos colores contrastantes, según indique la autoridad nacional; nada más que un nombre de marca, un nombre de producto y/o un nombre de fabricante, datos de contacto y la cantidad de producto que contiene el envase, sin logotipos ni otros rasgos distintivos aparte de las advertencias sanitarias, timbres fiscales y otra información o marcado obligatorio; un

[1021] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 125-127; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 468; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 183 y 194; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 291-294; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 94. Señalamos, no obstante, que determinados otros tipos específicos de medidas de control del tabaco se abordan expresamente tanto en el propio CMCT como en las Directrices del CMCT correspondientes. Por ejemplo, las reglamentaciones sobre la utilización/el diseño/el tamaño/la rotación de las advertencias sanitarias o las ASG en el empaquetado del tabaco son medidas que se abordan expresamente tanto en el artículo 11 del CMCT como en diversas partes de las Directrices relativas al artículo 11. Véase CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 11; y Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3/(10) (Prueba documental JE- 20), anexo, párrafos 12-22.

[1022] Véanse los párrafos 7.291-7.297 *supra.*

[1023] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 495. (sin cursivas en el original)

[1024] Suponemos que la referencia de Australia al "párrafo" 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT tiene la finalidad de remitir a la recomendación que sigue al párrafo 17, ya que el propio párrafo 17 no se refiere al "empaquetado genérico" *per se.*

[1025] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE -20), anexo, párrafo 46.

> tipo y un tamaño de letra especificados; y una forma, un tamaño y materiales normalizados. No debería haber publicidad ni promoción dentro del paquete o adjunta a este ni a cigarrillos ni otros productos de tabaco sueltos.[1026]

7.310. El párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT está contenido (junto con los párrafos 15 y 17, ambos citados más adelante) en el epígrafe titulado "Empaquetado y rasgos distintivos de productos". Este epígrafe contiene la siguiente nota:

> Véanse también las directrices para la aplicación del artículo 11 del Convenio, que abordan la cuestión del empaquetado sencillo en lo que atañe a las advertencias sanitarias y la información engañosa.[1027]

7.311. El párrafo 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, que hace referencia al "envasado sencillo" pero no lo prescribe *per se*, reza así:

> Si el envasado sencillo no se ha hecho aún obligatorio, la restricción debería abarcar el mayor número posible de rasgos distintivos de diseño que den a los productos de tabaco mayor atractivo para los consumidores, por ejemplo, imágenes de animales o de otra índole, expresiones "divertidas", papeles de cigarrillos de colores, perfumes atractivos, paquetes novedosos o estacionales.[1028]

7.312. El párrafo 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT va seguido inmediatamente por esta recomendación:

> El empaquetado y el diseño de los productos son elementos importantes de la publicidad y la promoción. Las Partes deberían considerar la posibilidad de adoptar requisitos para envasados sencillos con el fin de eliminar los efectos de la publicidad o la promoción en los envases. El empaquetado, los cigarrillos sueltos y otros productos de tabaco sueltos no deberían llevar publicidad ni promoción, ni siquiera rasgos de diseño que den atractivo a los productos.[1029]

7.313. Observamos que, no parece haber desacuerdo entre las partes sobre la identificación de estos tres párrafos de las Directrices como referentes al envasado sencillo de los productos de tabaco.[1030] La OMS y la secretaría el CMCT identifican análogamente esas tres disposiciones de las Directrices del CMCT como relativas específicamente al "envasado sencillo".[1031]

[1026] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE -21), anexo, párrafo 16.

[1027] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE -21), anexo, nota 2 que acompaña al epígrafe "*Empaquetado y rasgos distintivos de productos*" antes del párrafo 15; y Directrices para la aplicación del CMCT (edición de 2013) (Pruebas documentales AUS-109, DOM-44), artículo 13, nota 4. Para mayor simplicidad nos referiremos de ahora en adelante a esta nota de pie de página como nota 4 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT.

[1028] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE -21), anexo, párrafo 17.

[1029] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE -21), anexo, *"Recomendación"* que sigue al párrafo 17.

[1030] Como observamos en el párrafo 7.315 *infra*, contrariamente a Australia, la OMS y la secretaría del CMCT indican también que el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT aborda específicamente el "envasado sencillo".

[1031] Véase Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafos 60, 62 y 63, nota 63 *supra.* Véase también Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)) párrafos 59-71. Señalamos que, al igual que Australia, la OMS y la secretaría del CMCT hacen referencia al texto de la "*recomendación*" para el envasado sencillo en las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT como el contenido en el "párrafo 17" de esas Directrices. Las pruebas que se nos han presentado indican, no obstante, que el párrafo 17 contiene otro texto. En cambio, tal como lo vemos, el texto de esa "*Recomendación"*, que no lleva ningún número, sigue al párrafo 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT en lugar de estar contenido en él. Esto es diferente de la manera en que se aborda el "empaquetado sencillo" en las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT. En ellas, se aborda expresamente el "empaquetado sencillo" en un solo párrafo, el único párrafo incluido en el epígrafe denominado "Empaquetado sencillo", y en ningún otro lugar de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT se presenta también el "empaquetado sencillo" como una *"Recomendación"*, como en las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT.

7.314. La OMS y la secretaría del CMCT identifican, además, el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT como referente al "envasado sencillo". Australia aduce, en cambio, que el párrafo 15 es uno de los "otros elementos" de esas Directrices que "no especifican el 'envasado sencillo'" pero son, sin embargo, "pertinentes" para la caracterización de esos instrumentos del CMCT como una norma internacional para el empaquetado genérico del tabaco. El párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, al igual que los párrafos 16 y 17, está contenido en el epígrafe "Empaquetado y rasgos distintivos de productos". Reza así:

> El empaquetado es un elemento importante de la publicidad y la promoción. Los paquetes de tabaco o rasgos distintivos de productos de tabaco se utilizan de diversas maneras para atraer a los consumidores, promover productos y cultivar y promover una identidad de marca, por ejemplo, recurriendo a logotipos, colores, tipos de letras, imágenes, formas y materiales adjuntados a paquetes o a cigarrillos u otros productos de tabaco sueltos, o insertados en el interior de los paquetes.[1032]

7.315. Australia considera también que "otros aspectos" de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son "pertinentes" para el empaquetado genérico y cita, como "ejemplos", determinadas disposiciones específicas de esos instrumentos. Concretamente, identifica como "pertinentes" los párrafos 10[1033] y 54[1034] de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y, como ya señalamos más arriba, el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT. Australia sostiene además que hay "otros aspectos" de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que son "pertinentes", incluidos los que tratan "el empaquetado y el etiquetado que inducen a error o son engañosos" y "la publicidad y la promoción que inducen a error o son engañosas".[1035] La OMS y la secretaría del CMCT, pero no Australia, se refieren también a que el párrafo 43 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT forma parte del "contexto más amplio" del empaquetado sencillo, tal como se trata expresamente en el párrafo 46 de esas mismas Directrices. Explican que el párrafo 43 es pertinente porque "insiste en que los términos incluidos en el párrafo 1 a) del artículo 11 [del CMCT] son indicativos de términos que inducen a error pero que la lista no es exhaustiva".[1036] Análogamente, como contexto, la OMS y la secretaría del CMCT, pero no Australia, hacen referencia al párrafo 3 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT que, en su parte pertinente, declara que "[l]as advertencias sanitarias

---

[1032] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 15.

[1033] El párrafo 10 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT declara, dentro del epígrafe titulado "Elementos de diseño":

> Las Partes deberían asegurarse de que las advertencias sanitarias y otros mensajes apropiados no queden obstruidos por otras marcas exigidas en el empaquetado o etiquetado ni por prospectos comerciales interiores o exteriores. Las Partes también deberían asegurar que, al establecer el tamaño y la ubicación de otras marcas, por ejemplo timbres fiscales y marcas distintivas tales como las exigidas por el artículo 15 del Convenio, no se obstruya ninguna porción de las advertencias sanitarias y otros mensajes apropiados.

Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 10.

[1034] El párrafo 54 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, la única disposición incluida en un epígrafe titulado "Etiquetas adhesivas y cubiertas", declara:

> Las Partes deberían asegurarse de que las etiquetas adhesivas, las pegatinas, los estuches, las tapas, los envoltorios, el material de envasado y el material promocional de los fabricantes no enmascaren, oculten o debiliten las advertencias sanitarias y otros mensajes apropiados. Por ejemplo, las etiquetas adhesivas pueden autorizarse solo si no pueden despegarse y si se utilizan solo en envases de metal o de madera que contienen productos distintos de los cigarrillos.

Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 54.

[1035] Véanse los párrafos 7.229-7.302 *supra.*

[1036] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 62. La OMS y la secretaría del CMCT hacen también referencia, como contexto de la recomendación sobre el empaquetado genérico que figura en el párrafo 46 del artículo 11 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, al párrafo 12 de esas mismas Directrices, que "proporciona orientación específica con respecto al tamaño de las advertencias sanitarias", reconociendo que "la eficacia de las advertencias sanitarias aumenta con su tamaño". (*Ibid.*, párrafo 64). Señalan también el párrafo 60 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT (que recomienda que las advertencias sanitarias se revisen y actualicen periódicamente) para, más en general, "dar a entender que la eficacia de las medidas de empaquetado y etiquetado es mayor cuando se actualizan periódicamente [...]". (*Ibid.*, párrafo 65).

eficaces y otros mensajes y medidas apropiados relativos al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco son componentes decisivos de un método integrado de control del tabaco".[1037]

7.316. Por último, Australia y la OMS y la secretaría del CMCT están de acuerdo en que tanto el propio CMCT como sus Directrices contienen "una serie de disposiciones pertinentes para el empaquetado genérico"[1038] y que, por consiguiente, las partes de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que tratan expresamente del empaquetado genérico "deben leerse a la luz" del contexto que proporcionan esas disposiciones.[1039]

7.317. Habiendo identificado las partes de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT en que Australia "se basa principalmente ... como normas internacionales para las medidas TPP"[1040], así como los "otros elementos" o "aspectos" (al menos los que enumera expresamente)[1041] que Australia identifica como "pertinentes" en ese contexto, necesitamos examinar si, tomadas conjuntamente, las partes de esos instrumentos constituyen un "documento" que se podría considerar que contiene una "norma" para el empaquetado genérico del tabaco en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

7.318. Recordamos en primer lugar que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT anteriormente mencionadas, adoptadas por la Conferencia de las Partes en el CMCT, tienen, como se declaró en sus párrafos iniciales respectivos, "por objeto ayudar a las Partes a cumplir con sus obligaciones y a aumentar la eficacia de las medidas adoptadas".[1042] La OMS y la secretaría del CMCT explican además que "la condición de cada conjunto de Directrices se rige por su propio texto".[1043]

7.319. Las disposiciones concretas del CMCT pueden, pues, tener -y la mayor parte tienen- el complemento de determinados instrumentos encaminados a promoverlas, así como su aplicación, los principales de los cuales son Protocolos y Directrices.[1044] El artículo 7 del CMCT dispone, pues, que la Conferencia de las Partes en el CMCT propondrá directrices para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 8 a 13 del CMCT.[1045] Con ese fin, la Conferencia de las Partes en el CMCT adoptó en noviembre de 2008, por consenso[1046] dos directrices separadas. Una para la aplicación

[1037] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 3 tal como se cita en Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 63.

[1038] Escrito *amici curiae* de la OMS y la CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 59.

[1039] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafos 61 y 64, nota 63 *supra.*

[1040] Respuesta de Australia a la pregunta 129 del Grupo Especial, párrafo 202.

[1041] Es decir: los párrafos 10 y 54 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT expuestos respectivamente en las notas 1033 y 1034 y el párrafo 7.134 *supra.* Véanse también los párrafos 7.301 y 7.307 *supra.*

[1042] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafos 20-22 (donde se hace referencia a los textos de los párrafos iniciales respectivos de esos dos conjuntos de directrices).

[1043] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafos 20-22 (donde se hace referencia a los textos de los párrafos iniciales respectivos de esos dos conjuntos de directrices).

[1044] Véase la sección 2.4 *supra*, en particular, el párrafo 2.99.

[1045] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafo 50, nota 63 *supra.*

[1046] En relación con la adopción de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT por consenso, véase Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 19; e Información adicional de la OMS y el CMCT para el Grupo Especial, párrafo 19, nota 63 *supra* (que contiene el "calendario 2" y el "calendario 3", más concretamente el séptimo punto de la página 7 y el séptimo punto de la página 8). Véase también *Ibid.*, párrafo 46. Véase asimismo la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 106 y nota 166; y el Escrito *amici curiae* de la UICC y el CCA (Prueba documental AUS-38), párrafo 7.2. Indonesia, pero no los demás reclamantes, aduce que el "consenso" en las Directrices con respecto al empaquetado genérico del tabaco solo significa un consenso sobre las recomendaciones de que las Partes en el CMCT "consideren la posibilidad de adoptar" el empaquetado genérico del tabaco, en lugar de recomendaciones de "adoptar" el empaquetado genérico. Indonesia considera que esto significa que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT no fueron, de hecho, "adoptadas por consenso" y, por esa razón, no pueden ser "normas internacionales" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 225. No estamos de acuerdo. Consideramos que la manera particular en que se redactaron los textos definitivos de esas Directrices carece, a simple vista, de importancia para justificar la afirmación de que esos instrumentos no fueron adoptados por consenso; y tampoco se nos ha presentado ninguna otra prueba que demuestre lo contrario.

del artículo 11 y otra para la aplicación del artículo 13, es decir, las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT de que se trata en estos procedimientos.[1047]

7.320. La OMS y la secretaría del CMCT señalan también que "la obligación general de aplicar medidas eficaces" se refleja no solo en el artículo 7 del CMCT sino también, lo cual es importante, en la redacción de los artículos 11 y 13 del CMCT.[1048] La OMS y la secretaría del CMCT explican, pues, que:

> El artículo 11 obliga a las Partes a aplicar *medidas eficaces* para asegurarse de que el empaquetado y el etiquetado del tabaco no promuevan los productos de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa (párrafo 1 a) del artículo 11) y a asegurarse de que en el empaquetado del tabaco figuren advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco (párrafo 1 b) del artículo 11). Análogamente, el artículo 13 obliga a las Partes a proceder a una prohibición *total* de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.[1049]

7.321. La OMS y la secretaría del CMCT señalan que la "obligación general de aplicar medidas eficaces" se articula además en los párrafos iniciales de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT[1050], que enuncian la "finalidad" de cada conjunto de Directrices. En estas se declara, respectivamente:

> [Directrices relativas al artículo 11 del CMCT]:
>
> En concordancia con otras disposiciones del [CMCT] y con las intenciones de la Conferencia de las Partes en el Convenio, las presentes directrices tienen por objeto ayudar a las Partes a cumplir con sus obligaciones adquiridas en virtud del artículo 11 del Convenio y proponer medidas que las Partes puedan aplicar para aumentar la eficacia de sus medidas relativas a empaquetado y etiquetado. El artículo 11 establece que cada Parte adoptará y aplicará medidas eficaces relativas a empaquetado y etiquetado dentro de un plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte.[1051]
>
> [Directrices relativas al artículo 13 del CMCT]:

[1047] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 19; e Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, páginas 7-8 y anexos 6 y 9, nota 63 *supra.* Véase también la sección 2.4.4 *supra.* Honduras fue una de las Partes en el CMCT que participó en el Grupo de Trabajo entre sesiones establecido para elaborar las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, que se "dedicó principalmente a la elaboración de advertencias sanitarias y mensajes". Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 130. Véanse también la respuesta de Honduras a la pregunta 164 del Grupo Especial, páginas 18-20; y las observaciones de Australia sobre la respuesta de Honduras a la pregunta 164 del Grupo Especial, párrafos 121-124. Véase, por ejemplo, Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafo 19 (primer punto del "calendario 2", página 6) y anexo 3, página 33, nota 63 *supra.*

[1048] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafos 50-51, nota 63 *supra.*

[1049] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafos 51-52, nota 63 *supra* (las cursivas figuran en el original). Véase Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafos 60 y 67-68. Señalamos aquí que, con respecto a determinados términos utilizados en el párrafo 1 del artículo 11 del CMCT, parte principal, y el párrafo 1 b) del artículo 11, respectivamente, Indonesia observa que el Convenio "no define ni explica con más detalle lo que constituye 'medidas eficaces' o medios de promoción que son 'falsos, equívocos o engañosos' o 'que puedan inducir a error'". Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 95, Indonesia cita también un artículo jurídico en el que, señalamos, el autor aduce que, como esos términos y otros del artículo 11 no se definen, las Partes en el CMCT "tienen amplias facultades discrecionales para interpretarlos". D. Layton y J. Lowe "*The Framework Convention on Tobacco Control and the World Trade Organization: A Conflict Analysis under international Law*", *Global Trade and Customs Journal*, volumen 9, número 6 (2014) (Layton y Lowe, El CMCT y la OMC) (Prueba documental IDN-30), página 248) (citado en la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 95, nota 119).

[1050] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafos 52 y 53, nota 63 *supra.* Véase también Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 61.

[1051] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 1.

> La finalidad de las presentes directrices es ayudar a las Partes a cumplir con sus obligaciones asumidas en virtud del artículo 13 del [CMCT]. Se basan en los mejores datos probatorios disponibles y la experiencia de las Partes que han aplicado con buenos resultados medidas eficaces contra la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco. Dan a las Partes orientaciones para introducir y hacer cumplir una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco o, a las Partes que no están en condiciones de implantar una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, para aplicar restricciones lo más completas posible a la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco.[1052]

7.322. Para nosotros, las anteriores descripciones del contexto en que se adoptaron las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 dejan claro que las prescripciones pertinentes relativas al empaquetado genérico del tabaco en esas Directrices deben interpretarse y aplicarse como parte del "contexto más amplio de control del tabaco"[1053] establecido por el CMCT y también a la luz del contexto inmediato proporcionado por, y juntamente con, determinadas otras disposiciones específicas de las Directrices del CMCT, así como las disposiciones del propio CMCT.[1054]

7.323. Así pues, como explicaron la OMS y la secretaría del CMCT, el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT debe "interpretarse a la luz" de las obligaciones que figuran en el artículo 11 del propio CMCT, así como de "otras disposiciones" de ese Convenio que son también "pertinentes para la implementación del empaquetado genérico".[1055] Explican que el empaquetado genérico, tal como se trata en el párrafo 46 "se expone en un contexto más amplio de otras medidas de empaquetado y etiquetado", incluidas aquellas que se refieren al tamaño de las advertencias sanitarias, que son también el objeto de "orientación específica" en esas mismas Directrices.[1056] Explican que ese "contexto más amplio" significa que las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT:

> [R]ecomiendan la adopción del empaquetado genérico *además de* varias otras medidas de empaquetado y etiquetado, incluidas advertencias sanitarias que cubran todo lo posible de las superficies principales expuestas y otras medidas que prohíban el empaquetado engañoso.[1057]

7.324. Con respecto a los tres párrafos de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT que, según se describen, abordan específicamente el empaquetado genérico del tabaco (párrafos 15, 16 y 17), la OMS y la secretaría del CMCT explican, análogamente que "esos párrafos deben leerse en su contexto". Para la OMS y la secretaría del CMCT, ese contexto incluye "otros pasajes" de las

---

[1052] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 1. Véase también *ibid.*, párrafo 2 (donde se declara que en las presentes directrices "se facilitan orientaciones sobre las mejores maneras de aplicar el artículo 13 del Convenio a fin de eliminar eficazmente la publicidad, promoción y el patrocinio del tabaco a nivel nacional e internacional"). Señalamos, no obstante, que, contrariamente al artículo 11, el artículo 13 no se refiere expresamente a medidas de "empaquetado" o "etiquetado". Señalamos, por otra parte, que, según la definición amplia que figura en el apartado c) del artículo 1 del CMCT, por "publicidad, promoción y patrocinio del tabaco" se entiende "*toda forma* de comunicación ... comercial", y el propio artículo 13 en su párrafo 4)a) incluye una obligación "mínima" según la cual cada Parte en el CMCT "prohibirá *toda forma* de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco *por cualquier medio* que sea falso, equívoco o engañoso". CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 1 y 13. (sin cursivas en el original) Por último, en el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, reproducido en el párrafo 7.314 *supra*, se declara que "[e]l empaquetado es un elemento importante de la publicidad y la promoción". Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 15.

[1053] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 73.

[1054] Véase, por ejemplo, el párrafo 7.315 *supra.*

[1055] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafo 61, nota 63 *supra.*

[1056] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafos 62-65.

[1057] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 66. (sin cursivas en el original) Véase también *ibid.*, párrafos 72-73 (donde se explica, en primer lugar, que el "enfoque expuesto en el [CMCT]" es que "el control del tabaco se basa en la aplicación de medidas generales multisectoriales que funcionan conjuntamente como intervenciones acumulativas en un sistema reglamentario complementario"; y a continuación, como corolario de esta afirmación, se declara que "el empaquetado genérico debe considerarse en este contexto más amplio de control del tabaco", en particular dado su efecto de "aumentar las medidas de empaquetado y etiquetado y las medidas que prohíben la promoción y la publicidad del tabaco").

Directrices relativas al artículo 13 del CMCT; el texto del artículo 13 del propio CMCT y "las demás obligaciones establecidas en el Convenio".[1058]

7.325. Señalamos, a este respecto, que el CMCT define "el control del tabaco" como "diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco".[1059] El artículo 11 del CMCT (titulado "Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco") y el artículo 13 (titulado "Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco"*)* forman parte de un conjunto integral de medidas abarcadas por el Convenio que aborda la "parte relativa a la demanda" de los productos de tabaco.[1060]

7.326. En definitiva, consideramos que los elementos mencionados, tomados conjuntamente, incluido el texto del CMCT y sus Directrices, así como la información pertinente proporcionada por la OMS y la secretaría del CMCT, parecen indicar que, aunque determinados párrafos y textos específicos de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT hacen expresamente referencia al empaquetado genérico del tabaco o están expresamente relacionadas con él e invitan a las Partes en el CMCT a "considerar la posibilidad de adoptar esas medidas", estas recomendaciones solo pueden comprenderse plenamente como parte de un conjunto más amplio de medidas y políticas de control del tabaco relacionadas entre sí. A nuestro juicio, esto incluye no solo las medidas y políticas recomendadas en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT y otras Directrices (entre las que figura el "empaquetado genérico"), sino también las ordenadas de conformidad con el propio CMCT. De los textos del CMCT y sus Directrices, y en consonancia con la naturaleza jurídica del CMCT como un "convenio marco"[1061], se desprende claramente que las Partes en el CMCT adoptan Directrices con el propósito *específico* de que las ayuden a cumplir sus *obligaciones* de conformidad con determinadas disposiciones de ese Convenio.[1062] Como lo describe Australia:

[1058] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafo 64, nota 63 *supra.*

[1059] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), apartado d) del artículo 1. Véanse también el párrafo 2.102 *supra* y, más en general, los párrafos 7.233-7.244 *infra.*

[1060] Estas medidas se tratan en la Parte III del Convenio, titulada "Medidas relacionadas con la reducción de la demanda de tabaco". Contrariamente a la parte IV del CMCT (que solo abarca tres medidas "relativas a la oferta"), la Parte III del Convenio abarca una diversidad (9) de medidas de control del tabaco relativas a la *demanda*. Estas son: medidas "relacionadas con los *precios e impuestos*" (artículo 6); medidas "*no relacionadas con los precios*" (artículo 7); medidas para la "*protección contra la exposición al humo de tabaco*" (artículo 8); reglamentación del "*contenido de los productos de tabaco*" (artículo 9); reglamentación de la "*divulgación de información sobre los productos de tabaco*" (artículo 10); medidas sobre "*empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco*" (artículo 11); medidas sobre "*educación*, *comunicación*, *formación y concientización del público*" (artículo 12); medidas sobre "*publicidad*, *promoción y patrocinio del tabaco*" (artículo 13); y "*medidas de reducción de la demanda relativas a la dependencia y al abandono del tabaco*" (artículo 14). CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19). Véanse también los párrafos 2.102-2.105 *supra* y los párrafos 7.233-7.244 *infra.*

[1061] Véase, por ejemplo, el enfoque de Convenio Marco/Protocolo, documento 1 del CMCT (Pruebas documentales HND-141, IDN-31); y Vadi 2012 (Prueba documental IDN-32), páginas 100-104. No obstante, no consideramos que el mero hecho de que un instrumento tenga la forma de un "convenio marco" o haya sido adoptado en el contexto de un convenio de ese tipo haga, en sí mismo, *ipso facto* que ese instrumento no pueda constituir una "norma" en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC o, más ampliamente, una "norma internacional pertinente" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo.

[1062] Como explicó el Dr. H. Nikogosian, antiguo Director de la secretaría del CMCT en el prólogo de la edición de 2013 de la publicación oficial en que se recopilan todas las Directrices del CMCT adoptadas hasta ese año:

> El *objetivo* de las directrices es ayudar a las partes a *que cumplan sus obligaciones* dimanantes del Convenio. Reflejan las opiniones conjuntas de las Partes sobre diferentes aspectos de la aplicación, sus experiencias y logros, y las dificultades con que se han encontrado. Las directrices también tienen por objetivo reflejar y fomentar las prácticas y normas óptimas de que podrían beneficiarse los gobiernos *en el proceso de aplicación de tratado*. La preparación de las directrices contó con la labor de las Partes en los grupos de trabajo intergubernamentales establecidos por la Conferencia de las Partes, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales acreditadas como observadoras en la COP y expertos invitados, y también con nuevas aportaciones de las Partes, hechas a lo largo del proceso de presentación de observaciones y los debates celebrados durante las sesiones de la COP. Gracias a este amplio proceso consultivo y al consenso alcanzado por las Partes, las directrices se han convertido en un instrumento de valor ampliamente reconocido en la *aplicación del Convenio*.

> [L]as Directrices tienen el objetivo de ayudar a las Partes en el CMCT a que cumplan sus obligaciones dimanantes del Convenio a que están orientadas y "están encaminadas a reflejar y fomentar las prácticas y normas óptimas de que podrían beneficiarse los gobiernos en el proceso de aplicación del tratado".[1063]

7.327. Sobre la base de todas las pruebas y la información que tenemos ante nosotros en estos procedimientos, por lo tanto, nos parece que, de conformidad con el régimen jurídico establecido por el CMCT, las partes se comprometen a aplicar diversas medidas de control del tabaco relativas a la oferta y la demanda de manera integral y multisectorial.[1064] Según sus propios términos, cuando las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT proponen determinadas medidas o formulan de otra manera determinadas recomendaciones de política a las Partes en el CMCT, lo hacen en el contexto particular de que son parte de un instrumento internacional integral que concede determinados derechos y obligaciones para el logro de los objetivos que esas Partes están de acuerdo conjuntamente en que debe tratar de alcanzar ese instrumento.[1065] En otros términos, las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT, como las demás Directrices del CMCT[1066], han sido redactadas con el único objetivo de ayudar a las Partes en el CMCT a cumplir determinadas obligaciones específicas dimanantes del Convenio de adoptar un tipo concreto de medida de control del tabaco, y son parte de la implementación de una constelación de otras medidas de control del tabaco de conformidad con las obligaciones previstas en el convenio, y están relacionadas con esa implementación.[1067]

7.328. La naturaleza interrelacionada de las obligaciones previstas en el CMCT pertinentes y sus respectivas Directrices hace difícil aislar los elementos específicos de las Directrices que Australia aduce que forman un "documento" de conformidad con el párrafo 2 del Anexo 1 del contexto más amplio en el que se adoptaron esos instrumentos, que informa su finalidad específica, a saber, ayudar a las Partes en la aplicación de la amplia gama de obligaciones del tratado (CMCT) asumidas por las Partes en el CMCT en relación con el control del tabaco.[1068] A este respecto, señalamos la existencia de determinadas diferencias en la manera en que Australia y la OMS y la secretaría del CMCT identifican los elementos "fundamentales" del empaquetado genérico de las

---

Directrices para la aplicación del CMCT (edición de 2013) (Pruebas documentales AUS-109, DOM-44). (sin cursivas y sin subrayar en el original)

[1063] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 573 (no se reproduce la nota de pie de página) (donde se cita parte de esta declaración del Dr. H. Nikogosian, citada completamente en la nota 1062 *supra.*

[1064] Véase CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-10) párrafo 1 del artículo 5 expuesto en el párrafo 2.101 *supra.* Véanse también el párrafo 7.236 y la nota 1057 *supra.* Véanse asimismo, por ejemplo, el Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafos 66, 72 y 73; y la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 38 y 46-50.

[1065] En artículo 3 del CMCT se declara que:

> El objetivo de este Convenio y de sus protocolos es proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.

CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-10), artículo 3. Véase también el párrafo 2.100 *supra.*

[1066] Véanse el párrafo o los párrafos respectivos de las Directrices relativas a los artículos 5.3, 8, 9, 10, 12 y 14 del CMCT donde, bajo el epígrafe "finalidad", se declara ese mismo objetivo, aunque en ocasiones de maneras ligeramente distintas. Directrices para la aplicación del CMCT (edición de 2013) (Pruebas documentales AUS-109, DOM-44), páginas 4, 19, 33, 73 y 117, respectivamente. Véanse las Directrices relativas al artículo 6 del CMCT en la Prueba documental AUS-111, página 1.

[1067] Véanse también, por ejemplo, la declaración inicial de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 8 (donde se declara que "[a] fin de luchar contra la epidemia mundial de consumo de tabaco, el [CMCT] recomienda que las partes adopten estrategias integrales de control del tabaco que den lugar a sinergias óptimas resultantes de una combinación de políticas"); y la respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial, párrafo 74, nota 101.

[1068] A este respecto, consideramos revelador el hecho de que, como se señaló anteriormente, la propia Australia ha sostenido que las Directrices del CMCT, "en su conjunto", podrían considerase "normas internacionales pertinentes" a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Respuesta de Australia a la pregunta 129 del Grupo Especial, párrafo 201. Véanse también los párrafos 7.299, 7.303 y 7.307 *supra.*

Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT.[1069] Australia y la OMS y la secretaría del CMCT también parecen identificar de manera distinta las otras partes de esas dos Directrices del CMCT, que no se refieren al "empaquetado genérico" ni lo describen expresamente, que han de considerarse "pertinentes" y las repercusiones que tienen en el alcance del "documento" que, según se alega, constituye la "norma internacional pertinente" y su contenido. Por ejemplo, aunque Australia considera que los párrafos 10 y 54 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT son "otras disposiciones" que son "pertinentes" para el empaquetado genérico, la OMS y la secretaría del CMCT no identifican expresamente esas Directrices cuando describen el contexto que proporcionan otras disposiciones de las mismas.[1070] A la inversa, ninguno de los párrafos de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT que la OMS y la secretaría del CMCT identifican como parte del "contexto más amplio" del empaquetado genérico abordado en el párrafo 46 de esas Directrices[1071] ha sido, por lo menos expresamente, identificado por Australia entre los ejemplos de "otros elementos" que esta considera "también pertinentes".[1072]

7.329. Señalamos también que algunas de las referencias hechas por Australia y la OMS y la secretaría del CMCT a disposiciones conexas o pertinentes de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT o, más en general, a determinadas obligaciones previstas en el propio CMCT, se presentan de manera no exhaustiva y/o genérica. Por ejemplo, la OMS y la secretaría del CMCT hacen referencia de manera genérica a los párrafos de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT "que tratan las técnicas de diseño de la industria que pueden dar a entender que algunos productos son menos nocivos que otros y a los párrafos que abordan el tamaño de las advertencias sanitarias".[1073] Declaran también que el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, "está expuesto en un contexto más amplio de otras medidas de empaquetado y etiquetado", incluidas las que se refieren al tamaño de las advertencias sanitarias, que son también objeto de "orientación específica" en esas mismas Directrices relativas al artículo 11 del CMCT. La OMS y la secretaría del CMCT hacen asimismo referencia, más específicamente en esta ocasión, a una serie de párrafos de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT diciendo que forman parte del "contexto más amplio" de la recomendación sobre el empaquetado genérico del párrafo 46: los párrafos 3, 12, 43 y 60.[1074] Por último, la OMS y la secretaría del CMCT declaran que los artículos 11 y 13 del propio CMCT, junto con las "demás disposiciones" del Convenio, son también un contexto importante para la aplicación del empaquetado genérico del tabaco, tal como se trata en cada conjunto de Directrices.[1075] El hecho de que se haya hecho referencia a esos elementos del CMCT de manera no exhaustiva o genérica confirma aún más que los tres párrafos de las Directrices relativos al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT (o los cuatro, en la descripción de la OMS y la secretaría del CMCT) referidos específicamente al empaquetado genérico están destinados a ser leídos como parte integrante de un conjunto integral de Directrices que respaldan la aplicación de una amplia gama de medidas eficaces de control de tabaco.

7.330. En definitiva, por lo tanto, no está claro para nosotros qué elementos o componentes de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT constituirían un "documento" que contuviera la totalidad de las "reglas, directrices o características" que un Miembro de la OMC estaría obligado a cumplir si decide adoptar una medida que prevea el empaquetado genérico del tabaco "en conformidad con" una norma internacional. De ello se deduce que no estamos convencidos de que los elementos de esas dos Directrices del CMCT que han sido identificados por Australia puedan leerse de manera independiente o separada de su contexto más amplio como parte del CMCT a los efectos de establecer la existencia de una "norma internacional pertinente"

[1069] Véanse los párrafos 7.307 y 7.315 *supra.* Concretamente, la OMS y la secretaría del CMCT identifican el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT entre las prescripciones sobre el "empaquetado genérico" mientras que Australia no lo hace.

[1070] Véanse, por ejemplo, los párrafos 7.301, 7.307 y 7.314-7.316 *supra.* Véase también la nota 1183 *infra.*

[1071] Es decir, las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafos 3, 12, 43 y 60. Véase también el párrafo 7.315 (donde, entre otras cosas, se cita parcialmente el párrafo 3) y la nota 1036 *supra.* Véase asimismo el párrafo 7.323 *supra.*

[1072] Véanse los párrafos 7.301, 7.302 y 7.307 *supra.*

[1073] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafo 61, nota 63 *supra.* Estos incluyen también, a este respecto, las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT.

[1074] Véase, entre otras cosas, la nota 1071 *supra.*

[1075] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafo 61, nota 63 *supra.* Véase también *ibid.*, párrafo 64 (donde se hace específicamente referencia al texto del artículo 13 del CMCT y, a continuación, en general, a las "demás obligaciones establecidas en el Convenio") Véanse también los párrafos 7.314-7.316 *supra.*

sobre el empaquetado genérico del tabaco en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. Como observamos más arriba, el Órgano de Apelación, al tratar una situación comparable en el marco del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, determinó que "el análisis debe referirse a *todas* esas disposiciones pertinentes [del documento] y no debe hacer caso omiso de ninguna de ellas".[1076] Análogamente aquí, deberíamos poder precisar qué partes de los instrumentos pertinentes en cuestión (las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT) constituyen el "documento" de que se trata. Como no hay claridad a este respecto, no podremos evaluar debidamente el contenido del "documento" pertinente en relación con los demás elementos de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 o, más en general, la existencia de una "norma internacional pertinente" ni si, a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, las medidas TPP están "en conformidad con" esa norma.

7.331. Al efectuar esa determinación, como se ha descrito más arriba, no damos a entender que un "documento" a los efectos de cumplir la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 (y concretamente, de constituir una "norma internacional pertinente" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2) no pueda estar contenido en un instrumento que trate simultáneamente otras cuestiones o, junto con diversos otros instrumentos, formar parte de un contexto o marco más amplio.[1077] En cambio, lo que interesa es que todas las prescripciones sobre productos pertinentes, u otras especificaciones relacionadas con la materia concreta que se alega que es el objeto de la "norma internacional pertinente" (en el presente asunto, el "empaquetado genérico del tabaco") sean identificables con claridad suficiente para que sea posible realizar debidamente una "evaluación comparativa" a fin de determinar si la medida impugnada está "en conformidad con" esa norma internacional.[1078]

7.332. El elemento siguiente de la definición de "norma" en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, tal como se describió más arriba[1079], es si el "documento" de que se trata ha sido "aprobado por una institución reconocida". Según se describió anteriormente[1080], con respecto a una "norma *internacional*" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, este requisito está informado por la definición de "organismo con actividades de normalización" en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991[1081], "[p]or lo que se refiere a otras características necesarias de una institución que puede aprobar una norma 'internacional'".[1082]

[1076] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 251. (las cursivas figuran en el original).Véase también la nota 1006 *supra.*

[1077] Véanse, por ejemplo, el párrafo 7.293 y la nota 1061 *supra.*

[1078] La identificación de las partes del instrumento que se alega que es una "norma (internacional)" que contiene todas las prescripciones "pertinentes" sobre una materia determinada es también importante porque, sin ella, no puede realizarse debidamente una "evaluación de la conformidad" con esas prescripciones. Señalamos, a este respecto, que el "procedimiento para la evaluación de la conformidad" que también abarca el Acuerdo OTC, se define en el párrafo 3 del Anexo 1 del Acuerdo como "[t]odo procedimiento utilizado, directa o indirectamente, para determinar que se cumplen las *prescripciones pertinentes de los reglamentos técnicos o normas*". (sin cursivas en el original)

[1079] Véase el párrafo 7.281 *supra.*

[1080] Véase el párrafo 7.278 *supra.*

[1081] La Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, 4.3, define un "organismo con actividades de normalización" como "un organismo que tiene actividades reconocidas en el ámbito de la normalización". Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 357.

[1082] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 357. El Órgano de Apelación constató, en particular que:

> El párrafo 2 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* dispone que una "norma" debe ser aprobada por una "institución reconocida". A nuestro juicio, la definición de "organismo con actividades de normalización" que figura en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 no está en contradicción con la definición del *Acuerdo OTC*. Por el contrario, la definición de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 amplía y complementa la definición del *Acuerdo OTC*, y especifica que un organismo debe ser "reconocido" con respecto a sus "actividades en el ámbito de la normalización".

Ibid., El Órgano de Apelación, basándose en particular en el texto de las dos últimas frases de la *Nota explicativa* a ese Anexo, ha aclarado también que "la definición de 'norma'... no exige la aprobación por consenso de las normas adoptadas por una 'institución reconocida' de la comunidad internacional de normalización". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 227. Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Animales*, párrafo 7.224, nota 679 (donde se declara que, a juicio de ese Grupo Especial, lo que concluyó el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Sardinas*, cuando interpretó la expresión "aprobada por una institución reconocida" del párrafo 2 del Anexo 1 fue "que la cuestión pertinente

7.333. El carácter "internacional" de una norma se basa pues, principalmente, en si el instrumento fue adoptado por una "institución internacional con actividades de normalización". La cuestión de si existe una "institución internacional con actividades de normalización" exige, a su vez, que se evalúe, entre otras cosas, si esa institución es una que tiene *actividades* de normalización *reconocidas.* Por lo tanto, un examen de las características de la institución que ha adoptado el documento de que se trata puede llevarse a cabo en el contexto de determinar si la supuesta norma es de carácter "internacional". En esta etapa de nuestro análisis nos centramos principalmente en la naturaleza y el contenido del "documento" que se alega que es una norma internacional.

7.334. Por lo tanto, examinamos a continuación, siguiendo el orden de los elementos de la definición del párrafo 2 del Anexo 1[1083], si el "documento" que se alega que constituye una "norma" prevé "reglas", "directrices" o "características" de los productos (o sus procesos y métodos de producción conexos). Concretamente, examinamos si los aspectos de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que Australia aduce que constituyen una norma respecto al empaquetado genérico del tabaco prevén "reglas", "directrices" o "características" (incluso con respecto a prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado para los productos y sus procesos y métodos de producción conexos y si, además, son "para un uso común y repetido". Por último, examinamos si la observancia de esas prescripciones es "no obligatoria".

La cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT prevén "reglas, directrices o características para los productos"

El concepto de "reglas, directrices o características para los productos" del párrafo 2 del Anexo 1

7.335. La definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 hace referencia a un documento "que prevé reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos". Además, la segunda frase del párrafo 2 del Anexo 1 dispone que también puede incluir "prescripciones" en materia de terminología, símbolos, embalajes, marcado o etiquetado o tratar exclusivamente de ellas.

7.336. Australia alega que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT cumplen esas condiciones porque constituyen un documento en forma de "directrices" que prevé las "características" de un "producto" (el tabaco) así como sus "procesos y métodos de producción conexos", es decir, la manufactura y venta de productos de tabaco.[1084]

7.337. Como lo indica la utilización de la conjunción disyuntiva "o" en la frase "reglas, directrices o características", un documento puede cumplir este componente de la definición de "norma" si "prevé"[1085] uno de esos tres elementos. Las definiciones del sustantivo "*rule*" (regla) en el

---

[con respecto a esa expresión] es si el documento ha sido *aprobado* por la institución reconocida, y no cómo se produce esa aprobación (por consenso, votación, etc.)". (las cursivas figuran en el original)

[1083] Véase el párrafo 7.281 *supra.*

[1084] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 573; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 316.

[1085] El verbo "provide" (prever) puede definirse como solo "*to* lay down *as a provision or arrangement*" (establecer como una disposición o arreglo). Oxford English Dictionary Online, definición de "*provide*, v", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/153448?rskey=1jZVfC&result=2&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017. (sin resalte en el original) La definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 se refiere análogamente a un documento "que *establece* las características del producto. (sin cursivas en el original) Como señaló el Órgano de Apelación, el verbo inglés "*lay down*" (establecer) se define como "*establish*, *formulate definitely (a principle*, *a rule); prescribe (a course of action*, *limits*, *etc.)*" (instituir, formular exactamente (un principio, una norma); prescribir (una medida, límites, etc.)). Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 185; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.10 (donde se hace referencia, en ambos, al *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 1562). El Diccionario Merriam-Webster define el verbo transitivo "*provide*" (prever) como "*to have as a condition: stipulate <the contract* provides *that certain deadlines will be met*>" (poner como condición: estipular (el contrato *prevé* que determinados plazos se cumplirán). Merriam-Webster Dictionary Online, definición de "*provide*" (prever), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/provide>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017. (sin resalte en el original)

diccionario parecen indicar que puede definirse cuando se utiliza en relación con "*regulations or principles*" (reglamentos o principios), como "*[a] principle, regulation or maxim governing individual conduct*" (un principio, reglamento o máxima que rige el comportamiento individual)[1086], mientras que el término "*guidelines*" (directrices) puede definirse como "*a directing or standardizing principle laid down as a guide to procedure, policy, etc.*" (un principio rector o de normalización establecido como guía de un procedimiento, política, etc.).[1087] Estos dos términos, o variaciones de ellos, se hallan en otras disposiciones del Acuerdo OTC[1088] así como en otros acuerdos abarcados[1089], incluido el Acuerdo MSF[1090] el GATT de 1994[1091], el Acuerdo SMC[1092], el AGCS[1093] y el Acuerdo sobre Valoración en Aduana.[1094] Señalamos que el término "*reglas*" se ha examinado también en el contexto de la aplicación del Acuerdo Antidumping (pero no, *per se*, como un término de ese Acuerdo). En ese contexto, el Órgano de Apelación consideró que no era pertinente si una prescripción determinada era o no vinculante a fin de determinar la existencia de una "*regla o norma*". El Órgano de Apelación concluyó que la cuestión es, más bien, si es un

[1086] Oxford English Dictionary Online, definición de "*rule*", disponible en: http://www.oed.com/view/Entry/168717?rskey=0cxA2d&result=1#eid, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[1087] *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2017), volumen 1, páginas 15, 16, 488, 719 y 1179 (Shorter Oxford English Dictionary, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, Parte 2) (Prueba documental AUS-539), página 1174. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 232 (donde se aduce que "[i]nherente al sentido corriente del término 'directriz' (un 'principio de normalización') es el concepto de que una norma puede permitir un cierto grado de flexibilidad en la característica pertinente del producto o los procesos y métodos de producción conexos" (no se reproduce la nota de pie de página). Véanse también las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 32; y a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 119.

[1088] En el Acuerdo OTC, el término "directrices" solo se encuentra en la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 mientras que el término "reglas" puede hallarse en otras disposiciones del Acuerdo (por ejemplo, el párrafo 6 del artículo 1 y el párrafo 1.1 del artículo 5). No obstante, el Acuerdo OTC hace también referencia a "orientaciones" o "guías", como en "*orientaciones* o recomendaciones pertinentes de instituciones internacionales con actividades de normalización", sobre todo en el contexto de sus disciplinas sobre los procedimientos de evaluación de la conformidad. Véanse, por ejemplo, los párrafos 4 a 6 del artículo 5. Véase también el párrafo 4 del artículo 12.

[1089] Estos términos se hallan también en el ACP, un acuerdo plurilateral de la OMC que contiene una definición de "norma" casi idéntica a la contenida en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Tanto el ACP (en la nota 4 al párrafo 2 b) del artículo VI) como el ACP modificado (en el apartado s) del artículo I) contienen definiciones de "norma" que salvo las referencias adicionales a "servicio o servicios" son prácticamente idénticas a las que figuran en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. No obstante, hasta el momento, esas definiciones no han sido examinadas en ninguna diferencia relativa al ACP o al ACP modificado. Con respecto a la relación entre el Acuerdo OTC y el ACP, véase el párrafo 4 del artículo 1 del Acuerdo OTC (donde se declara que, aunque "[l]as especificaciones de compra establecidas por instituciones gubernamentales para las necesidades de producción o de consumo de instituciones gubernamentales" no estarán sometidas a las disposiciones del Acuerdo OTC, por otra parte, "se regirán por el Acuerdo sobre Contratación Pública, en función del alcance de este").

[1090] El Acuerdo MSF contiene varias referencias a "normas, *directrices* y recomendaciones internacionales". (sin cursivas en el original) Este término compuesto se define en el párrafo 3 del Anexo A del Acuerdo MSF, pero únicamente con una referencia expresa a los tipos de riesgos sanitarios y fitosanitarios que abordan esos documentos y a las instituciones que los "establecen", los "elaboran" o los "promulgan". Como señaló recientemente el Grupo Especial en el asunto *Rusia - Porcinos (UE)*, no obstante, individualmente, ninguno de estos tres términos, incluido "directrices", ha sido interpretado y, en cualquier caso, el Acuerdo MSF no exige una distinción sutil entre [ellos] para su correcta aplicación. Véase el informe del Grupo Especial, *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafo 7.274, nota 413.

[1091] Véase, por ejemplo, la referencia a "reglamentos" (*rules* en la versión inglesa), en el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 (utilizada en la frase "todos los *reglamentos* y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones"). (sin cursivas en el original)

[1092] Véase, por ejemplo, la referencia a "directrices" en la parte introductoria del artículo 14 del Acuerdo SMC, donde se exige que "el método, 'para calcular la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor sea, entre otras cosas', compatible con las *directrices* siguientes: ...". (sin cursivas en el original)

[1093] Véase, por ejemplo, la referencia al término "directrices" en el párrafo 3 del artículo III del AGCS (utilizado en la frase "nuevas leyes, reglamentos o *directrices administrativas* que afecten significativamente al comercio de servicios abarcado por sus compromisos específicos ... o ... la introducción de modificaciones en los ya existentes"). (sin cursivas en el original)

[1094] Véase, por ejemplo, la referencia a "orientaciones" (*guidelines* en la versión inglesa) en el Acuerdo sobre Valoración en Aduana, en el Anexo I (*Notas interpretativas*, *Nota general*, *Aplicación de principios de contabilidad generalmente aceptados)* donde se define lo que significa "principios de contabilidad generalmente aceptados" agregando que [e]stas normas pueden consistir en *orientaciones amplias de aplicación general* o en usos y procedimientos detallados). (sin cursivas en el original)

"acto[...] que establece[...] *reglas* o normas destinadas a ser aplicadas de manera general y prospectiva".[1095] Se ha constatado que el término "directrices", tal como se utiliza en el artículo 14 del Acuerdo SMC, hace referencia a un "marco" o a "parámetros" para el cálculo del "beneficio", en lugar de a un "método[...] detallado de cálculo" de tal manera que, los apartados a) a d) de esa disposición no deben interpretarse como "normas rígidas que pretenden contemplar todas las circunstancias de hecho concebibles".[1096] En lugar de ello, se interpretó que el término "directrices" otorga "un cierto grado de flexibilidad" en el análisis en el marco del apartado d) del artículo 14.[1097]

7.338. Lo que antecede parece indicar, a nuestro juicio, la necesidad de que el documento en cuestión tenga un cierto grado de contenido normativo. Parece indicar también que, desde el punto de vista del grado de contenido normativo necesario, se puede hacer una distinción entre "directrices" -que establecerían marcos o parámetros amplios para la adopción de una determinada medida con un grado de flexibilidad- y "reglas" -que definirían con mayor claridad una norma o medida que ha de aplicarse-. La inclusión de ambos términos en la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 indica que cualquiera de los dos tipos de prescripción puede formar la base de una "norma" en el sentido del Acuerdo OTC. El hecho de que las Directrices del CMCT, o partes pertinentes de las mismas, constituirían "directrices" en lugar de "reglas" estrictas y entrañarían, por ello, un cierto grado de flexibilidad no sería, por lo tanto, en sí mismo, un obstáculo a que se considere que quedan incluidas en el alcance de esta definición, por lo menos con respecto a este elemento particular de la definición del párrafo 2 del Anexo 1. El hecho de que el instrumento en cuestión cumpla este elemento de la definición no es, sin embargo, concluyente, porque no basta que el "documento" sea sencillamente uno que prevea "directrices". Como veremos más adelante, debe ser también uno que prevea directrices con una determinada finalidad, es decir, "para un uso común y repetido". Sea cual fuere el grado de flexibilidad que el sentido del término "directrices" pueda implicar aisladamente, queda limitado cuando se lee en el contexto de los demás términos de la definición del párrafo 2 del Anexo 1, en particular la frase "para un uso común y repetido".

7.339. Como se dijo más arriba, la definición del párrafo 2 del Anexo 1 identifica también el tipo de materia que ha de tratarse para que un documento constituya una "norma".[1098] Así pues, la definición abarca los documentos que prevén "características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos". Esta parte de la definición[1099] es idéntica a los aspectos pertinentes de la definición de un "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.[1100] En el contexto del párrafo 1 del Anexo 1, se ha interpretado que las

[1095] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 187. (sin cursivas en el original) En ese asunto, el Órgano de Apelación respondió afirmativamente a esa pregunta sobre la base de que la medida de que se trataba tenía "valor normativo", ya que proporcionaba orientación administrativa y creaba expectativas entre el público y los agentes privados. *Ibid.,* Según el Órgano de Apelación, una medida se considerará "en sí misma" cuando pueda verse como "una *regla* o norma de aplicación general y prospectiva" en contraposición con "en su aplicación", en cuyo caso se considerará "un caso concreto de aplicación de una *regla* o norma". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 179. (sin cursivas en el original)

[1096] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera Blanda IV*, párrafo 92. (no se reproducen las notas de pie de página)

[1097] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.332. La misma interpretación se recordó en el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 483.

[1098] Como se dijo anteriormente en el párrafo 7.337 *supra*, la conjunción disyuntiva "o" que figura en la primera frase del párrafo 2 del Anexo 1 parece indicar que un documento que contiene cualquiera de esos cuatro elementos ("reglas", "directrices", "características" o "procesos y métodos de producción" conexos) puede ser una "norma", siempre que cumpla también los demás elementos separados de esa definición (que sea "para un uso común y repetido", "no obligatori[o]", etc.). Esto quiere decir que un documento que "prevé directrices" pero no lo hace, por ejemplo, "para un uso común y repetido" no puede ser una norma.

[1099] Es casi idéntica porque, mientras la definición del párrafo 1 del Anexo 1 hace referencia a las "características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados", la definición de párrafo 2 del Anexo 1 se refiere a las "características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos".

[1100] El párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC define el "reglamento técnico" como un "[d]ocumento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas".

"características" de un producto incluyen "... cualesquiera 'calidades', 'atributos', 'peculiaridades' u otras 'marcas distintivas' de un producto que sean objetivamente definibles"[1101], entre otros, por ejemplo, "la composición, tamaño, forma, color, textura, dureza, resistencia a la tensión, inflamabilidad, conductividad, densidad o viscosidad" de un producto.[1102] Como se examinó más arriba, las "características de un producto" pueden "prescribirse o imponerse con respecto a los productos de forma afirmativa o negativa".[1103] No vemos ninguna razón para no interpretar que la expresión "características para los productos" [o los procesos y métodos de producción conexos] tiene el mismo sentido en la definición de una "norma" del párrafo 2 del Anexo 1.

7.340. La segunda frase de la definición contenida en el párrafo 2 del Anexo 1 aclara además que una norma "también puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas". Esta parte de la definición es idéntica a la segunda frase de la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1.[1104] En ese contexto, como se vio anteriormente, esos términos han sido interpretados con referencia al término "características", tal como se utiliza en la primera frase de la definición.[1105] Como en lo que antecede con respecto a término "características", no vemos ninguna razón para no aplicar la misma interpretación en relación con esos términos, tal como se utilizan en la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1.[1106] Como en el caso del párrafo 1 del Anexo 1, la utilización de las palabras "también ... incluir" y "tratar exclusivamente de ellas" al principio de la frase indica asimismo que incluye elementos que son adicionales y pueden ser distintos a los abarcados en la primera frase.[1107]

La cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT contienen "reglas, directrices o características" para los productos

7.341. Como hemos determinado anteriormente en relación con las medidas TPP, consideramos que las prescripciones relativas al empaquetado del tabaco y las prescripciones relativas al etiquetado están relacionadas con las características de un producto en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 y pueden constituir también prescripciones en materia de embalaje, marcado o etiquetado. Por consiguiente, en la medida en que los aspectos pertinentes de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT contendrían prescripciones en relación con el empaquetado y etiquetado del tabaco, podría considerarse que prescriben análogamente "características para los productos" en el sentido de la primera frase de la definición del párrafo 2 del Anexo 1 y están relacionadas con las "prescripciones en materia de terminología, embalaje, marcado o etiquetado" tal como se aplican a esos productos en el sentido de la segunda frase de la definición que figura en el párrafo 2 del Anexo 1.

7.342. No obstante, señalamos también que distintas partes de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que, según indica Australia, contienen la "norma internacional pertinente" aplicable al empaquetado genérico del tabaco describen de manera algo diferente las características para los productos pertinentes o las prescripciones en materia de marcado, embalaje o etiquetado que "se recomiendan" en cada conjunto de Directrices.

7.343. Señalamos en primer lugar que el alcance de las medidas de "empaquetado genérico del tabaco" parece más restringido, según se describe en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, que el de las descripciones que figuran en las Directrices relativas al

[1101] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67.
[1102] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67.
[1103] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 69. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.11.
[1104] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 187.
[1105] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67 ("En la definición de 'reglamento técnico' que figura en el punto 1 del Anexo 1, el propio *Acuerdo OTC* da ciertos ejemplos de 'características de un producto': 'prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado'. Estos ejemplos indican que las 'características de un producto' incluyen, no solo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también 'características' conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto").
[1106] Recordamos también nuestra observación en los párrafos 7.136-7.159 *supra* con respecto al significado de este término compuesto cuando evaluamos si las medidas TPP son reglamentos técnicos en el sentido de la definición contenida en el párrafo 1 del Anexo 1.
[1107] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.14, en relación con la misma frase del párrafo 1 del Anexo 1.

artículo 13 del CMCT: el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT solo se refiere a elementos para la reglamentación del "empaquetado" del tabaco, sin indicar expresamente si abarca también características relativas al etiquetado o la apariencia de productos de tabaco sueltos, como cigarrillos o cigarros (puros)[1108], mientras que las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT sí contienen esas referencias.[1109]

7.344. En segundo lugar, los elementos prohibitivos relativos al "empaquetado genérico" que figuran en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT parecen permitir un cierto grado de flexibilidad: de conformidad con esta parte de las Directrices, las Partes en el CMCT pueden aplicar prescripciones de "empaquetado genérico" que o bien "prohíben" la utilización de "logotipos", "colores", "imágenes de marca" u "otra información promocional" en el empaquetado o, en lugar de ello, aplicar prescripciones sobre el empaquetado que solo "restringen" esos elementos. Además, diríase que los elementos permisivos del empaquetado genérico tratados en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT abarcan únicamente dos características: el "nombre comercial" y el "nombre del producto" (esos dos elementos se permiten "en un color y tipo de letra corrientes"). No se hace referencia a otras características, por ejemplo, la información obligatoria (como advertencias sanitarias, timbres fiscales), nombres de variantes, diseño del paquete o materiales del paquete. Como observaron los reclamantes, no se da más orientación, por ejemplo, sobre el color, el tamaño y el tipo de letra que deberían utilizarse, ni sobre aspectos como el número de veces y el lugar en que pueden figurar en el empaquetado el "nombre comercial" y el "nombre del producto".[1110]

7.345. Las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT tratan del "empaquetado genérico" del tabaco con más detalle que el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT. Las medidas de empaquetado genérico del tabaco se tratan y describen expresamente en dos partes de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT: en el párrafo 16 y en el texto de la "Recomendación" que sigue al párrafo 17.[1111] Cuando se leen conjuntamente y a la luz de la información que se nos ha presentado, en particular por la OMS y la secretaría del CMCT, esos textos parecen indicar que el "empaquetado genérico" adoptado con el propósito de aplicar el artículo 13 del CMCT abarca tanto el "empaquetado" del tabaco como la apariencia de los propios "productos" de tabaco.[1112] Esto contrasta con el alcance del párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT que, como se señaló anteriormente, parece tratar únicamente las prescripciones sobre "empaquetado". Señalamos, no obstante, que incluso en este caso esas relativamente más detalladas prescripciones en materia de empaquetado genérico de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT se refieren sobre todo al "empaquetado" del tabaco, mientras que se proporciona relativamente menos orientación específica con respecto a los "rasgos distintivos" referentes a la apariencia (o etiquetado) de los propios "productos" de tabaco.[1113]

[1108] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46, expuesto en el párrafo 7.308 *supra.* Recordamos que las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT tienen la finalidad de ayudar a las partes en el CMCT en la aplicación del artículo 11 del Convenio, que trata de la información equívoca en el empaquetado y etiquetado del tabaco e incluye también determinadas prescripciones para la utilización de advertencias sanitarias en esos productos. Véase asimismo la nota 4 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, expuesta en el párrafo 7.310 *supra*, que hace referencia a las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT como aquellas "que abordan la cuestión del empaquetado sencillo en lo que atañe a las advertencias sanitarias y la información engañosa".

[1109] Véanse, por ejemplo, las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 16 ("No debería haber publicidad ni promoción [en los] cigarrillos ni otros productos de tabaco sueltos").

[1110] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46. Expuesto en el párrafo 7.308 *supra.*

[1111] Expuestos, respectivamente, en los párrafos 7.309-7.312 *supra.* Como indicamos en la nota 1031 *supra*, el texto de la "*Recomendación*" sigue al texto del párrafo 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT en lugar de estar contenido en él. Señalamos también que, aunque el texto del párrafo 17 (expuesto en el párrafo 7.311 *supra*) hace referencia al "envasado sencillo", no se ocupa *per se* de las medidas de empaquetado genérico. El "empaquetado sencillo" se menciona también en la nota 4 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, expuesta en el párrafo 7.310 *supra*, pero únicamente para orientar las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, "que aborden la cuestión del empaquetado sencillo en lo que atañe a las advertencias sanitarias y la información engañosa".

[1112] Como se indicó en el párrafo 7.310 *supra*, estos textos fundamentales sobre el "empaquetado genérico" de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT están contenidos en un epígrafe titulado "*Empaquetado y rasgos distintivos de productos*".

[1113] Como se expone en el párrafo 7.309 *supra*, el texto del párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT comienza con la frase "[e]l efecto publicitario o promocional del *empaquetado* se puede eliminar si se exige un envasado sencillo". (sin cursivas en el original) Esto va seguido a continuación por una

Las prescripciones sobre el empaquetado genérico del tabaco, tal como se tratan y se recomiendan en las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, también parecen abarcar medidas que prevén determinados elementos prohibitivos que, en comparación con los previstos en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, parecen ser más restrictivos en el sentido de que permiten un menor grado de flexibilidad con respecto a su aplicación. Por ejemplo, de conformidad con las disposiciones de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT que tratan expresamente el empaquetado genérico, debe prohibirse la utilización de "logotipos" ("... sin logotipos ..."). Esto indica que los "logotipos" no pueden simplemente "restringirse", como parece ser posible de conformidad con el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT.[1114]

7.346. Las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT parecen incluir y describir también varios otros rasgos distintivos además de los previstos en las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y, en ocasiones de manera diferente de estos. Por ejemplo, según las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, las medidas de empaquetado genérico deberían prohibir[1115] la "publicidad [y] promoción" "dentro" del paquete de tabaco o "adjunta a este" o "a" cigarrillos u otros productos de tabaco sueltos. Las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, en cambio, hacen referencia, de manera más genérica, a la prohibición o restricción en el empaquetado de la "utilización de ... información promocional".[1116] Con arreglo a las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, se autoriza expresamente que las medidas de empaquetado genérico, además de los "nombres de marcas y de productos", permitan que figure determinada otra información en el empaquetado como "el nombre del fabricante", "datos de contacto" y la "cantidad de producto". Esas Directrices permiten también expresamente que se incluya "información o marcado obligatorio", como "advertencias sanitarias" y "timbres fiscales". El párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, en cambio, solo hace referencia al "nombre comercial y el nombre del producto" como rasgos distintivos admitidos expresamente en el empaquetado.[1117] Además, las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT proporcionan alguna orientación específica sobre la manera en que la apariencia del empaquetado debe normalizarse. Por ejemplo, debe exigirse que el empaquetado del tabaco sea en "blanco y negro u otros dos colores contrastantes, según indique la autoridad nacional" y también en "una forma, un tamaño y materiales normalizados". En el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, en cambio, no se proporciona orientación con respecto a la apariencia de los propios paquetes por lo que respecta, por ejemplo, a su tamaño, forma o materiales; en lugar de ello, las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT ofrecen orientación general con respecto a la apariencia del "nombre comercial" y el "nombre del

descripción de ciertas prescripciones en materia de empaquetado (por ejemplo, "blanco y negro u otros dos colores contrastantes, según indique la autoridad nacional", "una forma, un tamaño y materiales normalizados", etc.). Esto contrasta con la manera en que las prescripciones sobre los "rasgos distintivos de productos" se tratan en la última frase del párrafo 16 que simplemente dicen, en las partes pertinentes que "[n]o debería haber publicidad ni promoción [sobre los] cigarrillos ni otros productos de tabaco sueltos". El texto de la "*Recomendación*" que sigue al párrafo 17 contiene una orientación análoga de que los productos de tabaco "no deberían llevar publicidad ni promoción", aunque explica además que esos aspectos prohibidos incluyen "rasgos de diseño que den atractivo a los productos". Señalamos que los párrafos 15 y 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, expuestos, respectivamente, en los párrafos 7.314 y 7.311 *supra*, sí contienen referencias relativamente más detalladas a restricciones de los rasgos distintivos de los productos de tabaco a los efectos de reglamentar la publicidad y la promoción del tabaco. No obstante, como observamos más arriba, esos párrafos, aunque relacionados entre sí, no contienen prescripciones de empaquetado genérico *per se.*

[1114] Compárense las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46, con las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 16, y la "*Recomendación*" que sigue al párrafo 17. El párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 hace también referencia a la restricción o prohibición de la utilización, entre otras cosas, en el empaquetado de "imágenes de marca", término que no se utiliza en las partes de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT que se ocupan expresamente del empaquetado genérico (aunque en el párrafo 31 y el texto de la "*Recomendación*" que lo sigue, que trata de "representaciones del tabaco en los medios de entretenimiento", se recomienda a las Partes en el CMCT, entre otras cosas, prohibir la utilización de marcas o *imaginería* de marcas de tabaco identificables"). (sin cursivas en el original)

[1115] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 16, última frase ("... no debería haber ...").

[1116] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46.

[1117] Señalamos, no obstante, que en la segunda frase del párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT se explica que la reglamentación de la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca e información promocional en el empaquetado del tabaco "permite", entre otras cosas, "aumentar la vistosidad y eficacia de las advertencias sanitarias y mensajes".

producto" tal como figuran en el empaquetado, declarando que solo deberían ser "en un color y tipo de letra corrientes".[1118]

7.347. En definitiva, por lo tanto, las partes específicas de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y las de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT describen, unas y otras, determinados rasgos distintivos recomendados del "empaquetado genérico" para los productos de tabaco pero lo hacen en términos distintos y con niveles de detalle distintos.

La cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT prevén reglas, directrices o características "para un uso común y repetido"

7.348. Examinamos ahora, sobre la base de la secuencia de elementos de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC arriba descrita[1119], si las "reglas, directrices o características" pertinentes que prevén el empaquetado genérico de los productos de tabaco en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son "para un uso común y repetido" en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1.

El concepto de "uso común y repetido" del párrafo 2 del Anexo 1

7.349. Las partes no están de acuerdo sobre el significado de la frase "para un uso común y repetido" en la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 y a los efectos de la aplicación de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.350. Los reclamantes aducen que un "documento" sería adecuado "para un uso común y repetido" únicamente cuando las prescripciones para los productos que prevé "son *suficientemente precisas* para lograr la armonización permitiendo que distintos países las apliquen de manera uniforme".[1120] Si no se exigiera que los "documentos" contuvieran ese "grado suficiente de precisión", ello tendría como resultado que "cada Miembro [pudiera] adoptar reglamentos técnicos muy distintos"[1121], lo cual haría esos documentos poco adecuados para desempeñar las funciones de todas las normas -en particular, las normas internacionales-, es decir, promover la armonización, aumentar la eficiencia, crear previsibilidad y facilitar el comercio.[1122] Para los reclamantes, esas funciones se reflejan, entre otros lugares, en el tercer, el cuarto y el octavo considerandos del preámbulo del Acuerdo OTC[1123], así como en determinados instrumentos del

[1118] Compárense las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46, con las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 16. Los dos conjuntos de Directrices parecen diferir ligeramente a este respecto. El párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT hace referencia al nombre comercial y el nombre del producto en un "*color* y tipo de letra corrientes", mientras que el párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT se refiere a la normalización de esos elementos (junto con otros, como la información obligatoria) aludiendo a "un tipo y un *tamaño* de letra especificados". *Ibid.,* (sin cursivas en el original)

[1119] Véase el párrafo 7.281 *supra.*

[1120] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 480-481. (sin cursivas en el original)

[1121] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 306. Véase también, por ejemplo, la respuesta de Indonesia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 21.

[1122] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 480-481; respuesta de Honduras a la pregunta 129 del Grupo Especial, página 42 y a la pregunta 163 del Grupo Especial, páginas 16 y 18; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 896; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 306; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 868; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 150; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 34; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 182; respuesta de Cuba a la pregunta 163 del Grupo Especial, página 9; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 227-228; respuesta de Indonesia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafos 18-20; y observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafos 37-38.

[1123] Respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33, nota 145 (donde también se hace referencia a la declaración del Órgano de Apelación en *CE - Sardinas*, párrafo 214, de que "el Acuerdo OTC reconoce la importante función que cumplen las normas internacionales en la promoción de la armonización y facilitación del comercio"); respuesta de Honduras a la pregunta 163 del Grupo Especial, página 18, nota 97; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 895, nota 912; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 297 y 305, y a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 149; respuesta de Cuba a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 16 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde expresa su acuerdo con la respuesta de Honduras a esta pregunta) y a la pregunta 163 del Grupo Especial, página 9, nota 34; y respuesta de Indonesia a la

Comité OTC[1124], declaraciones de los Miembros ante ese órgano[1125] y "determinadas instituciones internacionales con actividades de normalización reconocidas de conformidad con el Acuerdo de la OMC [que] mencionan expresamente la facilitación del comercio en su mandato".[1126]

7.351. Los reclamantes consideran también que exigir que las normas sean "precisas" es importante para evaluar si un documento es una *norma internacional* en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, a fin de evitar otorgar una presunción refutable de compatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 a reglamentos técnicos que internalicen "documentos" que puedan

pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 10 (donde se citan los textos del tercer y el cuarto considerandos del preámbulo del Acuerdo OTC).

[1124] Más concretamente, la declaración s que figura en el principio 4 ("Eficacia y pertinencia") de la "Decisión del Comité relativa a los Principios para la Elaboración de Normas, Guías y Recomendaciones Internacionales con arreglo a los artículos 2 y 5 y al Anexo 3 del Acuerdo OTC", G/TBT/9, 13 de noviembre de 2000, párrafo 20 y anexo 4 (Decisión del Comité OTC relativa a los seis principios), anexo 4, párrafo 10, de que "[a] fin de que respondan al interés de los Miembros de la OMC *por facilitar el comercio internacional e impedir obstáculos innecesarios al comercio*, las normas internacionales deben ser pertinentes y responder de modo eficaz a las necesidades de reglamentación y del mercado, así como al progreso científico y tecnológico de distintos países. *No deberían crear distorsiones en el comercio mundial*, *tener efectos negativos en la competencia leal* ni frenar las innovaciones y la evolución tecnológica". Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 858. (las cursivas son de la República Dominicana) Se hizo también referencia a una declaración hecha por el Comité en el párrafo 20 del mencionado documento cuando adoptó la decisión de que "era importante que todos los Miembros tuvieran la oportunidad de participar en la elaboración y adopción de normas internacionales a fin de que estas normas *contribuyeran en la mayor medida posible al logro de los objetivos de facilitación del comercio previstos en el* [Acuerdo OTC]. Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 857. (las cursivas son de la República Dominicana)

[1125] Honduras hace referencia a la declaración de Australia de que "[e]s importante que el Comité OTC y las instituciones internacionales de normalización cooperen en la medida de lo posible para garantizar que las normas internacionales contribuyen a *mejorar la eficiencia de la producción y facilitar el comercio internacional*. Respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, párrafo 33 (las cursivas son de Honduras) (donde se cita la comunicación de Australia al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, G/TBT/W/139, 28 de julio de 2000, párrafo 8). Honduras declara además que "esta posición [de Australia] estaba también respaldada por otros Miembros de la OMC como los Estados Unidos y refleja el entendimiento común entre los Miembros de la OMC de que las normas internacionales deben estar encaminadas a facilitar el comercio". Respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33 (donde se hace referencia a la comunicación de los Estados Unidos al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, G/TBT/W/305, 12 de marzo de 2009). Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 859; y la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 297.

[1126] Respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33, nota 142 (donde se hace referencia a la Organización Mundial de Sanidad Animal, "Procedimientos empleados por la OIE para la elaboración de normas y recomendaciones destinadas al comercio internacional, con un énfasis en el *Código Sanitario para los Animales Terrestres* y el *Código Sanitario para los Animales Acuáticos"* (Prueba documental HND-161), Introducción). Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 874, nota 885 (donde se observa que el Código Terrestre de la OIE tiene la finalidad de permitir que el *"comercio* de animales y de productos derivados *se realice* con un nivel óptimo de seguridad sanitaria *evitando al mismo tiempo restricciones comerciales injustificadas*" y se hace referencia a la OIE, Facilitar el comercio seguro: cómo utilizar el Código Terrestre para establecer medidas sanitarias para el comercio de animales terrestres y productos derivados (Prueba documental DOM-339). (las cursivas figuran en el original) La República Dominicana señala, más en general, que la ISO, el Codex, la OIE y la Comisión de Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CCIPF) tienen todas ellas un "mandato expreso de elaborar normas internacionales con [ ] la finalidad de promover el comercio internacional mediante la armonización". Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 871. (las cursivas figuran en el original) La República Dominicana proporciona los pasajes de los estatutos y otros documentos similares de esas instituciones donde, a su juicio, esta finalidad, u otras finalidades conexas, se indican expresamente. Véase la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 872 (donde se declara que el mandato de la ISO incluye "promover el desarrollo de la *normalización* ... en el mundo ... con miras a *facilitar el intercambio internacional de bienes y servicios)* (las cursivas figuran en el original)), párrafo 873 (donde se señala que el Codex tiene el mandato de preparar "una colección de normas alimentarias internacionalmente adoptadas, presentada *de modo uniforme*", que está destinada "a favorecer la normalización de los productos alimenticios en las diferentes partes del mundo, a *facilitar la armonización* de las normas alimentarias y, con ello, a *fomentar el comercio internacional de alimentos*" (las cursivas figuran en el original)), párrafo 874 (donde se señala que se exige a la OIE que elabore normas a fin de "*facilita[r] el comercio internacional seguro* de los animales y los productos derivados" (las cursivas figuran en el original)), y párrafo 875 (donde se señala que los objetivos declarados de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) incluyen "proporcionar un marco para la formulación y aplicación de *medidas fitosanitarias armonizadas* y *la elaboración de normas internacionales con ese fin"*, tratando al mismo tiempo de "*minimizar la interferencia en el comercio internacional"* (las cursivas figuran en el original)).

aplicarse de distintas maneras, incluidos algunos que puedan constituir un obstáculo innecesario al comercio.[1127]

7.352. Honduras y Cuba aducen que las normas deben ser asimismo *prescriptivas.*[1128] A juicio de Honduras, esto significa que las normas deben ser también documentos cuyas especificaciones de productos los Miembros estén "obligados" a incluir en sus medidas en contraposición a que simplemente "se les sugiera" hacerlo.[1129] Honduras dice que hay "importantes razones sistémicas" por las que las "normas internacionales pertinentes", en particular, deben ser prescriptivas. Por ejemplo, según Honduras, una "constatación de un grupo especial de la OMC de que un instrumento exhortatorio constituye una norma internacional pertinente en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 impondría efectivamente una obligación en el marco de la OMC de aplicar ese instrumento, incluso si los países aprobaran tal instrumento en el entendimiento de que no se estaban creando obligaciones jurídicas".[1130] Esto, agrega Honduras, sería el "resultado combinado" de, por una parte, la constatación de que un instrumento es una norma internacional pertinente en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, con, por la otra parte, la obligación vigente que los Miembros tienen también de conformidad con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC de utilizar ese instrumento como base de sus reglamentos técnicos.[1131]

7.353. La República Dominicana agrega que la frase "para un uso común y repetido" deriva de la definición de "normalización" que, a su vez, se define en la Guía 2: de la ISO/CEI, de 1991, como "[l]a actividad de establecer, con respecto a problemas reales o potenciales, disposiciones para *un uso común y repetido, con el fin de conseguir un grado óptimo de orden en un contexto dado"*.[1132] Para la República Dominicana, esto significa que una norma debe establecer "términos normalizados de comercio internacional" que puedan lograr "el grado óptimo de orden" mediante la armonización.[1133] La República Dominicana concluye que, por consiguiente, para permitir un "uso común y repetido", un instrumento debe cumplir un umbral mínimo de precisión acerca de los términos normalizados de la reglamentación nacional. Las directrices definidas en términos

[1127] Respuesta de Honduras a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 18 (donde se aduce que "[a] falta de un contenido detallado y específico para la norma, la supuesta norma no sería apta para un uso 'común y repetido' y podría, de hecho, aplicarse de formas que seguirían constituyendo un obstáculo innecesario al comercio. La presunción establecida por el párrafo 5 del artículo 2 requiere, pues, una norma suficientemente detallada"). Véanse también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 316 -318; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 20.

[1128] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 482-485 y 493. Véase también la declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 49.

[1129] Segunda comunicación escrita de Honduras. Párrafo 482.

[1130] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 483.

[1131] Honduras explica con más detalle las repercusiones de este "resultado combinado" del modo siguiente:

> Los países que participaron en la elaboración de cualquier instrumento en el que se establecieron prescripciones en relación con los productos pueden haber expresado su aprobación precisamente debido al uso de un lenguaje exhortatorio que, a su juicio, significaba que no se creaba ninguna obligación jurídica en relación con la adopción de esas prescripciones sobre los productos en su legislación nacional. No obstante, si un grupo especial de la OMC constata posteriormente que ese instrumento exhortatorio constituye realmente una "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2, los países que aprobaron esa norma tendrían ahora una obligación en el marco de la OMC de basar su legislación nacional en ese instrumento internacional exhortatorio. Esto se debe a que el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC exige que los Miembros de la OMC basen sus reglamentos técnicos en normas internacionales siempre que estas existan. Aunque esos países pueden haber entendido inicialmente que el lenguaje exhortatorio significaba que no se creaba ninguna obligación, la consideración por el grupo especial de ese instrumento como una "norma internacional pertinente" crearía, de hecho, una obligación en el marco de la OMC para esos países de adoptar esas directrices internacionales.

Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 484. (no se reproduce la nota de pie de página)

[1132] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 148 (donde se alude, a su vez, a la referencia de Australia a esta definición en su respuesta a la pregunta 128 del Grupo Especial, párrafo 183). (las cursivas son de la República Dominicana)

[1133] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 149. Véase también la segunda comunicación escrita de la Republica Dominicana, párrafos 894-895.

amplios o las declaraciones generales de política que permiten variaciones considerables del contenido de las medidas nacionales de aplicación no cumplen esta prescripción.[1134]

7.354. Australia considera que, debidamente interpretada, la frase "para un uso común y repetido" "no establece ningún umbral mínimo de especificidad o carácter prescriptivo"[1135] y que la interpretación de los reclamantes no tiene ninguna base en los textos del párrafo 2 del Anexo 1 o la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.[1136]

7.355. Con respecto a la *especificidad*, Australia aduce que, aunque la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 exige que el "documento" prevea prescripciones para "un uso común y repetido", establece también que ese "documento" puede ser uno "que prevea meras 'directrices' para los productos y los procesos y métodos de producción conexos".[1137] Según Australia, es intrínseco al sentido corriente del término "directrices", tal como se utiliza en esa definición, el concepto de que una norma puede permitir un "cierto grado de flexibilidad" por lo que respecta a cómo se prescriben la característica del producto pertinente o los procesos y métodos de producción conexos.[1138] Para Australia, el hecho de que "Estados soberanos puedan prescribir los detalles precisos de una norma no significa que las directrices sean de alguna manera poco adecuadas para 'un uso común y repetido'".[1139]

7.356. Australia rechaza asimismo la opinión de que, a fin de ser adecuada para "un uso común y repetido", una norma debe ser también *prescriptiva.* Para Australia, "contradice directamente" esa opinión otro elemento fundamental de la definición de "norma": que debería ser un documento que prevea prescripciones cuya observancia "no es obligatoria". Por lo tanto, y de manera compatible con el carácter no obligatorio de las normas, Australia considera que la existencia de "variaciones en la manera en que los Estados aplican las normas" es algo "poco notable" y, de hecho, las normas internacionales "permiten como práctica habitual" esas diferencias en la aplicación interna.[1140]

7.357. Australia tampoco está de acuerdo en que la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC contenga una prescripción de que un "documento" sea *facilitador del comercio* en lugar de *restrictivo del comercio.*[1141] Australia explica que las normas internacionales en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 pueden perseguir los objetivos legítimos especificados en el párrafo 2 del artículo 2 y que en el párrafo 2 del artículo 2 no hay nada que indique que esos objetivos solo puedan perseguirse de manera que facilite el comercio. Por el contrario, el Órgano de Apelación reconoció expresamente sobre la base de los considerandos quinto y sexto del Acuerdo OTC que sus disciplinas no impiden que un Miembro de la OMC persiga objetivos legítimos de manera que restrinja el comercio.[1142]

[1134] Respuesta de la República Dominicana, a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 151 (no se reproduce la nota de pie de página). Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 897 (donde se agrega que esto significa que al "establecer una norma, una institución internacional con actividades de normalización debe, pues, especificar los *rasgos destacados* de una reglamentación apropiada a fin de hacer que la norma sea adecuada 'para un uso común y repetido' como modelo que los países adopten sobre una base armonizada". (las cursivas figuran en el original)

[1135] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 323; y respuesta de Australia a la pregunta 67 del Grupo Especial, párrafo 165.

[1136] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 322-323; y respuesta de Australia a la pregunta 67 del Grupo Especial, párrafo 165.

[1137] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 323.

[1138] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 323 (donde se hace referencia a la definición de "*guideline*" (directriz) como "*a standardizing principle*" (un principio normalizador) y al Shorter Oxford English Dictionary, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, parte 2 (Prueba documental AUS-539), página 1174. Véanse también la respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 101; y las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes del Grupo Especial, a las preguntas 150, párrafo 32, y 163, párrafo 119.

[1139] Respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 101. Véanse también las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 119.

[1140] Respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 103 (donde se proporcionan como ejemplos determinadas normas de la ISO).

[1141] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 328.

[1142] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 329 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 95 (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página). Véase también la declaración inicial de Australia en la

7.358. Australia concluye que, en definitiva, el texto de la definición del párrafo 2 del Anexo 1 indica que solo siendo flexibles y no estrictas ni prescriptivas pueden las normas asegurar que las medidas que las utilicen sean eficaces y, en último término, capaces de alcanzar los objetivos consagrados en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[1143]

7.359. Para apoyar sus respectivas opiniones y en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, las partes hacen también referencia a ciertas "normas internacionales" adoptadas por determinadas instituciones internacionales, sobre todo por la Organización Internacional de Normalización (ISO).[1144]

7.360. El Grupo Especial observa que la frase "para un uso común y repetido" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC nunca ha sido interpretada por el Órgano de Apelación. Por lo tanto, comenzamos por discernir el significado de esta expresión compuesta con referencia a las definiciones de sus términos fundamentales.[1145]

---

segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 142 (donde se expresa el acuerdo en que las normas internacionales "cumplen una importante función de armonización" y se rechaza también la afirmación de la República Dominicana de que "las normas internacionales que protegen la salud pública son 'opuestas' a los objetivos del Acuerdo OTC") (no se reproduce la nota de pie de página). Véanse además la declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 97; la respuesta de Australia a la pregunta 128 del Grupo Especial, párrafos 192-194; y las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 35.

[1143] Australia señala que el hecho de que las normas creen flexibilidad no es sorprendente y, de hecho, es deseable si han de ser eficaces. Por ejemplo, distintas culturas pueden reaccionar de manera diferente ante determinadas combinaciones de colores del empaquetado, del mismo modo que pueden reaccionar de manera diferente ante determinadas ASG. Por lo tanto, prescribir la apariencia de cualquiera de esos elementos podría, de hecho, reducir más que aumentar su eficacia. Observaciones de Australia sobre la respuesta de los reclamantes a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 120.

[1144] La República Dominicana considera además que un "nivel similar de precisión se manifiesta en las normas procedentes de la [Comisión del Codex Alimentarius]". Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 896 (donde se hace referencia a la Lista de normas del Codex (Prueba documental DOM-345)).

Honduras hace referencia a la norma internacional 3394 de la ISO, "Packaging - Complete, Filled Transport Packages and Unit Loads - Dimensions of Rigid Rectangular Packages" (Envases y embalajes - Embalajes de expedición completos y llenos y unidades de carga: Medidas de los embalajes rectangulares rígidos), ISO 3394: 2012 (E) (ISO 3394) (Prueba documental HND-121). Respuesta de Honduras a la pregunta 129 del Grupo Especial, páginas 43 y 44 (donde se señala que, como puede verse en la reproducción de la ilustración y el cuadro de dimensiones que constituye su contenido, esta norma "establece dimensiones precisas para los embalajes rectangulares rígidos de expedición"; y a continuación se concluye que esta norma de la ISO es, pues, una que es "adecuada para un uso común y repetido dado el nivel de precisión de sus prescripciones"). Véanse también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 503; la respuesta de Honduras a la pregunta 163 del Grupo Especial, página 17; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 896; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 151, nota 96; y la declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 48.

Australia alega que esta norma de la ISO no respalda la interpretación de los reclamantes. Australia aduce que la norma 3394 de la ISO, es, de hecho, un ejemplo de norma que permite flexibilidad en su aplicación dado que "proporciona opciones en cuanto a cuál de los diversos tamaños de empaquetado se adopta y no especifica cada posible variable en que cabe pensar en relación con el empaquetado". Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 119. Australia hace también referencia a determinadas otras normas de la ISO que, según ella, confirman la opinión opuesta: que la definición del Acuerdo OTC, en general, y la expresión "para un uso común y repetido", específicamente, no exigen que los documentos sean precisos y prescriptivos. Australia se refiere a este respecto a las tres normas siguientes adoptadas por la ISO: 1) 6385 de la ISO (Prueba documental AUS-596); 2) 26000 de la ISO (Prueba documental AUS-597); y 3) 14001 de la ISO (Prueba documental AUS-598). Véanse la respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 103. Según Australia, estas y otras normas de la ISO confirman que, en consonancia con su carácter no obligatorio, las normas internacionales "permiten habitualmente diferencias cuando se aplican a nivel interno". Respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 103; y las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 119.

[1145] Observamos que, en los Acuerdos Comerciales Multilaterales de la OMC, esta expresión compuesta solo aparece en el Acuerdo OTC. No hay una expresión o expresiones equivalentes en el Acuerdo MSF, en particular, de las que podamos extraer alguna orientación interpretativa contextual útil. Véanse, a este respecto, el informe del Grupo Especial, *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafo 7.274, nota 413; y el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Animales*, párrafo 7.231 (en ambos informes se observa que en el Anexo A del Acuerdo MSF "no se establecen definiciones específicas ... de 'normas'" ... y que "[n]ingún grupo especial se ha ocupado todavía de determinar el sentido de [ese] término[...] en el contexto del Acuerdo MSF"). Señalamos, por otra parte, que la expresión compuesta "para un uso común y repetido" está presente en uno de los

7.361. Señalamos en primer lugar que los adjetivos "*common*" (común) y "*repeated*" (repetido) conjuntamente ("*common* and *repeated*") (común *y* repetido) califican el sustantivo "use" (uso). El adjetivo "*common*" (común) puede definirse, entre otras maneras, como: "*[b]elonging equally to more tan one*" (perteneciente por igual a más de uno); "*possessed or shared alike by both or all (the persons or things in question)*" (poseído o compartido igualmente por ambas o todas (las personas o cosas en cuestión); "*of general application, general*" (de aplicación general, general).[1146] El adjetivo "*repeated*" (repetido) puede definirse, entre otras maneras, como "*[d]one again or many times, renewed; frequent*" (hecho de nuevo o muchas veces; renovado; frecuente).[1147]

7.362. Aunque los significados separados de las palabras "*for*" (para) y "*use*" (uso)[1148] son pertinentes, consideramos que el significado más pertinente para una interpretación de esos términos en la frase "*for common and reapeted use*" (para un uso común y repetido) es el de la expresión compuesta "*for ... use*" (para ... uso) empleada con una "palabra modificadora". En ese sentido, "*for ... use*" (para ... uso) se define como algo "*[i]ntended or designed for a specific purpose*" (destinado o diseñado para una finalidad específica). Algunos ejemplos de "*for ... use*", cuando se emplea con una "palabra modificadora" (indicada en cursivas), son: "for *winter* use" (para uso *en invierno*); "for *needful* use" (para un uso *necesario*); y "for *recreational* use" (para un uso *recreativo*).[1149] En la frase "*for common and repeated* use" (para un uso común y repetido), "*common and repeated*" (común y repetido) son las "palabras modificadoras" que se colocan después de "*use*" (uso) y "*for*" (para), lo cual indica el hecho de que algo (en el contexto del párrafo 5 del artículo 2, un documento y su contenido) está destinado o diseñado "*for*" (para) un uso específico, es decir, "*common and repeated use*" (uso común y repetido).

7.363. Tomadas conjuntamente, estas definiciones indican, por lo tanto, que puede decirse que algo es "for common and repeated use" (para un uso común y repetido), cuando está destinado o diseñado para la finalidad específica de ser compartido igualmente con frecuencia por todas las personas o cosas en cuestión. Esto nos proporciona un "útil punto de partida"[1150] para discernir el significado de la expresión "para un uso común y repetido" tal como se utiliza en el párrafo 2 del Anexo 1 y otro contexto pertinente.[1151]

7.364. Tal como se utilizan en la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1, son las "reglas, directrices o características" o las prescripciones en materia de embalaje, marcado o etiquetado

---

Acuerdos Comerciales *Plurilaterales* de la OMC: tanto el ACP (párrafo 2 b) del artículo VI, nota 4) como el ACP modificado (apartado s) del artículo I), contienen definiciones de "norma" que, con la excepción de las referencias adicionales a "servicio o servicios", son prácticamente idénticas a las que figuran en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. No obstante, hasta el momento, estas definiciones no han sido examinadas en ninguna diferencia relativa al ACP.

[1146] Oxford English Dictionary online, definición de "*common*, *adj.*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/37216?rskey=Us5wII&result=3&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017. La República Dominicana cita también parcialmente esta definición que respalda la opinión de que la palabra "común" indica "que una norma debe poder garantizar que las medidas de aplicación internas tengan las mismas características o características compartidas: es decir, mediante su 'semejanza', las normas deben poder facilitar términos comunes del comercio". Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 147 del Grupo Especial, párrafo 34 y nota 54. (no se reproduce la nota de pie de página)

[1147] Oxford English Dictionary online, definición de "*repeated*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/162715?redirectedFrom=repeated#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[1148] Véase el Oxford English Dictionary online, definición de "*for*, *prep.* and *conj.*", disponible en<http://www.oed.com/view/Entry/72761?rskey=Jj0ehq&result=2&isAdvanced=false#eid> definición de "use, *n".* (uso), <http://www.oed.com/view/Entry/220635?rskey=AX59R2&result=1&isAdvanced=false#eid> ambas consultas realizadas el 2 de mayo de 2017.

[1149] Oxford English Dictionary online, definición de "*use*, n", "P11. *For use*", <http://www.oed.com/view/Entry/220635?redirectedFrom=for+use#eid29699296> consulta realizada el 2 de mayo de 2017. (sin cursivas en el original)

[1150] Como explicó el Órgano de Apelación, mientras "las definiciones que dan los diccionarios constituyen un útil punto de partida para discernir el sentido corriente de un término de un tratado", ... no son necesariamente concluyentes" porque "[n]o es posible interpretar un término prescindiendo del contexto en que figura y sin tener en cuenta el objeto y fin del tratado". Informe del Órgano de Apelación, *India - Derechos de importación adicionales*, párrafo 167, nota 324 (donde se hace referencia también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Trozos de pollo*, párrafo 175; y *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 59).

[1151] Párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

contenidas en el "documento" de que se trate las que deben estar destinadas o diseñadas para "un uso común y repetido".

7.365. La frase "para un uso común y repetido" es compatible con la dimensión normativa que implican los términos "reglas, directrices o características" examinados en la sección anterior.[1152] Parece indicar que el contenido del documento de que se trate debe expresarse de manera que prevea "reglas" o "directrices" o "características" -incluidas "prescripciones" en materia de etiquetado o embalaje- que estén destinadas o diseñadas para la finalidad específica de ser compartidas igualmente con frecuencia por todas las personas o cosas en cuestión, es decir, que sean "para un uso común y repetido". Al mismo tiempo, el hecho de que la observancia *no* debe ser obligatoria deja claro que la condición de que las reglas, las directrices o las características deban ser "para un uso común y repetido" no está relacionada con su carácter jurídicamente vinculante. En lugar de ello, este elemento de la definición trata, a nuestro juicio, la manera en que esas reglas, directrices o características (incluidas las prescripciones en materia de etiquetado o embalaje) se formulan y la finalidad a que están destinadas.[1153]

7.366. A este respecto, estamos de acuerdo con los reclamantes en que puede esperarse un cierto grado de precisión y "carácter prescriptivo" para que se considere que el documento es para "un uso común y repetido". Esta interpretación es también compatible con el objeto y fin del Acuerdo OTC de promover la armonización de los reglamentos técnicos, como se describió anteriormente[1154], que da por supuesta la intención de seguir determinadas normas o prácticas comúnmente compartidas. Consideramos, no obstante, que a los efectos de la aplicación de este elemento de la definición del párrafo 2 del Anexo 1, el grado *preciso* de especificidad de esas prescripciones es un asunto que ha de evaluarse caso por caso, según el contexto particular y la naturaleza de la cuestión tratada.

7.367. Señalamos a este respecto que en el párrafo "I" del Anexo 3 del Acuerdo OTC (que contiene el "Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas") se declara que "*[e]n todos los casos en que sea procedente*, las normas basadas en prescripciones para los productos serán definidas por la institución con actividades de normalización en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más que en función de su diseño o de sus características prescriptivas".[1155] Esto parece indicar que el nivel de especificidad de las prescripciones contenidas en las normas y la manera en que las prescripciones pertinentes se definen pueden variar según las circunstancias.[1156]

7.368. Observamos también que la *Nota explicativa* del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC hace referencia a "[l]as normas elaboradas por la comunidad_internacional de normalización". El término "normalización" está presente en diversas disposiciones del Acuerdo OTC pero no se

[1152] Véase el párrafo 7.338 *supra.*

[1153] A este respecto, señalamos que el Órgano de Apelación consideró que las expresiones "documento" y "se establecen las características de un producto" y la expresión "cuya observancia es obligatoria" (utilizada solo para "reglamento técnico"), tomadas conjuntamente, significan que "el alcance de [la definición de reglamento técnico] del párrafo 1 del Anexo 1 parece estar limitado a los documentos que establecen o prescriben algo y por lo tanto tienen *cierto contenido normativo*". Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.10. (sin cursivas en el original) No creemos, sin embargo, que esta declaración contradiga nuestra comprensión, en el párrafo 7.338 *supra*, del contenido normativo como parte de la definición de una norma. A este respecto, señalamos de nuevo aquí que los textos de las segundas frases de las definiciones de "reglamento técnico" y "norma" de los párrafos 1 y 2 del Anexo 1, respectivamente, son idénticos. Según el Órgano de Apelación, esto significa, entre otras cosas, que "[d]eterminadas características que presenta una medida pueden ser comunes a los reglamentos técnicos ... y a las normas", incluido, por ejemplo, que ambos podrían "contener condiciones que se deben cumplir para utilizar una etiqueta"; condiciones que, en ambos casos, "podrían ser 'imperativas' o 'vinculantes' y 'exigibles'". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 188. Señalamos también a este respecto que la Guía 2 de la ISO/CEI de 1991, subcláusula 3.1, define el "documento normativo" como un "[d]ocumento] que prevé reglas, directrices o características para las actividades o sus resultados". La nota 1 de esta definición declara que "documento normativo" es un término genérico que abarca documentos como *normas*, *especificaciones técnicas*, *códigos de prácticas y reglamentos*". (las cursivas figuran en el original)

[1154] Véase, por ejemplo, el párrafo 7.271 *supra.*

[1155] Sin cursivas en el original. Véase también, con respecto a los reglamentos técnicos, el párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

[1156] Señalamos también a este respecto las constataciones del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* sobre el nivel de "especificidad" requerido en los reglamentos técnicos para los fines de la aplicación del párrafo 8 del artículo 2. Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.468-7.497. Véanse, en particular, los párrafos 7.473-7.484.

define en el Acuerdo.[1157] La referencia a "normalización" en esta *Nota explicativa* indica que el significado de este término puede proporcionar un contexto adicional útil para la comprensión de la expresión "para un uso común y repetido". El término "normalización" se define en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo y el párrafo introductorio del Anexo 1, los términos presentados en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, cuando se utilizan en el Acuerdo OTC, tienen el mismo significado que el proporcionado en la mencionada Guía.[1158] El término "normalización" se define en la Guía de la ISO/CEI como:

> [L]a "actividad de establecer, con respecto a problemas reales o potenciales, disposiciones para un uso común y repetido, *con el fin de conseguir un grado óptimo de orden en un contexto dado".*[1159]

7.369. La definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, leída conjuntamente con la definición arriba expuesta de "normalización" en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, parece indicar, pues, que la normalización es la actividad que conduce al "establec[imiento] ... [de] disposiciones para un uso común y repetido" a que se hace referencia en el párrafo 2 del Anexo 1. En este contexto, se debe entender que las "disposiciones" pertinentes son aquellas relativas, por ejemplo, a las características de los productos o las prescripciones en materia de embalaje. Señalamos, a este respecto, que el Órgano de Apelación ha relacionado el término "disposiciones", tal como se utiliza en esta definición de la Guía de la ISO/CEI, con elementos de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1.[1160] La definición de "normalización" indica, por lo tanto, que los documentos que constituyen normas en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 son aquellos que prevén esas características de los productos (u otros rasgos distintivos pertinentes) "para un uso común y repetido" teniendo presente un objetivo particular, a saber, "conseguir un grado óptimo de orden en un contexto dado".[1161] Esta definición informa la definición de "norma" al dar a entender que el objetivo de la "normalización" y, por tanto, de las "disposiciones para un uso común y repetido" contenidas en una "norma" es "conseguir un grado óptimo de orden en un contexto dado".

7.370. Sobre la base de lo que antecede, concluimos que, a los efectos de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, un documento prevé características de los productos (u otros rasgos distintivos pertinentes como prescripciones en materia de embalaje) "para un uso común y repetido" cuando se han diseñado con la finalidad específica de ser compartidas igualmente con frecuencia entre todas las personas o cosas de que se trate, con el objetivo de conseguir un grado óptimo de orden en un contexto dado. La necesidad de que las

---

[1157] El término "normalización" aparece solo únicamente una vez en el Acuerdo (en el párrafo 1 del artículo 1). En otros casos, aparece como parte de las siguientes expresiones compuestas: "normalización internacional"; "actividad internacional de normalización"; y "actividades de normalización". Véanse, por ejemplo, el preámbulo, octavo considerando; el párrafo 2 del Anexo 1, *"Nota explicativa"*; y los párrafos C, G y J del Anexo 3. Estos términos aparecen también en otros Acuerdos de la OMC, por ejemplo, el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición, nota 2 al párrafo 4 del artículo 2, como parte de la definición de "norma internacional", citada en la nota 970 *supra.* Y el Acuerdo sobre la Agricultura, párrafo 2 e) del Anexo 2, donde se hace referencia a "efectos ... de normalización".

[1158] Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 66; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 184.

[1159] Subcláusula 1.1 de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 (sin cursivas en el original). Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 360; la respuesta de Australia a la pregunta 128 del Grupo Especial, párrafo 183; y la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 148. Esta definición de "normalización" ha permanecido invariable en versiones posteriores de esta Guía. Véase, por ejemplo, Guía 2 de la ISO/CEI, de 2004 (octava edición), subcláusula 1.1.

[1160] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 360 ("[c]on respecto a las 'disposiciones' que se establecen mediante la normalización, recordamos que la definición de norma que figura en el *Acuerdo OTC* se refiere a un '[d]ocumento ... que prevé ... reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos' y '[t]ambién puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción o tratar exclusivamente de ellas'").

[1161] Australia observa, a este respecto, que la frase "disposiciones para un uso común y repetido", utilizada también en la definición de "normalización" de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, subcláusula 1.1, "se refleja en el Acuerdo OTC como un 'documento ... que prevé ... reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos'". Respuesta de Australia a la pregunta 128 del Grupo Especial, párrafo 184. A continuación, Australia, basándose en los elementos de la definición de "norma" en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, subcláusula 3.2, alega que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT "están destinadas a un uso común y repetido por las Partes en el CMCT, de manera que pueda conseguirse un grado óptimo de orden en la aplicación del CMCT en todas las Partes". *Ibid.*, párrafo 185.

características en cuestión sean aptas "para un uso común y repetido" indica además que tienen que poseer un grado de claridad y precisión suficiente para permitir que se apliquen de manera coherente y previsible, ya que es poco probable que documentos que carezcan de esos atributos consigan el grado óptimo de orden requerido para tratar el "problema actual o potencial" que da lugar a ellos. Al mismo tiempo, como se aclaró anteriormente[1162], el grado exacto de especificidad necesario para que esas prescripciones sean "para un uso común y repetido" solo puede evaluarse caso por caso, según el tipo de "problema" abordado por el documento del que se alega que es una norma y el "contexto" en el que surge ese problema.

7.371. Teniendo presentes estas aclaraciones, examinamos ahora si, como alega Australia, cualesquiera características de los productos o prescripciones en materia de etiquetado, marcado y embalaje previstas por las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT con respecto al empaquetado genérico del tabaco son "para un uso común y repetido" en el sentido de la definición del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

La cuestión de si las características de los productos previstas en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT con respecto al empaquetado genérico del tabaco son "para un uso común y repetido"

Principales argumentos de las partes

7.372. Los reclamantes aducen que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT no son adecuadas "para un uso común y repetido" porque, como meras declaraciones generales de política exhortatorias[1163] elaboradas como orientación sobre la aplicación de un tratado (el CMCT)[1164], no prevén prescripciones de empaquetado genérico del tabaco que sean lo suficientemente *específicas* y *prescriptivas* que requiere el Acuerdo OTC[1165] y no pueden ser uniformemente trasladadas por los Miembros a los reglamentos técnicos en que abordan los productos de tabaco y su empaquetado.[1166] Los reclamantes consideran que las Directrices

[1162] Véase el párrafo 7.366 *supra.*

[1163] Véase, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 29 (donde se declara que esos instrumentos no son "suficientemente prescriptivos" ya que "incorporan directrices no vinculantes que solo contienen referencias exhortatorias al empaquetado genérico"). Véase también la respuesta de Indonesia a la pregunta 67 del Grupo Especial, párrafo 92 (donde se sostiene que esas dos Directrices del CMCT solo contienen "vagas referencias a un enfoque reglamentario general"). Esos países señalan, en particular, que esa naturaleza exhortatoria procede de los términos de las propias Directrices, dado que en ambos textos el empaquetado genérico del tabaco se describe simplemente como una medida que las Partes en el CMCT "deberían considerar la posibilidad de adoptar". Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 22 y 499; la declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 49; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 226.

[1164] Véanse, por ejemplo, las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 43 (donde se aduce que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT se "diseñaron como una recomendación de política para la aplicación de una obligación determinada de conformidad con el CMCT" y, por lo tanto, no estaban "destinadas a establecer una orientación específica para el uso común y repetido por los legisladores sobre *la manera* de normalizar los rasgos distintivos de los productos de tabaco, una vez que se eliminaran los rasgos distintivos de diseño"; y a continuación se concluye que, aunque la flexibilidad que otorgan esos instrumentos a cada Parte en el CMCT para aplicar de manera distinta el empaquetado genérico "está en armonía con la razón de ser de la orientación sobre la aplicación de un tratado, no lo está con la razón de ser de una *norma internacional* de promover la armonización ni facilitar las condiciones comunes del comercio" (las cursivas figuran en el original)). Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 901-902.

[1165] Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 498 (donde se acepta que estas Directrices "prevén ciertos parámetros generales" para el empaquetado genérico del tabaco pero, no obstante, se aduce también que "no logran el nivel de precisión necesario para que las partes las apliquen de manera uniforme"); y la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 319 (donde se declara que, aunque esas Directrices parecen indicar que los países "utilizan dos colores contrastantes en el empaquetado", "prescriben el tamaño y el tipo de letra del nombre de marca" y "normalizan la forma, el tamaño y los materiales", las "elecciones detalladas del contenido de las medidas de empaquetado genérico no se especifican" ya que esas elecciones se dejan a cargo de la "autoridad nacional", lo cual, por lo tanto, significa que esos instrumentos "carecen de la precisión necesaria para crear la presunción prevista en el párrafo 5 del artículo 2".

[1166] Véase, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33 (donde se sostiene que esos instrumentos del CMCT carecen del "contenido técnico" necesario). Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 150 del Grupo Especial, nota 44 (donde se considera que el párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC confirma la opinión de que "una medida que carece de

relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT pueden tener como resultado que los países apliquen las especificaciones en materia de empaquetado genérico de distintas formas[1167], de manera que no puedan desempeñar las funciones fundamentales de las normas, es decir[1168], promover la armonización, aumentar la eficiencia de la producción y facilitar el comercio internacional.[1169]

7.373. Los reclamantes identifican en los textos de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT ciertos elementos que ilustran la falta de precisión que los hace inadecuados "para un uso común y repetido".[1170] Señalan también que en ningún lugar de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT se recomienda que las medidas de empaquetado genérico prohíban completamente que figuren los nombres de marca o los nombres de variantes en los propios productos de tabaco, incluidas las barras de cigarrillos o de cigarros (puros) sueltas.[1171]

---

cualquier 'contenido técnico' -como la recomendación redactada en términos generales de considerar 'el empaquetado genérico' en las Directrices- no puede ser una 'norma internacional'").

[1167] Véase, por ejemplo, la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 308 (donde se aduce que el hecho de que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT sean únicamente declaraciones de política en lugar de normas "está respaldado por el hecho de que 100 Miembros podrían aplicar las declaraciones de política adoptando 100 prescripciones en materia de empaquetado *muy distintas* lo cual no aumentaría la eficiencia ni facilitaría el comercio"). (las cursivas figuran en el original) Véanse también, por ejemplo, la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 154; la respuesta de Honduras a la pregunta 129 del Grupo Especial, página 42; la respuesta de Cuba a la pregunta 163 del Grupo Especial, página 9; la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 227-228 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero); la respuesta de Indonesia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 21; y las observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 39.

[1168] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 493-507; la respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 894-902; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 154; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 182-187; la respuesta de Cuba a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33 (donde se expresa el acuerdo con la respuesta de Honduras a la misma pregunta); la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 226-228; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 136 del Grupo Especial, párrafo 10.

[1169] Los reclamantes observan, en particular, que la finalidad última de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT es eliminar el comercio de tabaco. Según alegan, esto proporciona una mayor confirmación de que esos instrumentos no están destinados, como deberían estarlo los documentos "para un uso común y repetido", a facilitar el comercio internacional sino, más bien, a restringirlo. Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 307; y la respuesta de Cuba a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde se expresa el acuerdo con la respuesta de Honduras a la misma pregunta).

[1170] En relación con los elementos del empaquetado genérico que figuran en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, los reclamantes alegan que las Directrices "no proporcionan detalles sobre la manera en que las Partes deberían aplicar el empaquetado genérico": ¿Deberían los reguladores "restringir" la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional o "prohibir" su uso? ¿Deberían los reguladores restringir o prohibir la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca e información promocional o solo una de las cuatro categorías de identificadores de marcas? ¿Deberían los reguladores "restringir o prohibir" realmente la utilización de esos logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional o solo "considerar" la posibilidad de hacerlo? Véase la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 498; véanse también, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 183-185; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 258. Los reclamantes consideran que los elementos del empaquetado genérico del tabaco que figuran en el texto del párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT también "carecen del nivel necesario de precisión para permitir a las partes que los utilicen común y repetidamente". Esto es así, aducen, porque los países que desean internalizarlos deben decidir primero detalles como: i) qué colores adoptar; ii) qué tipo y tamaño de letra requerir y iii) en qué forma, tamaño y materiales deben fabricarse los paquetes. Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 500-501 (donde se aduce además que fue por su "propia interpretación" de lo que significa el "empaquetado genérico" por lo que Australia "optó por exigir que los paquetes tengan un fondo de un color marrón oscuro apagado (color Pantone 448C), que el nombre de la marca figure en Lucida Sans no mayor de 14 puntos en tamaño y que los paquetes solo puedan estar hechos de cartón"). Véanse también, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 129 del Grupo Especial, páginas 42-44; y la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 182-186.

[1171] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 910; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 136 del Grupo Especial, párrafos 39-43; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 257-258; y respuesta de Indonesia a la pregunta 136 del Grupo Especial, párrafo 4 (donde se señala que, aunque en el párrafo 16 y en la "*Recomendación*" que sigue al párrafo 17 se declara que no debe haber

7.374. Los reclamantes consideran también que otras disposiciones identificadas como pertinentes por Australia, relativas a los "prospectos interiores o exteriores", las "etiquetas adhesivas" y la "importancia del empaquetado" -son "incluso menos detalladas" que las disposiciones de las Directrices que tratan expresamente el "empaquetado genérico"-. Aunque reconocen que los textos de esos otros párrafos de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT proporcionan "sugerencias generales útiles", los reclamantes las describen como meras "recomendaciones amplias sobre maneras de mejorar la visibilidad de las advertencias sanitarias". Por consiguiente, como esos párrafos "no estipulan características de productos precisas que pueden ser aplicadas de manera común y repetida por las autoridades de distintos países", no reúnen las condiciones para ser consideradas "normas" a los efectos del Acuerdo OTC.[1172]

7.375. Los reclamantes aducen además que, incluso si se consideran en combinación, los elementos del empaquetado genérico contenidos en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT siguen careciendo de precisión. A ese respecto, la República Dominicana aduce que, para las prescripciones de empaquetado, las Directrices no especifican términos normalizados con respecto al tipo de letra, el color de la letra y el tamaño de esta para el nombre de la marca y el nombre de la variante; el color del fondo del empaquetado; la ubicación del nombre de la marca y el de la variante en el empaquetado; el tamaño o forma del empaquetado; el tipo de mecanismo de apertura; y los materiales que han de utilizarse (es decir, paquete duro o blando). En relación con los cigarros (puros) sueltos, las Directrices carecen de especificidad por lo que se refiere al tipo de letra, el color de la letra y el tamaño de esta para el nombre de la marca, el nombre de la variante y el nombre del país; y el color del fondo de la vitola de los cigarros (puros). Por consiguiente, se dejan a los reguladores nacionales considerables facultades discrecionales para decidir esos rasgos distintivos fundamentales de una medida de empaquetado genérico.[1173]

7.376. Por último, los reclamantes comparan los "términos generales" de los textos de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT identificados por Australia como referentes al "empaquetado genérico" con los términos "detallados" de dos normas que consideran "documentos" que contienen prescripciones sobre productos "para un uso común y repetido"[1174]: una norma de la ISO que establece dimensiones precisas para los embalajes rígidos rectangulares de expedición[1175], y una norma de la Comisión del Codex Alimentarius (Codex) sobre la denominación de las sardinas y los productos análogos.[1176]

---

publicidad o promoción en los *cigarrillos u otros productos de tabaco (incluidas las barras de cigarros (puros)*) *sueltos*, no se recomienda la prohibición de que figure ninguna marca en absoluto, como el nombre de marca, en las barras de cigarrillos sueltas). Véase también la respuesta de Indonesia a la pregunta 136 del Grupo Especial, párrafo 4 (donde se señala que las medidas TPP, aunque "permiten que el nombre de la marca, la razón social o el nombre comercial y el nombre de la variante figuren en un cigarro (puro), no permiten que ninguna marca distinta de un código alfanumérico se reproduzca en las barras de cigarrillos sueltas").

[1172] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 502 (donde se halla también apoyo para esta opinión en el texto del párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, en el que se dice que "[e]l empaquetado es un elemento importante de la publicidad y la promoción" y que "[l]os paquetes de tabaco o rasgos distintivos de productos de tabaco se utilizan de diversas maneras para atraer a los consumidores[...]" y donde a continuación se declara que "[e]s difícil ver cómo este tipo de declaración de política puede considerarse una 'norma' a los efectos del Acuerdo OTC"). Véase también la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 186-187.

[1173] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 153 (donde se señala, en la nota 97, con respecto al "color del fondo del empaquetado", que las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT hacen referencia a "blanco y negro u otros dos colores contrastantes, según indique la autoridad nacional"). Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 899.

[1174] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 503; la respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33; la respuesta de Honduras a la pregunta 129 del Grupo Especial, página 42; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 896; y la declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 48-49.

[1175] ISO 3394 (Prueba documental HND-121), mencionada en la nota 1144 *supra.* Honduras hace también referencia a las otras tres normas de la ISO que Australia presentó como prueba de que las normas no necesitan ser específicas. Honduras señala que cada uno de esos documentos tiene "de 20 a más de 100 páginas" y a continuación alega que esto "contrasta marcadamente con el único párrafo oculto en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que hace referencia de manera general al 'empaquetado genérico' sin proporcionar ninguna otra orientación o definiciones para determinar los parámetros de esta no norma que no permite un "uso 'común' y repetido". Observaciones de Honduras sobre

7.377. Australia aduce que las prescripciones de empaquetado genérico del tabaco contenidas en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT están previstas "para un uso común y repetido". Aun suponiendo que para esta definición fueran pertinentes umbrales mínimos de especificidad o carácter prescriptivo[1177], Australia considera que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son, en cualquier caso, "suficientemente precisas" y, por consiguiente, adecuadas "para un uso común y repetido". Demuestra esto, en opinión de Australia, el hecho de que esas Directrices sean utilizadas ya como tales por otros Miembros como base de sus propias medidas de empaquetado genérico del tabaco.[1178] A ese respecto, Australia sostiene que, "en consonancia con los objetivos de aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y eliminar los efectos de la publicidad y la promoción en el empaquetado", los párrafos fundamentales de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT proporcionan "expresamente", "claramente" y "de manera inequívoca", orientación sobre las prescripciones permisivas y prohibitivas fundamentales en materia de empaquetado del tabaco y productos de tabaco que cualquier medida de empaquetado genérico debe contener, incluso con respecto a la restricción o prohibición de utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional en el empaquetado o en los productos de tabaco sueltos y con respecto a la autorización, entre otras cosas, del uso de nombres de marca, nombres de producto y/o de fabricante y cierta información obligatoria. Australia señala también, a ese respecto, que esas disposiciones fundamentales de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT "especifican detalladamente", entre otras cosas, los siguientes elementos: i) los *colores* ("blanco y negro u otros dos colores contrastantes"[1179]); ii) el *contenido de un paquete* ("nada más que un nombre de marca, un nombre de producto y/o un nombre de fabricante, datos de contacto y la cantidad de producto que contiene el envase, sin logotipos ni otros rasgos distintivos aparte de las advertencias sanitarias, timbres fiscales y otra información o marcado obligatorio"[1180]); iii) la *letra* ("un tipo y un tamaño de letra especificados"[1181]); y iv) el *formato* ("una forma, un tamaño y materiales normalizados"[1182]).[1183]

---

la respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 51. Véase también *ibid.*, párrafos 48-50.

[1176] Codex Stan 94, mencionada en la nota 1006 *supra.* Véase la respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial, página 33 (donde se recuerda que en *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación y el Grupo Especial sostuvieron que Codex Stan 94 constituía una "norma internacional pertinente" a los efectos del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y se señala también que esta norma del Codex "tiene una longitud de seis páginas [y] contiene, entre otras cosas, una descripción detallada del producto a que se aplica, incluida su composición esencial, sus factores de calidad y aditivos alimentarios admisibles y sus especificaciones concretas para el etiquetado").

[1177] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 323. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 102.

[1178] Respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafos 101-104. Véase también, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 573; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 324.

[1179] Párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT.

[1180] Párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT. Australia hace también referencia al párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT. Respuesta de Australia a la pregunta 135 del Grupo Especial, párrafo 26.

[1181] Párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT.

[1182] Párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT. Australia señala que los párrafos 15 y 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT hacen específicamente referencia a "materiales adjuntados a paquetes ... o insertados en el interior de los paquetes", así como a la "publicidad [o] promoción dentro del paquete [o] adjunta a este", e incluyen dentro de su alcance "empaquetado promocional y características de diseño de productos". Respuesta de Australia a la pregunta 135 del Grupo Especial, párrafo 29.

[1183] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 324-325; respuesta de Australia a la pregunta 135 del Grupo Especial, párrafos 21-32; respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 102; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafos 114-116. Australia hace también referencia a los elementos paralelos sobre el empaquetado genérico que figuran en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, "... medidas encaminadas a restringir o prohibir en el empaquetado la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional *que no sean el nombre comercial o el nombre del producto en un color y tipo de letra corrientes (empaquetado sencillo)* ...". Respuesta de Australia a la pregunta 135 del Grupo Especial, párrafo 26 (las cursivas figuran en el original). Australia señala también, haciendo referencia al texto de su párrafo 10, que las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT "exigen específicamente que las Partes [en el CMCT] se aseguren de que las advertencias sanitarias y otros mensajes apropiados no queden obstruidos por otras marcas exigidas en el empaquetado o etiquetado ni por prospectos comerciales interiores o exteriores". Australia recuerda también que el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT

7.378. Australia rechaza también el argumento de que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT no contienen prescripciones que prohíban la aparición de nombres de marcas en los cigarrillos o cigarros (puros) sueltos. Australia señala en primer lugar que las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT reconocen que "[l]os efectos promocionales, tanto directos como indirectos, pueden ser resultado de la utilización de palabras, dibujos, imágenes, sonidos y colores, incluidos nombres de marcas, nombres comerciales, logotipos, nombres de fabricantes o importadores del tabaco y colores o combinaciones de colores asociados con productos, fabricantes o importadores de tabaco, o de la utilización de una o más partes de palabras, dibujos, imágenes o colores".[1184] Australia alega también que, contrariamente a lo que afirman los reclamantes, las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT "hacen específicamente referencia a los rasgos distintivos del empaquetado y los productos, incluidos los cigarrillos y otros productos de tabaco sueltos".[1185]

7.379. Australia no está de acuerdo en que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT no pueden considerarse destinadas "para un uso común y repetido" porque están diseñadas para limitar el comercio internacional más que para facilitarlo. Australia aduce que "no hay conflicto entre los objetivos de liberalización del comercio de los Acuerdos de la OMC y los objetivos de salud pública del [CMCT]. El comercio y la salud pública pueden y deben apoyarse mutuamente".[1186]

7.380. Las partes hacen también referencia en este contexto a ciertas semejanzas o diferencias en la manera en que las prescripciones de empaquetado genérico del tabaco se han aplicado en las medidas TPP y en la legislación adoptada o los proyectos de legislación para el control del tabaco de otros Miembros.[1187] Las partes presentaron y examinaron pruebas relativas a medidas adoptadas o en proyecto de Irlanda[1188], el Reino Unido[1189], Francia[1190], Hungría[1191], Nueva Zelandia[1192] y Noruega.[1193]

---

recomienda a las Partes en el CMCT "considerar la posibilidad de adoptar" el empaquetado genérico porque es una medida que permite "aumentar la vistosidad y eficacia de las advertencias sanitarias y mensajes, impedir que el paquete distraiga la atención de estos últimos y prevenir el uso de técnicas industriales de diseño de envases que sugieran que algunos productos son menos nocivos que otros". Respuesta de Australia a la pregunta 135 del Grupo Especial, párrafo 29.

[1184] Respuesta de Australia a la pregunta 135 del Grupo Especial, párrafo 23 (donde se cita una parte del texto del párrafo 9 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT).

[1185] Respuesta de Australia a la pregunta 135, párrafo 24 (donde se citan, en particular, ciertas partes del párrafo 15 y la "*Recomendación"* que sigue al párrafo 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, en que se hacen referencias a los productos del tabaco, incluidos los "cigarrillos sueltos"). Australia dice que esto significa también, por lo tanto, que los reglamentos respectivos de las medidas TPP sobre la utilización y la presencia de nombres comerciales en los cigarrillos sueltos (prohibidas) y en las barras de cigarros (puros) (restringidas) están "en conformidad con" las partes pertinentes de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT que abordan las medidas de empaquetado genérico con respecto a la apariencia de los productos de tabaco. Respuesta de Australia a la pregunta 135 del Grupo Especial, párrafos 27-28 (donde se citan la "*Recomendación*" que sigue al párrafo 17 y el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, en que se hacen referencias a los productos de tabaco, incluidos los "cigarrillos sueltos").

[1186] Declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 97. Véanse también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 328-329 (donde se aduce que la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 no contiene ninguna referencia a esos atributos); la declaración inicial de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 142; la respuesta de Australia a la pregunta 128 del Grupo Especial, párrafos 192-194; y las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 150 del Grupo Especial, párrafo 35.

[1187] Aunque en otro contexto en estos procedimientos, Australia hizo también referencia a un informe de prensa publicado en 2015 que informó de que el Senado chileno había aprobado un proyecto de ley que introducía el empaquetado genérico del tabaco y de que el proyecto de ley estaba en espera de "ser aprobado en la cámara baja". Segunda comunicación escrita de Australia párrafo 245, nota 256 (donde se hace referencia a Packaging Business Review, "*Chile proposes plain packaging for cigarettes*" (Prueba documental AUS-554)).

[1188] Irlanda *Ley de Salud Pública (empaquetado normalizado del tabaco) de 2015* (Pruebas documentales AUS-612, CUB-94). Véanse también las siguientes pruebas relativas a la historia legislativa de la Ley de 2015: Irlanda, *Proyecto de Ley de Salud Pública (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2014* (Prueba documental HND-167); Cámaras del Oireachtas de Irlanda, Informe (Prueba documental AUS-550); y D. Hammond, "*Standardized Packaging of Tobacco Products: Evidence Review*, elaborado para el Departamento de Salud de Irlanda", marzo de 2014 (Examen de Hammond) (Prueba documental AUS-555). El *Proyecto de Ley de Salud Pública (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2014* de Irlanda se notificó al Comité OTC en junio de 2014 en el documento G/TBT/N/IRL/1. Véanse, por ejemplo, las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a las preguntas del Grupo Especial, Introducción, párrafo 17, nota 1.

7.381. Los reclamantes aducen que las distintas maneras en que las medidas TPP y las medidas de otros Miembros aplicaron las prescripciones de empaquetado genérico del tabaco a nivel interno son prueba de que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT no son aptas "para un uso común y repetido".[1194]

7.382. Australia sostiene que existen semejanzas importantes entre las prescripciones de empaquetado genérico de las medidas TPP y las de las medidas de otros Miembros[1195] y que esos ejemplos demuestran que los "elementos permisivos y prohibitivos de las Directrices del CMCT se expresan con claridad suficiente para permitir un uso común y repetido por los países en el diseño de sus propias medidas de empaquetado genérico del tabaco".[1196]

[1189] Reino Unido, *Reglamento relativo al Empaquetado Normalizado de los Productos de Tabaco*,*2015* (Prueba documental AUS-613). El texto de esta medida es también indicado por la República Dominicana. Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 147 del Grupo Especial, párrafo 42, nota 63. Véanse también las siguientes pruebas relativas a la historia legislativa de esta medida: "*Standardised Packaging of Tobacco: Report of the Independent Review Undertaken by Sir Cyril Chantler*", abril de 2014 (informe de Chantler) (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61); Declaración de J. Ellison, Subsecretaría de Estado de Sanidad del Reino Unido, con ocasión de la publicación del informe de Chantler (Prueba documental AUS-551). El proyecto del Reino Unido *Reglamento relativo al Empaquetado Normalizado de los Productos de Tabaco* fue notificado al Comité OTC en septiembre de 2014 en el documento G/TBT/N/GBR/24. Véanse, por ejemplo, las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a las preguntas del Grupo Especial, introducción, párrafo 17, nota 1.

[1190] Véase Francia, *Ley Nº 2016-41 de Modernización del Sistema Sanitario*, de 26 de enero de 2015, artículo 27 (Prueba documental AUS-614); y Proyecto de Decreto Neutralidad y uniformidad de los envases de los cigarrillos y del tabaco para liar (Prueba documental AUS-615).

Este Proyecto de Decreto fue notificado al Comité OTC en junio de 2015 en el documento G/TBT/N/FRA/163, presentado por Australia como Prueba documental AUS-552. Véanse también las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a las preguntas del Grupo Especial, Introducción, párrafo 17, nota 1; y las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 147 del Grupo Especial, párrafo 42, nota 63.

[1191] Hungría, Proyecto de modificación del Decreto del Gobierno 39/2013 (Prueba documental AUS-616).

Este Proyecto de modificación se notificó al Comité OTC en diciembre de 2015 en el documento G/TBT/N/HUN/31. Véanse, por ejemplo, las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a las preguntas del Grupo Especial, Introducción, párrafo 17, nota 1; y las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 147 del Grupo Especial, párrafo 42, nota 63.

[1192] Nueva Zelandia, Proyecto de Ley Modificatoria relativa a los Espacios Sin Tabaco (Empaquetado Genérico del Tabaco) (2014) (Prueba documental AUS-617). Véase también Documento de consulta, Ministerio de Salud de Nueva Zelandia (Prueba documental AUS-549).

Este Proyecto de Ley se notificó al Comité OTC en febrero de 2014 en el documento G/TBT/N/NZL/62/Add.1. Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 226, nota 338. El documento de consulta que precedió a la presentación de este Proyecto fue notificado al Comité OTC en julio de 2012 en el documento G/TBT/N/NZL/62. Véanse, por ejemplo, las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a las preguntas del Grupo Especial, Introducción, párrafo 17, nota 1.

[1193] Noruega, Proyectos de modificación (Prueba documental AUS-618). Véase también el Documento de consulta de Noruega acerca del empaquetado normalizado del tabaco (Prueba documental AUS-553). Los Proyectos de modificación se notificaron al Comité OTC en mayo de 2015 en el documento G/TBT/N/NOR/23. Véanse, por ejemplo, las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a las preguntas del Grupo Especial, Introducción, párrafo 17, nota 1; y las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 147 del Grupo Especial, párrafo 42, nota 63.

[1194] Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 163 del Grupo Especial, páginas 17-18; las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafos 41-43 y nota 63; la respuesta de Cuba a la pregunta 163 del Grupo Especial, página 9; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 226-227 y nota 338.

[1195] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 118 y notas 208-212 (donde se describen con detalle las disposiciones específicas de esas otras medidas de empaquetado genérico del tabaco en que están contenidas esas prescripciones equivalentes). Con respecto, en particular, a la legislación sobre el empaquetado genérico irlandesa, Australia enumera las siguientes prescripciones adicionales como similares a las que figuran en las medidas TPP: i) prohibición de utilizar en el empaquetado marcas o marcas de fábrica o de comercio distintas del nombre de la marca o la razón social y un nombre de variante; ii) prescripción del color y la forma de los paquetes de cigarrillos; iii) autorización de advertencias sanitarias y otra información obligatoria en forma normalizada; y iv) normalización de la apariencia de los cigarrillos. Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 117. Véanse también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 245; y la respuesta de Australia a la pregunta 164 del Grupo Especial, párrafo 104.

[1196] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafos 113 y 116. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 327 (donde

7.383. Las partes examinan también la pertinencia del hecho de que Australia y otros Miembros notificaron sus medidas TPP al Comité OTC para la caracterización de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT como una "norma". Los reclamantes señalan el hecho de que esas notificaciones se hicieron de conformidad con el párrafo 9.2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que exige que se presenten notificaciones únicamente cuando "no exista" una norma internacional pertinente.[1197] Australia considera que el Grupo Especial "no debería conceder valor probatorio" a su notificación de las medidas TPP al Comité OTC ya que esa notificación se realizó de conformidad con su práctica "manteniendo un elevado nivel de transparencia en la observancia de las obligaciones previstas en el Acuerdo OTC".[1198]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.384. Como concluimos más arriba[1199], se puede considerar que un documento prevé características para los productos y otras prescripciones pertinentes "para un uso común y repetido" a los efectos de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 si esas características o prescripciones fueron diseñadas y destinadas para la finalidad específica de ser compartidas igualmente con frecuencia por todas las personas o cosas en cuestión, con el fin de conseguir un grado óptimo de orden en un contexto dado. Constatamos además que, para desempeñar esa función, es necesario un grado de claridad y especificidad suficiente para permitir una aplicación coherente y previsible.[1200] Esto es especialmente importante cuando lo que se evalúa es la existencia de una "norma internacional"[1201], dado que es poco probable que "documentos" que no posean suficiente especificidad y claridad consigan el "grado óptimo de orden" deseado necesario para abordar el "problema real o potencial" que da lugar a esos documentos y, de este modo, contribuir al objetivo de armonización sobre la base de esas normas internacionales.

7.385. En este caso, como se vio más arriba, los aspectos de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que abordan directamente el empaquetado genérico del tabaco no lo hacen en una única ubicación o de una manera uniforme; en lugar de ello, el "empaquetado genérico" del tabaco se aborda y se describe en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, por una parte y en el párrafo 16, así como en la "Recomendación" que sigue al párrafo 17, de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, por la otra. Cada una de esas Directrices formula la recomendación sobre el empaquetado genérico pertinente en términos relacionados con los términos de la obligación específica del tratado cuya aplicación por las Partes en el CMCT tiene intención de respaldar.

7.386. Hemos examinado más arriba[1202] las distintas maneras en que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT abordan el empaquetado genérico de los productos de tabaco y formulan recomendaciones a su respecto. En este contexto, observamos que las partes pertinentes de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT describen cada una de ellas ciertos rasgos distintivos recomendados del "empaquetado genérico" o, más en general, del empaquetado del tabaco, pero lo hacen en

---

se aduce que el número de otros Miembros que consideran la posibilidad de adoptar medidas de empaquetado genérico del tabaco "incluidas en los parámetros especificados en las Directrices del CMCT" es una prueba que demuestra que el mero hecho de que esos instrumentos dejen "detalles como el color y el tamaño exactos ... para que los prescriban las autoridades nacionales" no hace que sean instrumentos inadecuados "para un uso común y repetido").

[1197] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 516-517; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 845 y notas 859 y 860; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 160 y 167; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 70 del Grupo Especial, párrafos 98-99.

[1198] Respuesta de Australia a la pregunta 127 del Grupo Especial, párrafos 178-180 (donde se declara también que, si el Grupo Especial "atribuyera un valor dispositivo" a esta notificación con respecto a la cuestión de si existe una norma internacional, ello "debilitaría gravemente las obligaciones fundamentales de transparencia del Acuerdo OTC, que implican notificar por propia iniciativa").

[1199] Véase el párrafo 7.370 *supra.*

[1200] Dijimos también, sin embargo, que cuál debe ser el grado *preciso* de especificidad de esas prescripciones solo puede evaluarse caso por caso, según el tipo de "problema" abordado por el documento del que se alega que es una norma y el "contexto" en que surge ese problema. Véase el párrafo 7.370 *supra.*

[1201] Y esto es aún más cierto cuando la tarea de examinar la existencia de una "norma internacional" se realiza a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que confiere un "*privilegio*" en forma de una presunción, a reserva de impugnación, de conformidad con una obligación de un tratado (párrafo 2 del artículo 2). Véanse los párrafos 7.272 y 7.275 *supra.*

[1202] Véanse los párrafos 7.335-7.347.

términos diferentes y con distintos niveles de detalle.[1203] Esas diferencias (en particular de alcance, rigor de las prescripciones, etc.) parecen indicar que las partes en el CMCT que tienen intención de concebir medidas de "empaquetado genérico" del tabaco "en conformidad con" uno u otro conjunto de Directrices tendrían a su disposición una gama de opciones con respecto, en particular, a la reglamentación en el empaquetado y/o los propios productos de los "nombres de marcas", la "imaginería de marca", los "logotipos", etc. Por ejemplo, dos Miembros pueden aplicar medidas de empaquetado genérico que sean ambas significativamente distintas por lo que respecta a sus especificaciones en materia de empaquetado y, sin embargo, puedan ser igualmente compatibles con la orientación proporcionada en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT. Una parte podría decidir "restringir" únicamente la utilización de "logotipos" e "imágenes de marca" en todo el empaquetado del tabaco determinando que solo aparezcan en un tamaño específico y en una cara específica del paquete (el "nombre comercial" y el "nombre del producto" se permitirían, no obstante, plenamente en los paquetes, siempre que figuraran en "un color y tipo de letra corrientes") o, podría, en cambio, ir más allá y "prohibir" la utilización de cualquier "logotipo" e "imagen de marca" en todo el empaquetado del tabaco (permitiendo únicamente la utilización del "nombre comercial" y el "nombre del producto" siempre que figuraran en "un color y tipo de letra corrientes").[1204]

7.387. Recordamos nuestra observación anterior de que los elementos específicos de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que, según indica Australia, constituyen una norma internacional para el empaquetado genérico del tabaco son parte del marco jurídico establecido en virtud del CMCT por el que las Partes en este se comprometen a aplicar una amplia gama de medidas interconectadas y eficaces para el control del tabaco. En este contexto, puede interpretarse que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT, según sus propios términos, recomiendan el "empaquetado genérico" de manera distinta[1205] porque su intención es que esta medida sirva únicamente como un medio de ayudar a las Partes en el CMCT en la aplicación de obligaciones que, aunque están relacionadas entre sí, abordan diferentes aspectos o ángulos de las políticas encaminadas a reducir la demanda[1206] de tabaco: el artículo 11 (al reglamentar el etiquetado y el empaquetado del tabaco con respecto a la obligación de evitar que los consumidores sean engañados y también para aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias) y el artículo 13 (al reglamentar el "empaquetado y [los] rasgos distintivos de productos" como parte de una prohibición total de la "[p]ublicidad, promoción y patrocinio del tabaco").[1207]

7.388. Estas consideraciones son también una indicación, a nuestro juicio, de que los elementos específicos de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que abordan el empaquetado genérico que, según ha indicado Australia, constituyen una norma internacional para el empaquetado genérico del tabaco no estaban destinados a proporcionar un documento unificado "para un uso común y repetido" con respecto al empaquetado genérico del tabaco, en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC (y, por lo tanto, a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo), aisladamente del contexto más general de la aplicación de una amplia gama de medidas de control del tabaco de conformidad en el marco del CMCT. En lugar de ello, entendemos que las distintas maneras en que se recomienda el "empaquetado genérico" en el sentido de las dos Directrices reflejan la flexibilidad concedida a las Partes en el CMCT para determinar la forma más apropiada de abordar el empaquetado, por ejemplo mediante la adopción del empaquetado genérico como un componente de medidas eficaces de control del tabaco en el marco del CMCT. Consideramos que este enfoque es compatible con la lógica del CMCT como un convenio marco internacional que establece distintas obligaciones de

[1203] Véase el párrafo 7.347 *supra*.

[1204] Los reclamantes han aludido a esta posibilidad. Véase, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 163 del Grupo Especial, página 17.

[1205] Véanse los párrafos 7.335-7.347 y 7.385 *supra.*

[1206] Como se indicó en el párrafo 7.325 y la nota 1060 *supra*, los artículos 11 y 13 están contenidos ambos en la Parte III del CMCT, titulada "Medidas relacionadas con la reducción de la demanda de tabaco". El artículo 7 del CMCT enumera los artículos 11 y 13 entre aquellas disposiciones de la Parte III del Convenio que abordan, más específicamente, las "medidas no relacionadas con los precios para reducir la demanda de tabaco".

[1207] Señalamos de nuevo a este respecto que la nota 4 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, contenida en el párrafo 7.310 *supra*, hace referencia a que las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT son aquellas "que abordan la cuestión del empaquetado sencillo en lo que atañe a las advertencias sanitarias y la información engañosa". Véanse las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, nota 4 (que aparece erróneamente como nota 2).

adoptar una gama de medidas eficaces de control del tabaco y expone, mediante las Directrices del CMCT, varias modalidades mediante las cuales las Partes en el Convenio pueden aplicar esas obligaciones a la luz de sus circunstancias concretas.

7.389. Las partes han examinado también el grado en que las diferencias o semejanzas entre las medidas TPP y ciertas medidas de empaquetado genérico del tabaco adoptadas o redactadas por otros Miembros confirman sus respectivas opiniones en cuanto a si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son "documentos" que contienen especificaciones de productos "para un uso común y repetido". A este respecto, examinaron las medidas de empaquetado genérico del tabaco adoptadas o redactadas por Irlanda, el Reino Unido, Francia, Hungría, Nueva Zelandia y Noruega. No consideramos que un examen de esas prácticas internas sea necesario para nuestra evaluación. En particular, no estamos convencidos de que las pruebas relativas a las prácticas internas puedan informar directamente la cuestión de si esas Directrices, como tales, constituyen una norma. En particular, en la medida en que esa evaluación implicaría que realizáramos una evaluación o formuláramos una hipótesis en cuanto a la medida en que esas prácticas internas reflejan o no las prescripciones de la norma en cuestión y están o no en conformidad con ellas, no consideramos que estemos en situación de formular hipótesis de ese tipo.[1208]

La cuestión de si la observancia de las características de los productos y las prescripciones de empaquetado previstas en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT con respecto al empaquetado genérico del tabaco "no es obligatoria"

7.390. Pasamos ahora a la cuestión de si la observancia de las características de los productos y las prescripciones de empaquetado previstas en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT, tal como se definen más arriba, "no es obligatoria", que es el último elemento de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC relativa al contenido de la supuesta norma, como se expuso anteriormente.[1209]

7.391. Australia alega que esta condición también se ha cumplido porque las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT "emplean un lenguaje condicional más que imperativo".[1210] Indonesia y Cuba no están de acuerdo. Indonesia aduce que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son, en cambio, "obligatorias" y, por lo tanto, no están en conformidad con esa definición. Indonesia aduce que, aunque las Directrices del CMCT "pretenden ser recomendaciones no vinculantes", en último término, están destinadas a ser "recomendaciones sobre la manera en que las Partes deberían aplicar las disposiciones 'obligatorias' de los artículos 11 y 13 [del propio CMCT]"[1211] sobre el empaquetado y la publicidad del tabaco. Para Indonesia, el hecho de que ninguna empresa tabacalera haya "adoptado voluntariamente" jamás prescripciones de empaquetado genérico, tal como se describen en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT, confirma aún más su naturaleza no voluntaria.[1212] Cuba entiende que la referencia a documentos no vinculantes que prevén características de productos para un uso común y repetido en la definición de "norma" del Acuerdo OTC dirige esas condiciones a los "productores" de esos productos y no a las autoridades gubernamentales.[1213] Sobre la base

[1208] Por razones análogas, consideramos innecesario evaluar si el hecho de que Australia u otros Miembros hayan notificado sus medidas de empaquetado genérico respectivas de conformidad con el párrafo 9.2 del artículo 2 del Acuerdo OTC puede arrojar luz sobre la cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT constituyen una norma. Señalamos, a este respecto, la observación de Australia de que, si el Grupo Especial "atribuyese valor dispositivo" a esas notificaciones en cuanto a la cuestión de si existe una norma internacional, esto "debilitaría gravemente las obligaciones fundamentales de transparencia del Acuerdo OTC, que implican notificar por propia iniciativa". Respuesta de Australia a la pregunta 127 del Grupo Especial, párrafo 180.

[1209] Véase el párrafo 7.281 *supra.*

[1210] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 573. Véase también la segunda comunicación de Australia, párrafo 330.

[1211] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 229.

[1212] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 229 (donde se expresa también el contraste de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT con el "sistema de etiquetado *dolphin-safe*" estadounidense en litigio en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, y se dice que, contrariamente a las primeras, el segundo representaba la "naturaleza de una norma verdaderamente 'voluntaria' porque no exigía a los importadores de productos de atún que cumplieran lo dispuesto en él como condición para tener acceso al mercado estadounidense).

[1213] Declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 48.

de esa interpretación y después de comparar la manera en que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT abordan el empaquetado genérico del tabaco con la manera en que una norma de la ISO[1214] trata las dimensiones de cajas rígidas rectangulares de transporte, Cuba aduce lo siguiente:

> A diferencia de esas normas [de la ISO], las directrices del CMCT son completamente diferentes y tratan de animar a las autoridades a que impongan normas técnicas vinculantes para los productores. Las directrices del CMCT no son, y nunca se ha pretendido que sean, normas técnicas vinculantes a ser observadas directamente por un productor. Es por eso que las directrices del CMCT tampoco son precisas ni prescriptivas: son recomendaciones normativas para reguladores y legisladores, no guías técnicas detalladas para productores. El apartado 46 de las Directrices del artículo 11 del CMCT incluso se dirige explícitamente a las Partes CMCT: "*Las Partes deberán considerar la adopción de medidas de restricción o prohibición de colores de logotipos, imágenes de marca o información promocional*". ¿Cómo se puede esperar que un productor aplique y siga estas indicaciones de la misma forma que puede aplicar y seguir una norma ISO? Por el contrario, las empresas que tratan de producir y utilizar cajas rígidas rectangulares de transporte sabrán con precisión qué hacer cuando utilicen la Norma ISO 3394.[1215]

7.392. La definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC es pertinente tanto para la caracterización jurídica de una medida de conformidad con el Acuerdo como una norma *nacional* (interna) (en contraposición con un reglamento técnico)[1216] como para las diversas disciplinas OTC que abordan las normas *internacionales,* incluidos los párrafos 4 y 5 del artículo 2. Como puede deducirse de la manera en que son objeto de disciplinas en el Acuerdo OTC, las normas internacionales pueden servir, entre otras cosas, como referencias para la elaboración y adopción por los gobiernos de reglamentos *internos* o normas *internas.*[1217] Desde esta perspectiva, dada esa "doble" finalidad, no vemos ninguna base para los argumentos de Indonesia y Cuba de que la naturaleza voluntaria de una "norma", tal como se define en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, solo debe evaluarse teniendo en cuenta si el documento se dirige a los "productores" de los productos de que se trate y no a los gobiernos y, por lo tanto, no estamos de acuerdo con esos argumentos.

7.393. Con respecto, más concretamente, a la naturaleza "no obligatoria" de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT, señalamos que, en dos de las partes pertinentes de esos instrumentos que abordan expresamente el "empaquetado genérico" (el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT y el texto que sigue al párrafo 17 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT), ambos textos declaran que las Partes en el CMCT "*deberían considerar la posibilidad de adoptar*" "medidas" o "requisitos" en materia de empaquetado genérico.[1218]

7.394. Además, el empaquetado genérico se trata en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT en forma de una "recomendación". Hay un contraste entre ese lenguaje y, por ejemplo, el utilizado por los artículos 11 y 13 del CMCT.[1219] Señalamos también que esto

---

[1214] Norma de la ISO 3394:2012(E), titulada "*Packaging - Complete*, *filled transport packages and unit loads - Dimensions of rigid rectangular packages*" (Envases y embalajes -embalajes de expedición completos y llenos y unidades de carga- Medidas de los embalajes rectangulares rígidos) (Prueba documental HND-121) (ya mencionada en las notas 1144 y 1174 *supra*).

[1215] Declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 49. (las cursivas y el subrayado figuran en el original)

[1216] Una cuestión previa que estuvo en litigio, por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* (véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 178 y 187-188.

[1217] Véanse, por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 2 y el párrafo F del Anexo 3 del Acuerdo OTC, respectivamente.

[1218] En el párrafo 1 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT se aclara también que el objetivo de ese instrumento es, entre otras cosas, "*proponer* medidas que las Partes *puedan* aplicar para aumentar la eficacia de sus medidas relativas a empaquetado y etiquetado". (sin cursivas en el original).

[1219] Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 b) del artículo 11 y el párrafo 4 del artículo 13 del CMCT. No obstante, esas disposiciones del CMCT parecen describir con frecuencia esos compromisos con ciertas condiciones. Por ejemplo, el texto completo del párrafo 1 b) del artículo 11 del CMCT dice: "artículo 11 [...] 1. Cada Parte [...] *adoptará y aplicará*, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente: [...] b) que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco [...] figuren

contrasta asimismo con la manera en que se abordan determinadas otras medidas en esas Directrices mismas. Por ejemplo, en el párrafo 44 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT se declara que "las Partes *deberían prohibir* que en el empaquetado y etiquetado aparezcan cifras de emisiones, por ejemplo de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono, inclusive si se utilizan como parte de un nombre comercial o marca de fábrica".[1220] Análogamente, las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT contienen una "recomendación" de que "las Partes *deberían prohibir* la 'extensión de marcas' y el 'uso común de marcas' porque son modalidades de publicidad y promoción del tabaco".[1221]

7.395. Por las razones mencionadas, constatamos que la observancia de las características de los productos y las prescripciones de empaquetado previstas en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT, tal como se han definido anteriormente, "no es obligatoria", en el sentido de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.[1222]

Conclusión sobre las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT como una "norma"

7.396. Hemos examinado los instrumentos que Australia alega que constituyen una "norma" para el empaquetado genérico del tabaco: las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT. Hemos constatado que las partes pertinentes de esos instrumentos, incluidas las que tratan expresamente el empaquetado genérico, tomadas aisladamente de su contexto como parte del CMCT, no constituyen un "documento" que contenga una "norma" en el sentido de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Hemos concluido también que, aunque las partes de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT que abordan expresamente el empaquetado genérico podrían considerarse "directrices" que prevén las "características de los productos" (incluso con respecto a las prescripciones de empaquetado), lo hacen de distintas maneras, lo que refleja la flexibilidad proporcionada a las Partes en el CMCT para determinar la forma de aplicar sus diversas obligaciones de conformidad con el CMCT, incluido, según proceda, el empaquetado genérico de los productos de tabaco. Esto es compatible, en definitiva, con el hecho de que las Directrices del CMCT, según sus propios términos, están destinadas a "ayudar a las Partes a cumplir con sus obligaciones" de conformidad con el artículo 11 y el artículo 13 del CMCT, respectivamente. Estas Directrices, y las obligaciones con que están relacionadas, deben interpretarse "a la luz" de las obligaciones pertinentes del propio CMCT, así como de "otras disposiciones" de ese Convenio que "son también pertinentes para la implementación del empaquetado genérico".[1223]

7.397. Por lo tanto, en definitiva, constatamos que, aunque las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT proporcionan una orientación importante a las Partes en el CMCT para abordar el empaquetado y, según proceda, aplicar el empaquetado genérico como un elemento de un sistema integral de políticas eficaces de control del tabaco, Australia no ha demostrado que constituyan una "norma" en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC con respecto al empaquetado genérico del tabaco.

---

también advertencias sanitarias [...] y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes: i) *serán* aprobados por las autoridades nacionales competentes; ii) *serán* rotativos; [...] iv) *deberían* ocupar el 50% ... y en ningún caso menos del 30% [...] v) *podrán* consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos". Los textos de esas dos disposiciones del CMCT se reproducen completamente en los párrafos 2.104 y 2.105 *supra.*

[1220] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE- 20), anexo, párrafo 44. (sin cursivas en el original)

[1221] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, "*Recomendación*" que sigue a los párrafos 22-24.

[1222] En estos procedimientos, no necesitamos, sin embargo, expresar una opinión, ya sea como una cuestión jurídica o fáctica, sobre si los instrumentos internacionales vinculantes, en general, y cualesquiera obligaciones establecidas en el CMCT (incluidas las contenidas en los artículos 11 y 13), en particular, podrían considerarse también "no obligatorias" a los efectos de la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. En estos procedimientos, Australia solo alega que los instrumentos que constituyen una "norma internacional pertinente" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 son aspectos específicos de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT, no el propio Convenio.

[1223] Información adicional facilitada por la OMS y el CMCT al Grupo Especial, párrafos 61 y 64, nota 63 *supra.*

7.2.5.2.4 Conclusión general sobre la cuestión de si las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT son "normas internacionales pertinentes" y la cuestión de si las medidas TPP están "en conformidad con" esas Directrices en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 (segunda frase)

7.398. Recordamos nuestra declaración anterior[1224] de que, si concluíamos que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT se ajustaban a la definición de "norma" del Acuerdo OTC, procederíamos a continuación a examinar si también son de carácter "internacional", en particular desde el punto de vista del "reconocimiento" de la institución que las ha adoptado".[1225]

7.399. En los presentes procedimientos, las partes no están de acuerdo en si la institución que adoptó las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT, la Conferencia de las Partes en el CMCT[1226], es una "institución internacional con actividades de normalización" para los fines de evaluar el "carácter internacional de esos instrumentos"[1227] ni en si tiene "actividades reconocidas de normalización" de manera que deba considerarse una "institución internacional con actividades de normalización" a los efectos del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.400. Habiendo determinado que Australia no ha establecido que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT constituyan una "norma" para el empaquetado genérico del tabaco en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1, no necesitamos seguir evaluando si tienen carácter "internacional".[1228] Por lo tanto, no efectuamos ninguna determinación con respecto a la cuestión de si la Conferencia de las Partes en el CMCT es una institución internacional con actividades de normalización o tiene actividades reconocidas de normalización en el sentido de la definición pertinente de "norma internacional", a los efectos del Acuerdo OTC.

7.401. Se desprende también de estas conclusiones que no necesitamos seguir examinando si las medidas TPP están "en conformidad con" las partes pertinentes de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT o las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT.[1229]

7.402. A la luz de lo que antecede, constatamos que Australia no ha demostrado que las medidas TPP estén "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Constatamos también, por lo tanto, que no cabe "presumir[], a reserva de impugnación", que las medidas TPP "no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional".

7.403. Pese a esta conclusión, deseamos dejar claro que las determinaciones a que hemos llegado más arriba en el marco de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 no implican ninguna determinación relativa a la pertinencia del CMCT o cualquiera de sus instrumentos (incluidas las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT) para otros aspectos de nuestro análisis de las alegaciones que se nos han presentado en estos procedimientos.

7.404. El hecho de que un demandado no haya invocado con éxito la presunción, a reserva de impugnación, prevista en la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC no tiene, a nuestro juicio, ninguna repercusión desfavorable para otros aspectos de su defensa en relación con una alegación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del mismo acuerdo. En los presentes procedimientos, las determinaciones que hemos efectuado más arriba en relación con la cuestión de si las partes pertinentes de Directrices del CMCT específicas constituyen, a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, una "norma" en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 no implican, por lo tanto, una determinación sobre la posible pertinencia

[1224] Véase el párrafo 7.289 *supra.*
[1225] Véase el párrafo 7.333 *supra.*
[1226] Véanse los párrafos 2.98-2.99 *supra.*
[1227] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 508-515; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 854-893; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 167-181; la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 222-225 y 230-253; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 331-341.
[1228] O si son "pertinentes". Véase asimismo, en un sentido análogo, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 507. Véanse también los párrafos 7.398 y 7.289 y, en particular, la nota 995 *supra.*
[1229] Véanse los párrafos 7.263 y 7.289 *supra.* Algunas partes han sugerido también que adoptemos este enfoque. Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 66 del Grupo Especial, página 26; y la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 292.

del CMCT e instrumentos conexos, incluidas las partes pertinentes de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT, para el resto de nuestro análisis con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sigue recayendo sobre los reclamantes la carga de acreditar *prima facie* que las medidas TPP son incompatibles con esa disposición.[1230]

7.405. En términos más generales, el hecho de que un instrumento determinado no sea pertinente o convincente para un fin en el marco de una determinada alegación, en nuestra opinión, no hace que *ipso facto* carezca de pertinencia para otro fin, incluso en el contexto de otros aspectos de la misma alegación. Más bien, su pertinencia, si la tiene, debe evaluarse en el contexto de cada alegación específica y el fin para el que ha sido propuesto en ese contexto. Señalamos, a este respecto, que todas las partes en los presentes procedimientos han abordado el CMCT y algunos de sus instrumentos (incluidas, en particular, las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT)[1231], y/o se han basado en ellos, no solo con respecto a la invocación por Australia de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2, sino también en relación con otros aspectos de las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. No obstante, las partes han expresado opiniones diferentes sobre la pertinencia de estos instrumentos para el análisis de las alegaciones sometidas a nuestra consideración si no constituyen una "norma internacional" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.406. Honduras considera que "la única vía prevista en el Acuerdo OTC que permitiría que una norma internacional atenuara [la] obligación [que establece el párrafo 2 del artículo 2] es el párrafo 5 del artículo 2. No hay ninguna disposición del Acuerdo OTC que indique que, aunque un instrumento determinado no reúna los requisitos para considerarse una norma internacional pertinente, los grupos especiales deban no obstante tener en cuenta dicho instrumento en su examen en el marco del párrafo 2 del artículo 2".[1232] Honduras también afirma que, si bien el CMCT y sus Directrices confirman la naturaleza nociva del consumo de tabaco y la existencia de un consenso internacional sobre la legitimidad de la reducción del consumo de tabaco como objetivo, la cuestión pertinente sometida al Grupo Especial es si las medidas TPP restringen el comercio más de lo necesario. Habida cuenta de que las Directrices del CMCT no indican que el empaquetado genérico del tabaco no restrinja el comercio más de lo necesario, no son pertinentes para la presente diferencia. Honduras también aduce que las Directrices del CMCT no son pertinentes porque no constituyen un elemento de interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena (por ejemplo, un acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 o una norma pertinente de derecho internacional).[1233] Honduras tampoco cree que las Directrices del

[1230] Respaldan nuestra aclaración ciertas declaraciones del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas.* En esa diferencia, se constató que la medida en litigio no disfrutaba de la presunción de compatibilidad con el Acuerdo MSF (y el GATT de 1994) porque no "esta[ba] en conformidad con normas [...] internacionales", como exige el párrafo 2 del artículo 3 de ese Acuerdo. La cuestión que tuvo ante sí el Órgano de Apelación fue si debía deducirse alguna repercusión negativa con respecto a la defensa de un demandado contra una alegación de infracción del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF cuando la medida en litigio no podía disfrutar de esa presunción de conformidad. El Órgano de Apelación aclaró que, solo porque el "Miembro que impone [una] medida no se beneficia de la presunción de compatibilidad establecida en el párrafo 2 del artículo 3", ello no significa que ese Miembro se ve "penalizado por el hecho de que se reconozca a un Miembro reclamante la exención de la carga normal de mostrar que existe *presunción* de incompatibilidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 o cualquier otro artículo pertinente del *Acuerdo MSF* o del GATT de 1994". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 171. Véase también *Ibid.*, párrafo 102. Véanse además el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 532; el informe del Grupo Especial, *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafos 7.254, 7.261, 7.331 y 7.860; y la declaración del Brasil en calidad de tercero, párrafos 4-5.

[1231] El Grupo Especial también recibió información relativa al CMCT y las Directrices del CMCT directamente de la OMS y de la secretaría del CMCT. Véase la sección 1.6.7.1 *supra* relativa a la documentación presentada por la OMS y la secretaría del CMCT, y la petición de información adicional realizada por el Grupo Especial.

[1232] Respuesta de Honduras a la pregunta 130 del Grupo Especial, páginas 44-45.

[1233] Respuesta de Honduras a la pregunta 130 del Grupo Especial, página 45. Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 474. Honduras también declara que ni el CMCT ni sus Directrices pueden "constituir una defensa para una infracción de los acuerdos de la OMC, por ejemplo que el empaquetado genérico sería necesario para cumplir las Directrices del CMCT [habida cuenta de que] está bien establecido que el artículo XX del GATT puede exceptuar medidas incompatibles con la OMC cuando son necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes nacionales compatibles con las normas de la OMC, no de leyes internacionales". Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 475 (donde se hace referencia al

CMCT desempeñen ningún papel en el análisis del Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque esta disposición no contiene una "presunción refutable" de la compatibilidad de exigencias especiales conformes con una "norma internacional".[1234] Siendo como son instrumentos de "derecho indicativo no vinculante", Honduras afirma que las Directrices del CMCT, a tenor de lo dispuesto en la Convención de Viena, no son pertinentes para interpretar el artículo 20, en especial "términos técnicos" como "injustificablemente".[1235] Por último, Honduras considera que las Directrices del CMCT no pueden utilizarse como hechos para demostrar que las medidas TPP pueden alcanzar el objetivo de Australia de mejorar la salud pública porque "no están claros los fundamentos científicos en que se basan [estos instrumentos]".[1236]

7.407. La República Dominicana aduce que, si la presunción que establece la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC no es aplicable, las Directrices del CMCT "no guardan ninguna relación con ninguna de las cuestiones jurídicas o fácticas sometidas al Grupo Especial".[1237] La República Dominicana rechaza, en particular, la idea de que la adopción de las Directrices del CMCT "en sí mismas" pueda servir de prueba de que las medidas TPP "cumplen todos los aspectos pertinentes de las normas jurídicas aplicables" tanto en el marco del Acuerdo OTC como del Acuerdo sobre los ADPIC, ya que "[l]as Directrices, por ejemplo, no demuestran que las medidas [TPP] reducirán en algún momento el consumo de tabaco".[1238] La República Dominicana considera, a este respecto, que el Grupo Especial "tiene la obligación de realizar una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD [y que] no puede 'sustraerse' a esta obligación recurriendo al trabajo de otro organismo internacional[, en particular,] cuando el otro organismo se niega a compartir sus pruebas o su evaluación de dichas pruebas".[1239] "Como mucho", prosigue la República Dominicana, "las Directrices del CMCT ... podrían confirmar la legitimidad del empaquetado genérico como una medida cuyo *objetivo* es promover la salud pública".[1240] La recomendación de las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT de que las partes consideren la posibilidad de aplicar el empaquetado genérico "no constituye una prueba de la eficacia del empaquetado genérico para reducir la conducta tabáquica" y no puede "ser más fiable que las pruebas en que se basa".[1241]

---

informe del Órgano de Apelación, *México - Impuestos sobre refrescos*, párrafo 75). Véase también *ibid.*, párrafo 474.

[1234] Respuesta de Honduras a la pregunta 130 del Grupo Especial, página 45. Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 463.

[1235] Respuesta de Honduras a la pregunta 130 del Grupo Especial, páginas 45-46. Honduras también declara que, dado que las medidas de empaquetado genérico del tabaco "van más allá de las obligaciones impuestas a [las partes del CMCT]" porque el CMCT no las exige, las medidas TPP de Australia, en virtud del propio CMCT (párrafo 1 del artículo 2), "solo pueden imponerse si son conformes con el derecho internacional, incluidas las normas de la OMC". Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 472. Honduras también añade que "el sistema de solución de diferencias de la OMC tiene como objetivo 'preservar los derechos y las obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados' y aclarar 'dichos acuerdos', no otros acuerdos internacionales, como el CMCT", como confirman el párrafo 2 de artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 19 del ESD, y el mandato establecido en el artículo 7 del ESD, que se refieren a los acuerdos abarcados de la OMC. Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 473.

[1236] Respuesta de Honduras a la pregunta 130 del Grupo Especial, página 45. A este respecto, Honduras también recuerda sus argumentos relativos a la falta de información disponible sobre los fundamentos científicos utilizados en la elaboración y adopción de las Directrices del CMCT. Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 135-137. Véase también la respuesta de Honduras a la pregunta 70 del Grupo Especial.

[1237] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 917. Véanse también las respuestas de la República Dominicana a las preguntas 89, párrafo 27; y 130, párrafo 314, del Grupo Especial.

[1238] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 918.

[1239] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 920.

[1240] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 130 del Grupo Especial, párrafo 315. (las cursivas figuran en el original)

[1241] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 543. La República Dominicana recuerda que "la secretaría del CMCT puso a disposición del público las pruebas que la Conferencia de las Partes analizó al adoptar las Directrices relativas al artículo 11, pero no las Directrices relativas al artículo 13" y que "[d]e los 22 estudios enumerados [que la Conferencia de las Partes analizó al adoptar las Directrices relativas al artículo 11], solo en un estudio, de 1 página, se analizaba el empaquetado genérico". Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 544 (no se reproducen las notas a pie de página). La República Dominicana también afirma que las "pruebas" en que se basó el CMCT solo podían consistir en investigaciones predictivas que adolecen de una serie de errores graves. *Ibid.*, párrafos 545-546. Véanse también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 919 y nota 926, y párrafo 927; y las respuestas de la República Dominicana a las preguntas 130, párrafo 316; y 66, párrafo 186, del Grupo Especial.

7.408. Cuba considera que las Directrices del CMCT "no son pertinentes" para la evaluación del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.[1242] Cuba aduce que el sistema de solución de diferencias de la OMC tiene como objetivo "preservar los derechos y las obligaciones de los Miembros al amparo de los acuerdos cubiertos" y clarificar "dichos acuerdos", no otros acuerdos internacionales, tales como el CMCT.[1243] Cuba considera que las Directrices del CMCT "tendrán poca importancia" en las presentes diferencias, incluso como "herramienta interpretativa" en el marco de la Convención de Viena.[1244] Según Cuba, la cuestión pertinente en el marco de las normas de la OMC -a saber, si la medida del empaquetado genérico específica adoptada por Australia restringe el comercio más de lo necesario o complica injustificablemente o de otra manera infringe los derechos sobre las marcas de fábrica o de comercio- no se aborda en el CMCT ni en sus Directrices. "Puesto que la naturaleza dañina del hábito de fumar no es una cuestión a valorar en esta disputa, [el CMCT y sus Directrices] no debe[n] ser tenid[os] en cuenta" al interpretar el Acuerdo OTC o el Acuerdo sobre los ADPIC en el contexto de las medidas de empaquetado genérico.[1245]

7.409. Indonesia "reconoce que las Directrices [del CMCT] son pertinentes para la[s] presente[s] diferencia[s] aunque no sean una 'norma internacional pertinente' en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[1246] No obstante, también considera que debido a su naturaleza no vinculante y sus términos exhortatorios, las Directrices del CMCT "no ofrecen un contexto interpretativo para el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC y nada en [esos instrumentos] puede sustituir las obligaciones dimanantes de la OMC".[1247] Si bien señala que cuando un Miembro se enfrenta a un conflicto entre lo que recomienda el CMCT y lo que exige la OMC "debe cumplir sus obligaciones en el marco de la OMC"[1248], Indonesia también declara que, "[a]fortunadamente, no existe tal conflicto en el presente asunto ... habida cuenta de que, "[e]n opinión de Indonesia, hay suficiente margen de política para abordar los elementos del empaquetado que plantean preocupaciones en el marco del CMCT, y seguir cumpliendo todas las obligaciones derivadas de la OMC pertinentes".[1249]

7.410. Australia considera que, aunque el Grupo Especial concluyera que las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT no son una norma internacional pertinente en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, siguen siendo "muy pertinentes" en "cada etapa del análisis" de las alegaciones formuladas en el marco tanto del Acuerdo OTC como

[1242] Respuesta de Cuba a la pregunta 130 del Grupo Especial, página 17. Cuba también considera que las comunicaciones *amicus curiae* de la OMS y la secretaría del CMCT "no [son] relevante[s]" para la solución de las presentes diferencias y observa que "el propio CMCT no ha sido suscrito y/o ratificado por todos los Miembros de la OMC", incluida Cuba, que no es una Parte en el CMCT y no participó en la adopción de las Directrices del CMCT. Cuba afirma que sus obligaciones en el marco de la OMC no pueden, por lo tanto, "ser razonablemente determinadas por referencia a las Directrices del CMCT". Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 382-383. Véase también *ibid.*, párrafo 361.

[1243] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 355.

[1244] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 356. Véanse la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 357-359; y la respuesta de Cuba a la pregunta 130 del Grupo Especial, página 17.

[1245] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 360. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 130 del Grupo Especial, página 17. Cuba también aduce que ni el CMCT ni las Directrices del CMCT no vinculantes imponen ninguna obligación de adoptar el empaquetado genérico del tabaco y señala que el párrafo 2 del artículo 2 del CMCT permite "impon[er] requisitos más estrictos que sean coherentes con las correspondientes disposiciones del CMCT 'y sean conformes con el derecho internacional'". Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 361, 366-368 y 370. Cuba señala también que, durante los debates para la elaboración de las Directrices relativas al empaquetado genérico, "el representante de Australia [indicó] ... [que] las 'Directrices sugerían que las Partes deberían considerar otras medidas, superando los requisitos del [CMCT]'". *Ibid.*, párrafo 368 (donde se hace referencia a la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, tercera reunión, Durban, Sudáfrica, FCTC/COP/3/REC/3 (17-22 de noviembre de 2008), página 11).

[1246] Respuesta de Indonesia a la pregunta 130 del Grupo Especial, párrafo 81.

[1247] Respuesta de Indonesia a la pregunta 130 del Grupo Especial, párrafo 81. Véase también la declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 20.

[1248] Declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 21.

[1249] Declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 23. Véanse también la respuesta de Indonesia a la pregunta 130 del Grupo Especial, párrafo 81 (donde se afirma que "el CMCT y la OMC deben interpretarse de manera armoniosa ya que no existe conflicto entre las obligaciones dimanantes del CMCT y de la OMC"); y la respuesta de Indonesia a la pregunta 130 del Grupo Especial, párrafo 83 (donde se aduce que "se puede lograr el cumplimiento de las Directrices del CMCT y las obligaciones dimanantes de la OMC imponiendo prohibiciones o restricciones solo a aquellos elementos de los productos y el empaquetado de esos productos respecto de los cuales se haya demostrado, sobre la base de pruebas, que inducen a error a los consumidores o aumentan la prevalencia").

del Acuerdo sobre los ADPIC.[1250] Australia también considera que, si bien el Acuerdo OTC fomenta que los reglamentos técnicos estén en conformidad con normas internacionales, "no impone ninguna obligación particular a los Miembros con respecto a la naturaleza y el alcance de las pruebas a las que pueden recurrir antes de adoptar un reglamento técnico".[1251] Según Australia, las medidas de empaquetado genérico del tabaco "refleja[n] un consenso mundial en la comunidad científica y entre las 180 Partes en el CMCT en cuanto a que las medidas que afectan a las percepciones, intenciones y actitudes de los consumidores con respecto a los productos de tabaco son adecuadas para contribuir, como parte de una política de control del tabaco integral, a reducir la conducta tabáquica y, en última instancia, a salvar vidas".[1252]

7.411. Algunos terceros también abordaron esta cuestión en sus comunicaciones o declaraciones.[1253]

7.412. Señalamos que no es inusual en las diferencias sustanciadas en el marco de la OMC que las partes se refieran, y los grupos especiales y el Órgano de Apelación recurran, a instrumentos internacionales ajenos a la OMC como pruebas de hecho[1254] o para informar la interpretación de

[1250] Respuesta de Australia a la pregunta 130 del Grupo Especial, párrafo 204.

[1251] Declaración final de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 17.

[1252] Declaración final de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 24. Véanse también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 256; y la respuesta de Australia a la pregunta 126 del Grupo Especial, párrafo 172.

[1253] El Brasil cree que las Directrices del CMCT deben tomarse en consideración como contexto pertinente en los procedimientos de grupos especiales sustanciados en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC, especialmente si se las considera normas internacionales pertinentes en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafos 13-17.

La Unión Europea considera que, con independencia de si las Directrices del CMCT relativas al empaquetado genérico son o no una norma internacional pertinente en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, se les debe dar la importancia adecuada en los presentes procedimientos. Declaración de la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 12. La Unión Europea observa que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC exige al Grupo Especial que tenga en cuenta los "riesgos que crearía no alcanzar[el objetivo]" y que, al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros, la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos. La Unión Europea considera que las Directrices están incluidas en la categoría abierta delimitada por la última frase del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 8 del Grupo Especial, párrafo 37. En la evaluación de ese riesgo, la Unión Europea afirma que las Directrices son "pertinentes", en especial porque se refieren precisamente a los medios por los que la organización internacional competente considera que puede intensificarse eficazmente el control del tabaco. Por lo tanto, el Grupo Especial deberá examinarlas y tenerlas en cuenta con independencia de si son o no una "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. *Ibid.*, párrafo 38. Con respecto al Acuerdo sobre los ADPIC, la Unión Europea considera "importante que se dé a estas directrices internacionales basadas en pruebas la importancia adecuada, interpretando las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública". Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafos 36-38.

Corea afirma que, aunque, en principio, "no se debe permitir que el objeto y fin de otros acuerdos internacionales socave la interpretación o la aplicación de las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC, el valor del [CMCT] debe respetarse suficientemente" habida cuenta de que es "el convenio más ampliamente ratificado por los Estados miembros de las Naciones Unidas". Declaración de Corea en calidad de tercero, párrafo 5.

El Uruguay señala que, en estas diferencias, tres de los Miembros reclamantes iniciales han firmado el CMCT y han "jugado un papel en la elaboración de las [Directrices del CMCT], como el empaquetado genérico". Según Uruguay, aunque "[p]odrá alegarse que las medidas sobre empaquetado genérico no son obligatorias bajo [el CMCT,] son parte del acervo normativo [del mismo] y deben ser compartidas por lo tanto por sus miembros que como principio no deberían cuestionarlas o socavarlas en otros foros". Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafos 102-103.

[1254] Por ejemplo, en el asunto *CE - Amianto*, el Grupo Especial se basó en documentación procedente de la OMS y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para probar que "era previsible una reglamentación que limitara el uso del amianto". Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.295. En el asunto *CE - Productos derivados de las focas*, el Grupo Especial consideró que varias fuentes que le habían sido presentadas, incluidos determinados instrumentos de las Naciones Unidas y la OIT (a saber, la Declaración de 1989 de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de 1989 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes), "consideradas en su totalidad como pruebas fácticas", demostraban que el fundamento para incluir en la prohibición de la UE de productos derivados de las focas una excepción para los productos de las comunidades indígenas era "justificable". Informes del Grupo Especial, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 7.295. El Grupo Especial explicó el fundamento y la finalidad de recurrir a estos instrumentos del modo siguiente:

disposiciones específicas de un acuerdo abarcado.[1255] Señalamos también, en particular, que el CMCT y determinadas Directrices del CMCT se han analizado e invocado específicamente como pruebas en al menos dos diferencias anteriores sustanciadas en la OMC, incluida una relativa a alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo OTC.

7.413. En el asunto *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, la República Dominicana citó el CMCT en apoyo de su argumento sobre el reconocimiento internacional de las estampillas fiscales como un método legítimo para impedir el contrabando de cigarrillos y la consiguiente pérdida de ingresos tributarios, pese al hecho de que ambas partes habían acordado que no era jurídicamente vinculante para ellas.[1256] Específicamente, la República Dominicana adujo que el requisito de estampillado, debidamente aplicado, era necesario para marcar los productos, vigilar el comercio transfronterizo de cigarrillos y reunir datos al respecto de conformidad con el CMCT.[1257] Aquel Grupo Especial tuvo en cuenta esta y otra información que tenía ante sí al constatar que no estaba en desacuerdo con el argumento de la República Dominicana de que "las estampillas fiscales pueden ser un instrumento útil para vigilar la recaudación de impuestos sobre los cigarrillos y, a la inversa, evitar la evasión fiscal".[1258]

7.414. También se mencionaron y analizaron detalladamente el CMCT y determinadas Directrices del CMCT en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* en el contexto de alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo OTC.[1259] En esa diferencia, el Grupo Especial, refiriéndose a determinadas Directrices del CMCT como "*Directrices parciales* de la OMS"[1260], consideró que

---

> Al tener en cuenta el reconocimiento de los intereses de los inuit y las comunidades indígenas consagrado en los instrumentos internacionales en el contexto de las Naciones Unidas y la OIT, el Grupo Especial es consciente de que esos instrumentos no son instrumentos de la OMC y que no establecen *per se* obligaciones en el marco de la OMC. Estamos examinando el contenido de esos instrumentos como parte de las pruebas presentadas por la Unión Europea en apoyo de su posición sobre los intereses de los inuit y las comunidades indígenas, no como obligaciones jurídicas de los Miembros.

Ibid., párrafo 7.295, nota 475. Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* (donde se recurre a determinadas Directrices del CMCT, lo que se analiza en los párrafos 7.414-7.415 *infra*).

[1255] Por ejemplo, en *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación se basó en varias convenciones internacionales e instrumentos internacionales (incluidos, entre otros, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD) y la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)) para apoyar su conclusión de que el sentido de la expresión "recursos naturales agotables" en el apartado g) del artículo XX del GATT de 1994 no se limitaba solo a recursos "inertes" (por ejemplo, minerales). Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 130-132.

[1256] Como se explica más arriba, el CMCT se adoptó en 2003, pero no entró en vigor hasta el año 2005. Véase el párrafo 2.96 *supra*. Honduras firmó el CMCT el 18 de junio de 2004, poco antes de la segunda reunión sustantiva de dicho Grupo Especial con las partes. Véase el informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafos 1.6 y 4.370.

[1257] Véase el informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 7.216.

[1258] Véase el informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafos 1.6 y 4.370. En última instancia, sin embargo, el Grupo Especial concluyó que las incompatibilidades con el GATT del requisito del "estampillado" para los cigarrillos no podían justificarse porque este no era necesario ya que "la República Dominicana no ha[bía] demostrado por qué no podría lograr el mismo nivel de observancia que ha[bía] decidido exigir aplicando otras medidas menos incompatibles con las disposiciones del GATT que estuvieran razonablemente a su alcance". *Ibid.*, párrafo 7.230. Esta constatación fue posteriormente confirmada por el Órgano de Apelación. Véase el informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 128 a). Como se explica más arriba, el CMCT fue adoptado en 2003, pero no entró en vigor hasta el año 2005. Véase el párrafo 2.96 *supra*.

[1259] Señalamos que ninguna de las partes en la diferencia *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* eran partes en el CMCT. Australia también hace referencia a la utilización por el Grupo Especial de determinados instrumentos del CMCT como pruebas de hecho en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* a modo de precedente que presta apoyo a su opinión de que los instrumentos del CMCT se pueden utilizar de una manera similar con respecto a las alegaciones en cuestión en los presentes procedimientos. Véanse, por ejemplo, la respuesta de Australia a la pregunta 206 del Grupo Especial, párrafos 409-410; y las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 206 del Grupo Especial, párrafo 406. Véase también la comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafos 15-16.

[1260] *Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio*, adoptadas en la cuarta Conferencia de las Partes en el CMCT celebrada en Punta del Este del 15 al 20 de noviembre de 2010. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 2.30.

el CMCT formaba parte del "contexto fáctico más amplio" de la medida de los Estados Unidos en litigio[1261] y observó que eran "conscientes de los importantes esfuerzos internacionales para limitar el consumo de tabaco en el contexto del CMCT de la OMS y las *Directrices parciales* de la OMS".[1262] Además se basó en determinadas Directrices del CMCT[1263] para corroborar su conclusión de que "para los jóvenes los cigarrillos aromatizados, incluidos los aromatizados con clavo de olor o con mentol, son similares".[1264] Tras señalar que "[a]parentemente ambas partes conv[enían] en que las Directrices parciales de la OMS p[odía]n ser pertinentes para la diferencia", el Grupo Especial coincidió con los Estados Unidos en que "no [era]n necesariamente de aplicación directa a las necesidades reglamentarias específicas de un país en particular".[1265] No obstante, el Grupo Especial también constató que las Directrices del CMCT en cuestión:

> "[B]asadas en los mejores datos científicos disponibles y en la experiencia de las Partes", demuestran efectivamente la existencia de un consenso creciente entre la comunidad internacional sobre la conveniencia de fortalecer las políticas de control del tabaco mediante una reglamentación del contenido de los productos de tabaco, incluidos los aditivos que aumentan el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos. Así pues, consideramos que las *Directrices parciales* de la OMS corroboran nuestra opinión.[1266]

7.415. Dicho Grupo Especial además se basó en determinadas Directrices del CMCT en su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC[1267] como pruebas que "refuerzan [su] opinión"[1268] de que "hay una gran cantidad de testimonios científicos que respaldan la conclusión de que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados podría contribuir a reducir el tabaquismo entre los jóvenes"[1269], pese al hecho de que la medida recomendada no estaba expresamente identificada en el propio CMCT.[1270] Asimismo, señalamos que el Grupo Especial se basó en unas Directrices del CMCT concretas como pruebas fácticas en apoyo de determinadas constataciones formuladas en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 2

[1261] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 2.2. Asimismo, señalamos que ese Grupo Especial se basó en la definición de "*control del tabaco*" que figura en el apartado d) del artículo 1 del CMCT en el sentido de que comprende "diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 2.1, nota 3.

[1262] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.4. El CMCT y determinadas Directrices del CMCT también se describieron en la sección relativa al "contexto fáctico" del informe del Grupo Especial. En apelación, aunque el Órgano de Apelación no hizo mención expresa del CMCT, "reconoc[ió] la importancia de los esfuerzos realizados por los Miembros en la Organización Mundial de la Salud en materia de control del tabaco". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 235.

[1263] Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.229-7.231.

[1264] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.232.

[1265] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.230.

[1266] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.230.

[1267] Las constataciones del Grupo Especial con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no fueron objeto de apelación. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 9.

[1268] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.414. El Grupo Especial también se basó en un informe de la OMS de 2007 titulado "*The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation*" (La base científica de la reglamentación de los productos de tabaco). Este informe fue elaborado por un grupo de estudio, establecido de conformidad con el CMCT, compuesto por 11 expertos en la materia, y respaldado por una secretaría. Véase *ibid.,* párrafo 7.413.

[1269] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.415. Asimismo, señalamos que, en aquella diferencia, Indonesia también se refirió a diversas medidas establecidas en el CMCT "destinadas a impedir la venta de cigarrillos a los menores" en su lista de alternativas disponibles menos restrictivas del comercio a la prohibición por los Estados Unidos de los cigarrillos de clavo de olor. *Ibid.*, párrafo 7.317. Los Estados Unidos respondieron diciendo que "simplemente enumerando una serie de restricciones diferentes tomadas [d]el CMCT, Indonesia no satisface la carga de probar que hay una medida menos restrictiva del comercio que lograría el objetivo de los Estados Unidos al nivel de protección que los Estados Unidos consideran adecuado". *Ibid.*, párrafo 7.324. El Grupo Especial estuvo de acuerdo con los Estados Unidos a ese respecto. *Ibid.*, párrafos 7.420-7.423.

[1270] "Por último, aunque la prohibición de los cigarrillos aromatizados no es una de las distintas medidas previstas en el propio [CMCT], recordamos que la prohibición de la venta de cigarrillos aromatizados es efectivamente una de las medidas que se recomiendan actualmente en las *Directrices parciales* de la OMS". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.427.

del Acuerdo OTC, pese al hecho de que el Grupo Especial y las partes habían acordado que, a los efectos de aquella diferencia, no existía ninguna "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 4 del artículo 2 o de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[1271]

7.416. En los presentes procedimientos, además de Australia, determinados reclamantes también han hecho referencia al CMCT y sus Directrices como pruebas para respaldar argumentos específicos.[1272] No vemos fundamento para desestimar *ex ante* la pertinencia de estos instrumentos, sobre la base únicamente del hecho de que no constituyen una "norma internacional" a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En particular, no vemos razón alguna para presuponer que el CMCT, que ha sido adoptado por 180 países[1273], y los instrumentos conexos adoptados bajo sus auspicios no podrían informar, junto con otras pruebas pertinentes que obran en nuestro poder, nuestro análisis de aspectos pertinentes de las materias que abordan, a saber, las "medidas de control de tabaco ... para reducir ... la prevalencia del consumo de tabaco".[1274] Por lo tanto, nuestra determinación con respecto a la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 *supra* es sin perjuicio de la pertinencia y el valor probatorio que deba darse al CMCT y los instrumentos conexos en el contexto de otros aspectos de nuestro análisis de las alegaciones que nos han sido presentadas.[1275]

7.417. Por último, deseamos poner de relieve que cualquier evaluación y observaciones que hagamos de conformidad con esta sección o cualquier otra sección de los presentes informes con respecto al CMCT, sus Directrices o cualquier otro instrumento del CMCT tiene la única finalidad de resolver las cuestiones jurídicas y fácticas específicas que tenemos ante nosotros en estos procedimientos, en relación con las alegaciones que se nos han presentado con arreglo a los acuerdos abarcados pertinentes de la OMC y de conformidad con nuestro limitado mandato con arreglo al ESD.

7.418. Habiendo determinado que las medidas TPP no se benefician de una presunción, a reserva de impugnación, en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 de que no restringen el comercio más de lo necesario, proseguimos nuestro análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2, de conformidad con el enfoque descrito en la sección 7.2.2 *supra*.

[1271] Como hemos señalado anteriormente en la nota 929 *supra*, en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Grupo Especial no empezó su evaluación de la alegación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo 2 a partir de "una presunción refutable de que la prohibición impuesta a los cigarrillos de clavo de olor no es un obstáculo innecesario al comercio", en reconocimiento del acuerdo de las partes de que no existía ninguna "norma internacional pertinente" en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.331 (citado en las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 147 del Grupo Especial, párrafo 40; y en la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 179-180 y 188). Véanse también *ibid.*, el párrafo 7.458 y la nota 831 (donde el Grupo Especial concluye que, "[a]tendiendo a los hechos de la presente diferencia y a la ausencia de cualesquiera 'normas internacionales pertinentes', el párrafo 4 [del artículo 2 del Acuerdo OTC] no parece tener importancia alguna").

[1272] Por ejemplo, Honduras y Cuba citan el artículo 11 del CMCT en sus argumentos relativos a los efectos de "desgaste" de las ASG. Respuesta de Honduras a la pregunta 126 del Grupo Especial, página 38 y nota 148; segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 51 y nota 50; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 155 y nota 56. La República Dominicana también hace referencia al artículo 11 del CMCT para respaldar la afirmación de que las ASG tienen por objeto asegurar que la población no malinterprete los riesgos que el consumo de tabaco entraña para la salud. Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafo 87 y nota 105. La República Dominicana también se basa en las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT cuando analiza la importancia relativa de las caras anterior y posterior de una cajetilla en comparación con las caras laterales y la relación entre el tamaño de las advertencias sanitarias y su eficacia. Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafo 891 y nota 958, y párrafo 897 y nota 973.

[1273] Solicitud de autorización para facilitar información presentada por la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 7; y escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 12. Véanse también los párrafos 2.97 y 7.250, y la nota 908 *supra*.

[1274] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 3, titulado "Objetivo". Asimismo, señalamos que algunos de los reclamantes aducen que el CMCT y sus Directrices no son pertinentes más allá de su utilización a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, entre otras cosas porque no son pertinentes a los efectos de aclarar, de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, disposiciones pertinentes de los Acuerdos abarcados que son objeto de las alegaciones que nos han sido presentadas. No obstante, señalamos que en los presentes procedimientos no se ha aducido que el CMCT o sus Directrices informen la interpretación de una disposición específica de los acuerdos abarcados que han sido invocados ante nosotros.

[1275] Véase también la nota 894 *supra*.

7.419. Habiendo determinado que el objetivo que persiguen las medidas TPP es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos y que este es un objetivo legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, debemos realizar ahora un análisis de la relación entre distintos factores, incluido el grado en que las medidas TPP contribuyen a este objetivo, el grado en que restringen el comercio y la naturaleza de los riesgos de no alcanzar el objetivo perseguido y la gravedad de las consecuencias que tendría no alcanzarlo.

7.420. Señalamos que no se requiere *a priori* un orden determinado en todos los casos al considerar los tres factores mencionados del "análisis de la relación". No obstante, en las circunstancias del presente asunto, consideramos apropiado examinar en primer lugar el grado de contribución de las medidas TPP a su objetivo, en tanto en cuanto puede haber una correlación entre el grado en que las medidas contribuyen a este objetivo y su restrictividad del comercio. A este respecto, sin perjuicio de nuestro análisis posterior de esta cuestión, tomamos nota de la observación de Australia de que las medidas TPP tendrán como resultado un efecto limitador del comercio total de productos de tabaco porque: "i) la medida reducirá el uso de productos de tabaco (desalentando de empezar a fumar y de recaer y alentando a dejar de fumar); y ii) como las importaciones representarán pronto la totalidad del mercado de productos de tabaco de Australia debido a la eliminación gradual de la producción nacional, una reducción del uso de productos de tabaco limitará necesariamente el comercio total de productos de tabaco".[1276]

7.421. A la luz de la posible relación, identificada por la propia Australia, entre la contribución de las medidas a su objetivo y su efecto en el comercio, examinaremos primero la contribución de las medidas a su objetivo y a continuación su restrictividad del comercio. Identificaremos asimismo la naturaleza y la gravedad de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo perseguido por Australia mediante estas medidas.

7.422. Estos diversos factores informarán nuestra evaluación adicional, cuando proceda, de si los reclamantes han demostrado que existen medidas alternativas *menos* restrictivas del comercio que estén razonablemente disponibles para Australia, que lograrían una contribución equivalente a su objetivo, de tal manera que las medidas TPP restringirían el comercio *más* de lo necesario en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.

7.2.5.3 El grado de contribución de las medidas TPP a su objetivo

7.423. Tras determinar que el objetivo perseguido con las medidas de empaquetado genérico del tabaco es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de los productos de tabaco y la exposición a estos productos, y que este es un objetivo legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, analizamos ahora en qué grado las medidas de empaquetado genérico del tabaco contribuyen al logro de este objetivo. Esta contribución "debe ser determinada de manera objetiva y evaluada después junto con los demás factores mencionados en el párrafo 2 del artículo 2".[1277] Específicamente, un "grupo especial debe tratar de averiguar en qué grado el reglamento técnico impugnado, tal como se ha redactado y aplicado, contribuye realmente al objetivo legítimo perseguido por el Miembro, si es que contribuye en grado alguno".[1278]

7.424. Por consiguiente, en esta sección, tratamos de determinar en qué grado las medidas de empaquetado genérico del tabaco, tal como se han redactado y aplicado, contribuyen al objetivo legítimo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, si es que contribuyen en grado alguno.

7.425. Las partes han presentado extensos argumentos y pruebas en apoyo de sus respectivas posiciones sobre la existencia y el grado de contribución de las medidas de empaquetado genérico del tabaco a su objetivo. Asimismo, tienen opiniones diferentes sobre el enfoque que debe adoptarse con respecto a la presente evaluación. Por lo tanto, analizamos primero el enfoque general que adoptamos para realizar esta evaluación.

[1276] Respuesta de Australia a la pregunta 119 del Grupo Especial.
[1277] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 461.
[1278] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 461. (no se reproduce la nota de pie de página)

7.2.5.3.1 Exposición de los argumentos de las partes

7.426. Honduras aduce que las medidas de empaquetado genérico del tabaco no hacen ninguna contribución al objetivo de Australia ni son adecuadas para hacerlo. Honduras aduce que las pruebas en que se basó Australia, tanto en el momento de la adopción de las medidas como después, no eran pertinentes ni probatorias.[1279] Aduce que los estudios en que se basó Australia están gravemente viciados, hasta el punto de que ningún gobierno debería considerarlos como ciencia seria.[1280] Honduras declara que, tanto su país como otros reclamantes, han aportado pruebas sólidas mediante datos relativos al mercado y a las ventas que confirman la falta de contribución de las medidas de empaquetado genérico del tabaco desde su adopción.[1281]

7.427. Honduras aduce que los datos relativos al mercado muestran que las medidas de empaquetado genérico del tabaco no han reducido la prevalencia de fumadores o el consumo de tabaco. Además, aduce que los principios de las ciencias sociales confirman que las medidas no solo no pueden reducir la prevalencia del consumo de tabaco, sino que de hecho producirán un aumento del consumo, y que la teoría económica indica que, al imponer un aspecto uniforme a todos los productos de tabaco, el empaquetado genérico reduce la fidelidad del consumidor a las marcas, lo que aumenta la competencia de precios, que tiene como consecuencia inevitable un aumento de la demanda.[1282]

7.428. Honduras aduce además que la ciencia médica también demuestra que las medidas de empaquetado genérico del tabaco no contribuirán a una reducción de la prevalencia. La prevalencia del consumo de tabaco se determina mediante la evaluación de diferentes tipos de comportamiento: a saber, si hay gente que empieza a fumar (*inicio*), deja de fumar (*abandono*) y vuelve a fumar después de un período de abstinencia (*recaída*).[1283] El consumo de tabaco es una actividad compleja y multifacética con determinantes bien documentados que no guardan ninguna relación con el empaquetado del producto.[1284] Honduras afirma asimismo que el abandono y la recaída tienen determinantes bien documentados que son mucho más complejos que el simple aspecto de los productos de tabaco o un empaquetado atractivo.[1285] El empaquetado genérico no aborda los factores idiosincráticos que influyen en la toma de decisiones de los adolescentes y, por consiguiente, no puede disuadirlos de empezar a fumar. No es probable que un cambio del empaquetado en el que se suministran los cigarrillos anule los motivos básicos que tiene un adolescente para fumar, que surgen del propio acto de fumar y no del empaquetado del tabaco.[1286] Además, es posible que el aura de misterio, riesgo o transgresión que crean las medidas de empaquetado genérico del tabaco puedan atraer a los adolescentes a actividades relacionadas con el tabaco.[1287]

7.429. Honduras añade que Australia se basa indebidamente en teorías del comportamiento para aducir que las medidas de empaquetado genérico del tabaco contribuirán a su objetivo mediante una cadena causal por la que el empaquetado genérico influye en tres mecanismos que, a su vez, supuestamente influyen en la conducta tabáquica. Aunque las medidas de empaquetado genérico del tabaco redujeran el atractivo de los productos de tabaco y aumentaran la percepción de sus riesgos, es muy posible que esto no llegase a afectar a la conducta tabáquica. Las teorías no pueden demostrar ni probar la existencia de un vínculo entre los constructos no conductuales -por

[1279] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 33.
[1280] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 888.
[1281] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 36.
[1282] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 345-398 y 888 (donde se hace referencia al informe del IPE (Prueba documental DOM-100); al informe de Klick (Prueba documental UKR-5); al informe de Gibson (Prueba documental DOM-92); y a datos circunstanciales de nivel estatal y federal publicados por Australia); segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 58-61 y 100-121; y respuesta de Honduras a la pregunta 199 del Grupo Especial.
[1283] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 403.
[1284] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 442 y 888; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 211 (donde se hace referencia al informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7)).
[1285] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 442.
[1286] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 404-425 (donde se hace referencia al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6)); y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 210-213 (donde se hace referencia al informe de réplica de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-10), entre otros).
[1287] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 441 (donde se hace referencia al informe de Satel (Prueba documental UKR-7); y al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6); y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 210-213).

ejemplo variables "sustitutas", como las actitudes, opiniones, intenciones declaradas o percepciones respecto de un paquete de cigarrillos- y la cuestión de si los participantes en el estudio dejarían de fumar o fumarían menos en el caso de que solo hubiera disponibles cajetillas genéricas.[1288]

7.430. Honduras aduce que la comparación que hace Australia entre el empaquetado del tabaco y la publicidad no es aplicable en el mercado oscuro de Australia ni cuando hay una ASG dominante en el empaquetado. El empaquetado no es un medio de promoción o publicidad según los principios básicos de la mercadotecnia. Aunque lo fuese, es difícil concebir que una persona fuera a tomar la importante decisión de convertirse en fumador simplemente porque se sintiera atraído por el empaquetado. Como máximo, el empaquetado podría convencer a una persona, que ya sea fumadora, de cambiar a otra marca de productos de tabaco. En segundo lugar, la teoría económica indica que, al imponer un aspecto uniforme a todos los productos de tabaco, las medidas de empaquetado genérico del tabaco crean un mercado donde los productores deben competir sobre la base del precio, lo que da lugar a precios más bajos y a un aumento de la demanda y la prevalencia.[1289]

7.431. Según las normas de la OMC, la reglamentación nacional debe poder justificarse objetivamente y, cuando proceda, debe basarse en testimonios científicos y objetivos.[1290] En opinión de Honduras, los estudios a los que Australia ha hecho referencia antes y después de la aplicación de las medidas de empaquetado genérico del tabaco para justificar su convicción de que contribuirán a reducir el consumo de tabaco carecen de rigor científico y están viciados por muchos errores que arrojan dudas sobre la objetividad científica de la investigación y los autores.[1291] Los estudios de Australia se basaron en declaraciones no fiables de los propios entrevistados relativas a posibles intenciones conductuales sobre la base de las cuales los autores de los estudios extrajeron conclusiones no justificadas.[1292] Ningún gobierno debe considerar los estudios en que se basó Australia como una ciencia sólida.[1293]

7.432. Honduras aduce que sería razonable esperar, y de hecho las pruebas anteriores a la implementación así lo pronosticaban, que una intervención como el empaquetado genérico daría muestras de su repercusión en los dos primeros años de su implementación.[1294] El argumento de Australia de que se prevé que las medidas de empaquetado genérico del tabaco produzcan resultados con el tiempo y en combinación con otras medidas es, aduce Honduras, interesado y no está respaldado por pruebas cualitativas o cuantitativas de que las medidas sean "adecuadas" para hacer una contribución importante, como se requiere.[1295] La naturaleza, la arquitectura y el diseño de las medidas no son adecuados para contribuir a cambiar la conducta tabáquica a corto o a largo plazo, porque no abordan los determinantes del consumo de tabaco.[1296] Además, es bien sabido que una medida de control del tabaco que no esté basada en los precios tiene su mayor efecto a

[1288] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 462-463, 484 y 494 (donde se hace referencia al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4) y al informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3)); segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 142-156 (donde se hace referencia al informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3) y al informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4); y respuesta de Honduras a la pregunta 202 del Grupo Especial.

[1289] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 443-454 y 888 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5) y al informe de Winer (Prueba documental UKR-9)); y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 36 y 201-209 (donde se hace referencia al informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), entre otros).

[1290] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 459 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591).

[1291] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 455 y 457.

[1292] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 33.

[1293] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 888.

[1294] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 343-344 (donde se hace referencia a Pechey *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(51)). Véanse también las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 160 del Grupo Especial.

[1295] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 40 y 43-44 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*). Véase también la respuesta de Honduras a la pregunta 126 del Grupo Especial.

[1296] Declaración final de Honduras en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 16; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 53.

corto plazo y está sujeta al desgaste, un efecto que los investigadores ya han observado en Australia.[1297]

7.433. Honduras aduce que las pruebas empíricas del efecto real de una medida en el comportamiento son las mejores pruebas para contrastar si la arquitectura, la estructura y el diseño de la medida son adecuados para contribuir al objetivo. Existen pruebas empíricas probatorias y fiables de la falta de repercusión real de la medida transcurridos más de dos años y medio desde su introducción, y debe darse prioridad a esas pruebas en el análisis.[1298] No vale que Australia se centre solo en teorías cuando hay hechos suficientes para evaluar la repercusión de las medidas.[1299]

7.434. La República Dominicana afirma que Australia ha ofrecido un marco conceptual en el que las medidas contribuyen a su objetivo en un momento futuro no especificado por medio de una cadena de efectos por la cual las medidas funcionarán a través de tres mecanismos (atractivo, eficacia de las ASG y engaño); a continuación, los cambios experimentados en esos tres mecanismos, a su vez, incidirán desfavorablemente en las creencias, actitudes e intenciones (incluidas las percepciones y el conocimiento de los daños que causa fumar, el placer de fumar y las intenciones de fumar); y estos cambios, en última instancia, actuarán como antecedentes de la conducta y reducirán el consumo de tabaco. Australia y sus expertos afirman que los cambios en las creencias, actitudes y/o intenciones se traducirán inevitablemente en una modificación de la conducta tabáquica. La República Dominicana aduce que esta presunción se basa en ideas erróneas fundamentales sobre las teorías del comportamiento.[1300]

7.435. Además, la investigación en que se basa Australia para respaldar su hipótesis adolece de muchos errores metodológicos, lo que hace que no sea fiable ni probatoria. Al aplicar los criterios de rigor metodológico que se aplican en la investigación del comportamiento de los consumidores en el ámbito de las ciencias sociales a los trabajos que investigan los efectos conductuales previstos del empaquetado genérico se ponen de manifiesto errores fatales. Estos errores incluyen, en opinión de la República Dominicana, a) la medición de resultados distantes, como el atractivo visual, las creencias, y las actitudes e intenciones respecto del tabaco, en lugar de la conducta tabáquica real; b) el empleo de diseños de estudios no experimentales que no permiten extraer ninguna conclusión con respecto al efecto del empaquetado genérico en el resultado medido; y c) otros errores metodológicos que hacen que los resultados del estudio estén influidos por factores distintos de la intervención del empaquetado genérico.[1301] Además, el proceso seguido para desarrollar la investigación en apoyo del empaquetado genérico suscita importantes interrogantes sobre su objetividad y fiabilidad.[1302]

7.436. La República Dominicana también rechaza la analogía que realiza Australia entre el empaquetado del tabaco y la publicidad, según la cual 1) la publicidad hace que las personas fumen; 2) el empaquetado es una forma de publicidad; y 3) la eliminación de las marcas en el empaquetado es "*capaz* de influir" en la conducta tabáquica. La República Dominica cuestiona la comparación entre la pequeña cantidad de espacio de la cajetilla que no está cubierta por la ASG y la publicidad tradicional, y afirma que, incluso antes de que se introdujeran las medidas de empaquetado genérico del tabaco, el empaquetado utilizado en Australia tenía un atractivo negativo, en comparación con la publicidad tradicional, que comunica mensajes muy positivos.

[1297] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 28, 51 y 126 (donde se hace referencia a Zacher *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-223 (revisada), DOM-287)). Véase también la respuesta de Honduras a la pregunta 126 del Grupo Especial, sección A.

[1298] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 38 y 50. Véanse también la respuesta de Honduras a la pregunta 71 del Grupo Especial; y las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 160 del Grupo Especial.

[1299] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 145.

[1300] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 13-14 (donde se hace referencia al informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3)). Véanse también la declaración final de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 12; y la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 2 del Grupo Especial, sección A.

[1301] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 56-65 (donde se hace referencia al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4); y al informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3)).

[1302] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 68-80.

Los efectos del empaquetado genérico sobre la demanda, según el propio experto de Australia, no pueden inferirse por analogía con los efectos de la publicidad tradicional sobre la demanda.[1303]

7.437. La República Dominicana también afirma que axiomas de las ciencias sociales y médicas ampliamente aceptados confirman que las medidas de empaquetado genérico del tabaco no serán efectivas para lograr los objetivos declarados de Australia. El empaquetado con marca sirve a los efectos de identificación y diferenciación de los productos. No cambia el tamaño global del mercado con respecto al producto.[1304] El empaquetado genérico tampoco reducirá las tasas de inicio del consumo de tabaco, porque los adolescentes tienen una propensión a las conductas de riesgo y se sienten atraídos por el tabaco por las recompensas sociales que entraña la propia conducta, no por el empaquetado destinado a los consumidores.[1305] Análogamente, el empaquetado genérico no aumentará los abandonos del consumo de tabaco ni disuadirá de las recaídas porque estas conductas no están determinadas en el empaquetado.[1306]

7.438. La República Dominicana observa que el peso relativo que un grupo especial atribuye a las pruebas sobre la estructura y el diseño de una medida, por un lado, y sobre su funcionamiento o aplicación previsto o efectivo, por otro, es necesariamente específico en cada caso y está influido por variables como las pruebas disponibles, la pertinencia de las pruebas y la naturaleza de las alegaciones y los argumentos formulados por las partes.[1307] Las pruebas relativas al funcionamiento efectivo pueden poner de manifiesto que el diseño y la estructura de una medida se han concebido erróneamente o no funcionan como estaba previsto y, por lo tanto, no prueban si la medida contribuye a su objetivo. La República Dominicana aduce que, en esta etapa, las pruebas relativas al funcionamiento efectivo son mucho más valiosas que las simples expectativas.[1308] Los datos empíricos del mundo real, que no se basan en opiniones ni son predictivos, permiten una evaluación objetiva de los efectos conductuales reales del cambio del aspecto de los productos de tabaco y su empaquetado, y son las pruebas más fiables y creíbles que el Grupo Especial tiene a su disposición para evaluar la contribución que hacen estas medidas a la consecución de su objetivo.[1309] Según los datos disponibles en el momento de presentar su comunicación, que abarcan cerca de tres años, la República Dominicana aduce que no hay pruebas de que las medidas de empaquetado genérico del tabaco estén teniendo un efecto estadísticamente significativo en la prevalencia o el consumo.[1310] Un estudio realizado por Australia diseñado para evaluar el funcionamiento efectivo de las medidas de empaquetado genérico del tabaco tras su implementación también pone de manifiesto que "aparte de determinados cambios obvios en el atractivo de la cajetilla y la percepción de las advertencias sanitarias que han duplicado con creces su tamaño", hay una falta sistemática de pruebas de que haya habido modificaciones en los denominados antecedentes de la conducta tabáquica. Además, "la repercusión bastante limitada de las políticas que hemos apreciado hasta la fecha tenderá a perder fuerza con el tiempo". Así pues, las medidas de empaquetado genérico del tabaco no han modificado ni los antecedentes de la conducta tabáquica ni la propia conducta tabáquica.[1311]

[1303] Declaración inicial de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 43-50 (donde se hace referencia al informe de Dubé (Prueba documental AUS-11)); y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 102 del Grupo Especial, párrafos 92-99.

[1304] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 81-82 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5).

[1305] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 83 (donde se hace referencia al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6); y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 102 del Grupo Especial, párrafos 87-88.

[1306] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 84 (donde se hace referencia al informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7)).

[1307] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 71 del Grupo Especial.

[1308] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 2 del Grupo Especial, párrafo 21; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 555-556; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 310-312.

[1309] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 47-55, 430 y 555-558 (donde se hace referencia al informe del IPE (Prueba documental DOM-100); y al informe de Klick (Prueba documental UKR-5)). Véanse también las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 206 del Grupo Especial, párrafo 313.

[1310] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 11-12 (donde se hace referencia al informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-303); y al informe de List (DOM/IDN-1)); y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 199 del Grupo Especial (donde se hace referencia al tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375)).

[1311] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 16-25 (donde se cita el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2)); y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 146 del Grupo Especial, párrafo 6.

En opinión de la República Dominicana, la realidad del funcionamiento efectivo es que las medidas de empaquetado genérico del tabaco "no han respondido a las expectativas ni de los investigadores en materia de control del tabaco ni del Gobierno australiano".[1312]

7.439. La República Dominicana aduce que las medidas de empaquetado genérico del tabaco no pueden seguir justificándose con predicciones a corto plazo basadas en investigaciones que no se han materializado en un período largo.[1313] La afirmación de Australia de que la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en las tasas del consumo de tabaco será más fuerte a largo plazo debe apoyarse en pruebas sólidas y no puede ser fruto de especulaciones. A fin de asegurar que los Miembros de la OMC no puedan eludir el examen de sus medidas restrictivas simplemente afirmando la existencia de efectos a largo plazo, más allá del calendario de las actuaciones de un grupo especial, el Órgano de Apelación explicó en *Brasil - Neumáticos recauchutados* que las alegaciones de efectos futuros deben estar claramente definidas y ser sometidas a una rigurosa comprobación. El recorrido debe establecerse mediante "*proyecciones cuantitativas* en el futuro o en un *razonamiento cualitativo* basado en una serie de hipótesis *verificadas y apoyadas por pruebas suficientes*". Australia no ha aportado ni una cosa ni la otra. Más bien, las pruebas en las que Australia se basa pronosticaban que el efecto del empaquetado genérico se habría materializado a día de hoy y que su efecto solo se debilitaría con el tiempo.[1314]

7.440. Cuba aduce que los datos sobre consumo y prevalencia posteriores a la implementación demuestran que las medidas de empaquetado genérico del tabaco no han contribuido a reducir el uso de tabaco en Australia. En el análisis suplementario de los datos realizado por una serie de expertos independientes no se encuentran pruebas de un efecto sobre la prevalencia o el consumo, ni en la población general de Australia ni en los subgrupos pertinentes que más preocupan a los expertos en salud una mayor preocupación.[1315] Los propios estudios posteriores a la implementación realizados por Australia tampoco muestran que las medidas de empaquetado genérico del tabaco hayan repercutido en los mecanismos que Australia considera que darán lugar a una modificación de la conducta tabáquica.[1316] En última instancia, no hay mejor prueba de la eficacia de una política que su aplicación en el mundo real. Los datos sobre prevalencia y consumo posteriores a la implementación deben considerarse pruebas decisivas de si las medidas de empaquetado genérico del tabaco pueden realmente lograr su objetivo previsto. Las hipótesis en abstracto y las conclusiones especulativas no serán adecuadas frente a pruebas creíbles de los efectos reales de las medidas.[1317] Habida cuenta de que no ha habido ni siquiera un efecto de "choque" a corto plazo y del hecho generalmente aceptado de que las comunicaciones sanitarias están sujetas a "desgaste", cualesquiera efectos a más largo plazo en la conducta tabáquica son ilusorios.[1318]

7.441. Cuba también aduce que el razonamiento de Australia para adoptar las medidas de empaquetado genérico del tabaco estaba viciado, lo que pone de manifiesto por qué las medidas no han sido efectivas. Los estudios en que se basa Australia no aportan un fundamento sólido para concluir que las medidas de empaquetado genérico del tabaco reducirán el consumo de tabaco. En ninguno de los estudios se mide el consumo real de tabaco. Se utilizan diseños de investigación que arrojan dudas considerables sobre la fiabilidad de cualesquiera conclusiones alcanzadas y que

[1312] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafos 345 y 348.

[1313] Declaración inicial de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 55. Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 126 del Grupo Especial, párrafo 279.

[1314] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 126 del Grupo Especial, párrafos 273-299; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 363-368. (las cursivas figuran en el original)

[1315] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 95-144; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 112-115 y 266-284 (donde se hace referencia al informe del IPE (Prueba documental DOM-100); al informe de Klick (Prueba documental UKR-5); al informe de réplica de Klick (Prueba documental HND-118); y al informe de Gibson (Prueba documental DOM-92), entre otros). Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 199 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-122), entre otros).

[1316] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 316-335.

[1317] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 40 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 317). Véanse también la respuesta de Cuba a la pregunta 2 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial); y las observaciones de Cuba sobre la respuesta de Australia a la pregunta 160 del Grupo Especial.

[1318] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 154-155 y 265. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 203 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial (Prueba documental DOM/HND/IDN-6)).

se aplicaron de forma que genera otras preocupaciones de índole metodológica.[1319] Además, la investigación relativa a los determinantes clave de las conductas de inicio, abandono y recaída indica que el empaquetado del tabaco no es un factor importante.[1320]

7.442. Cuba aduce que el argumento de Australia de que las medidas de empaquetado genérico del tabaco "reducirán el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores" es erróneo. En primer lugar, los estudios no establecen que el empaquetado con marca sea atractivo en el contexto normativo australiano, que incluye una ASG dominante que ocupa un 75% de la cara anterior del paquete. En segundo lugar, los efectos de los elementos de la marca en la parte residual del paquete no pueden equipararse a publicidad. En tercer lugar, Australia no demuestra la existencia de un vínculo entre el concepto de atractivo y el consumo de tabaco.[1321] El intento de Australia de ocultarse tras enrevesadas teorías del comportamiento para establecer una relación entre las intenciones y las actitudes de los fumadores y su conducta no es convincente.[1322]

7.443. Cuba afirma que la alegación de Australia de que las medidas de empaquetado genérico del tabaco "aument[ará]n la efectividad de las advertencias sanitarias", por lo que se reducirán las tasas de consumo de tabaco, también es errónea. Específicamente, "[n]o es plausible dar a entender que la atención errática de un consumidor ... que ... no percibe una [advertencia sanitaria gráfica que abarca el 75% de la cara anterior del paquete] será convenientemente redirigida a causa de un empaquetado genérico". Las conclusiones de los estudios sobre esta materia "no aportan base alguna para concluir que los paquetes genéricos hacen que las advertencias sean más eficaces". Y aunque esto fuese cierto, puede tener poco efecto en la conducta tabáquica, dado que la inmensa mayoría de la población ya es consciente de los riesgos pertinentes.[1323]

7.444. Haciendo referencia al argumento formulado por Australia de que el empaquetado es un tipo de publicidad que puede influir en las respuestas del consumidor, incluido el comportamiento con respecto a la compra y el consumo, Cuba aduce que los propios expertos de Australia reconocen, no obstante, que las pruebas sobre los efectos de la publicidad no son pertinentes para el empaquetado genérico del tabaco. El empaquetado del tabaco no sirve de publicidad en el mercado de tabaco, oscuro y maduro de Australia, donde las ASG ocupan la mayor parte del paquete.[1324] Además, las medidas de empaquetado genérico del tabaco pueden tener efectos perjudiciales en la salud pública, al hacer que los precios disminuyan y el consumo y la prevalencia aumenten. Las medidas de empaquetado genérico del tabaco también pueden hacer que fumar resulte más atractivo para los adolescentes rebeldes.[1325]

7.445. Cuba suscribe, en términos generales, los argumentos presentados por los demás reclamantes con respecto a la validez de las pruebas presentadas en sus primeras comunicaciones escritas, así como las pruebas presentadas en sus segundas comunicaciones escritas para demostrar que las medidas de empaquetado genérico del tabaco no contribuyen al objetivo de Australia y no han sido efectivas.[1326]

[1319] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 169-184 (donde se hace referencia al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4); al informe de Klick relativo a las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6); al informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3); y al informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), entre otros).

[1320] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 208-216; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 291-300 (donde se hace referencia al informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72); al informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8); al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6); y al informe de Satel (Prueba documental UKR-7)).

[1321] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 201-207.

[1322] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 287-289. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 202 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial (Prueba documental DOM/HND/IDN-6)).

[1323] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 222-227 (donde se hace referencia al informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), entre otros).

[1324] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 301-309 (donde se hace referencia al informe de Dubé (Prueba documental AUS-11); al informe de Winer (Prueba documental UKR-9); y al informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), entre otros).

[1325] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 231-238 (donde se hace referencia al informe del IPE (Prueba documental DOM-100); y al informe de Satel (Prueba documental UKR-7), entre otros).

[1326] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 119.

7.446. Indonesia señala que, según las orientaciones del Órgano de Apelación, la contribución de una medida a su objetivo puede demostrarse de forma cuantitativa o cualitativa, y puede entrañar i) la evaluación de pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente; así como ii) proyecciones cuantitativas en el futuro o un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes.[1327]

7.447. Indonesia alega que en estudios realizados por múltiples investigadores con enfoques analíticos diferentes no se ha encontrado ninguna prueba empírica de que las medidas de empaquetado genérico del tabaco hayan reducido la prevalencia después de su implementación. Además, las pruebas a nivel de estados muestran que, en algunas partes de Australia, la prevalencia ha aumentado.[1328] En casos como los presentes procedimientos, en los que hay pruebas reales que demuestran la contribución (o en el presente asunto, la falta de contribución) de una medida impugnada, el Grupo Especial debe atribuir mayor peso a estas pruebas que al "diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico".[1329]

7.448. Indonesia impugna la afirmación de Australia de que las medidas de empaquetado genérico del tabaco contribuirán a una disminución del inicio del consumo de tabaco y un aumento del de abandono del consumo de tabaco.[1330] Australia no aportó una base empírica sólida que sustente la hipótesis de que las medidas de empaquetado genérico del tabaco modificarán las conductas tabáquicas a las que van dirigidas. En cambio, presupuso que la teoría del comportamiento "probaba" que las actitudes respecto del atractivo de los productos de tabaco y los riesgos para la salud afectan a la conducta tabáquica real, lo que dio lugar a una serie de errores en la investigación posterior.[1331] Los estudios en los que se basó Australia no reflejan la realidad del mercado, en el que solo hay disponibles paquetes genéricos, cuya mayor parte está ocupada por advertencias sanitarias gráficas sin ningún atractivo[1332], y adolecen de un buen número de errores metodológicos graves, por lo que sus conclusiones no son fiables.[1333]

7.449. Indonesia insta al Grupo Especial a que no permita que Australia se niegue a que las medidas de empaquetado genérico del tabaco sean sometidas a examen porque forman parte de una "serie de medidas"[1334] o contribuirán a reducir el consumo de tabaco "a largo plazo".[1335] Toda contribución debe distinguirse de la reducción general de la prevalencia del consumo de tabaco que ha existido en Australia durante años y del efecto de la ampliación de las ASG.[1336]

7.450. Australia responde que, al eliminar "una de las últimas fronteras de la publicidad del tabaco en Australia" mediante la introducción del empaquetado genérico del tabaco, "pretendía romper el vínculo existente entre el empaquetado de productos de tabaco y la conducta tabáquica, en particular en el caso de los jóvenes".[1337] Como reconoce la industria tabacalera, y como se pone de manifiesto en la mercadotecnia y las ciencias de la salud pública, si no se regula, el empaquetado de productos de tabaco puede desempeñar la misma función que otras formas de

[1327] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 171 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 299, que cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 150; el informe del Grupo Especial, *China - Materias primas*, párrafos 7.480-7.481, 7.484-7.486; y el informe del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.146).

[1328] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 23, 114-117, 320-334, 341-352 y 412 (donde se hace referencia al informe del IPE (Prueba documental DOM-100); y al informe de Klick (Prueba documental UKR-5), entre otros). Véase también la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 192-193. Indonesia incorpora por referencia el análisis realizado por la República Dominicana de los datos posteriores a la implementación en su segunda comunicación escrita. *Ibid.,* párrafo 193.

[1329] Respuesta de Indonesia a la pregunta 71 del Grupo Especial.

[1330] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 412-416 (donde se hace referencia al informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7); y al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), entre otros).

[1331] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 190.

[1332] Declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 32-33; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 186-187.

[1333] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 186.

[1334] Declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 27; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 177.

[1335] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 178-179; y respuesta de Indonesia a la pregunta 126 del Grupo Especial.

[1336] Declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 27; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 172-176.

[1337] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 60-61.

mercadotecnia y promoción, incluida la publicidad, especialmente en un mercado oscuro[1338], como Australia.[1339] Las marcas, la innovación del empaquetado y los elementos de diseño influyen en el comportamiento del consumidor al producir percepciones positivas de la marca y de los productos de tabaco.[1340] Los jóvenes pueden sentirse motivados a empezar a fumar por el empaquetado del tabaco que comunica que la marca suplirá necesidades psicológicas importantes, lo cual pesa más que cualquier consideración sobre los posibles riesgos.[1341] Análogamente, el empaquetado con marca puede ser un estímulo para que los fumadores y los exfumadores que corren el riesgo de recaer sigan consumiendo tabaco.[1342] Así pues, el empaquetado funciona como una forma de publicidad que influye en las conductas de inicio, abandono y recaída, lo que aumenta la demanda general de productos de tabaco.[1343]

7.451. Australia aduce que el "empaquetado genérico del tabaco cumple sus objetivos" mediante un modelo "mediacional", o "cadena causal", según el cual las medidas TPP mejoran la salud pública al influir en los tres mecanismos identificados en la Ley TPP.[1344] Hay "pruebas empíricas sólidas" de que cada uno de los mecanismos contribuirá al objetivo general de Australia de proteger la salud de las personas.[1345] A saber, el empaquetado genérico reduce el atractivo de los productos de tabaco al: i) restar atractivo al empaquetado del tabaco[1346]; ii) reducir las percepciones positivas del sabor[1347]; y iii) reducir las percepciones positivas de los fumadores.[1348] El empaquetado genérico también aumenta la eficacia de las advertencias sanitarias al minimizar la distracción que provocan el diseño y los elementos del paquete que eliminan la percepción del riesgo, como se indica en estudios que demuestran: a) un aumento de la atención visual que se presta a las advertencias; y b) un aumento del recuerdo de las advertencias sanitarias y de las percepciones sobre la credibilidad y seriedad de las advertencias.[1349] La normalización del paquete también limita la capacidad de este para inducir a error al impedir que la utilización de los elementos descriptivos, el diseño del empaquetado, el color y la innovación estructural induzcan a error a los consumidores acerca del carácter nocivo de los productos de tabaco.[1350] Tanto de forma directa como mediante cada mecanismo, las medidas TPP influyen en las intenciones y el comportamiento del consumidor con respecto al tabaco.[1351]

7.452. Australia añade que las pruebas que respaldan el empaquetado genérico del tabaco son abundantes, sólidas y fiables, y las críticas de los reclamantes no tienen en cuenta su "peso abrumador" y su "naturaleza convergente". En cambio, los reclamantes exageran las limitaciones de los estudios e ignoran sus puntos fuertes, entre otros errores.[1352] El enfoque más adecuado

[1338] Australia explica que es un "mercado oscuro" porque su marco normativo en materia de publicidad y promoción del tabaco es sumamente restrictivo. Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 8, nota 3.

[1339] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 66-86 y 207-211 (donde se hace referencia al informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10); y al informe de Dubé (Prueba documental AUS-11), entre otros).

[1340] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 75-91 (donde se hace referencia al informe de Slovic (Prueba documental AUS-12); al informe de Biglan (Prueba documental AUS-13); y al informe de Fong (Prueba documental AUS-14), entre otros).

[1341] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 92-96 (donde se hace referencia al informe de Slovic (Prueba documental AUS-12); y al informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), entre otros).

[1342] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 97-102 (donde se hace referencia al informe de Brandon (Prueba documental AUS-15); al informe de Slovic (Prueba documental AUS-12); y al informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), entre otros).

[1343] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 60-102 y 615-645; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 214-256 y 444-450; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 33-47.

[1344] Primera comunicación escrita de Australia, parte II.I, párrafos 142-205.

[1345] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 145-147.

[1346] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 148-152.

[1347] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 153-155.

[1348] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 156-162.

[1349] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 169-181.

[1350] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 187-195.

[1351] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 163-168, 182-186 y 196-205.

[1352] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 212-214, 607-614 y anexo E, párrafos 1-10 (donde se hace referencia al informe de Samet (Prueba documental AUS-7); al informe de Fong (Prueba documental AUS-14); al informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61); al examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59); y al examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60), entre otros); y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 482-485.

para distinguir los efectos de las medidas TPP en las primeras etapas de su introducción era basarse en los experimentos y estudios que analizaban los determinantes de la elección, las actitudes y, en última instancia, la elicitación de las intenciones conductuales, uno de los predictores más sólidos de la conducta futura.[1353] El rechazo por parte de los reclamantes de estas pruebas es erróneo, ya que las variables no conductuales se utilizan con frecuencia en revistas y manuales de investigación en el ámbito del consumo, la psicología y la mercadotecnia, y se consideran buenos predictores de la conducta en el control del tabaco.[1354] Además, pruebas empíricas demuestran el efecto de las medidas TPP en la conducta relacionada con el tabaco[1355], como admiten necesariamente los reclamantes como consecuencia de su argumento de que las medidas TPP han hecho que disminuya la disposición de los consumidores a pagar por determinados productos de tabaco.[1356]

7.453. El fundamento principal en el que se basan los reclamantes para aducir que las medidas TPP no pueden contribuir a su objetivo es su afirmación de que las pruebas cuantitativas no indican disminuciones apreciables de la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco en Australia.[1357] Los reclamantes no han establecido que el empaquetado genérico del tabaco hará que aumente el consumo del tabaco[1358], ni que la prevalencia y el consumo no hayan disminuido desde la introducción del empaquetado genérico del tabaco. Australia considera que las pruebas empíricas sobre la prevalencia y el consumo posteriores a la implementación presentadas por los reclamantes son fundamentalmente erróneas y afirma que los datos posteriores a la implementación indican que las medidas de empaquetado genérico del tabaco han dado lugar a disminuciones apreciables de la prevalencia y el consumo.[1359]

7.454. Australia aduce, no obstante, que siempre ha considerado que las medidas TPP producirán sus mayores efectos a largo plazo.[1360] Habida cuenta de que las medidas han estado en funcionamiento durante un período limitado, la utilidad de los datos cuantitativos a corto plazo es "limitada", en particular, a la luz de sus "numerosas dificultades". Es probable que los datos sobre la prevalencia y el consumo a corto plazo "oculten" cambios en el inicio, el consumo y la recaída, como demuestra el efecto diferido que tuvo la introducción de ASG en las tasas de prevalencia del consumo de tabaco en el Canadá.[1361] El Órgano de Apelación ha reconocido que la contribución de un reglamento técnico a sus objetivos, particularmente en el caso de una medida de salud pública, no tiene que ser "inmediatamente perceptible" y que los efectos de determinadas medidas de salud pública complejas "solo pueden evaluarse contando con el concurso del tiempo".[1362] En consecuencia, "la incapacidad por parte de los expertos de los reclamantes de identificar un efecto del empaquetado genérico estadísticamente significativo en los conjuntos de datos relativos a la prevalencia y el consumo a corto plazo en este momento no prueba que la medida de empaquetado genérico del tabaco no pueda contribuir a sus objetivos legítimos de salud pública".[1363]

7.455. Australia aduce además que "teniendo en cuenta la naturaleza del objetivo de la medida de empaquetado genérico del tabaco, sus características puestas de manifiesto en su diseño y estructura, y la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles, el Grupo Especial debería determinar el grado de contribución de la medida en términos cualitativos".[1364] Australia

[1353] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 145-147.
[1354] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 215-216.
[1355] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 444-445 y 451-481.
[1356] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 476-478.
[1357] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 487.
[1358] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 659-663; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 479-480.
[1359] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 664-682 (donde se hace referencia al informe de Chipty (Prueba documental AUS-17), entre otros). Véanse *ibid.*, anexo E, párrafos 11-86; la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 506-523; y la declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva, párrafos 13-20.
[1360] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 495-499; y respuestas de Australia a las preguntas 7 y 200 del Grupo Especial.
[1361] Respuesta de Australia a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 194; y segunda comunicación escrita de Australia, anexo A, párrafos 597-634. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 7 del Grupo Especial.
[1362] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 436 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151).
[1363] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 492.
[1364] Respuesta de Australia a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 192.

afirma que no hay ninguna obligación de cuantificar el grado de contribución de un reglamento técnico impugnado y que, según las circunstancias, basta con demostrar la contribución mediante un "razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por [testimonios científicos".[1365] Australia remite a la constatación formulada por el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas* de que, cuando las pruebas relativas al funcionamiento efectivo de la medida fuesen "limitada[s] y desigual[es]", la contribución podía demostrarse mediante pruebas cualitativas que indicasen que la medida "'*puede* contribuir y contribuye en *cierta medida*' a su objetivo, o que hace una contribución '*en cierta medida*'".[1366] Este, afirma Australia, "es el método más idóneo para realizar una evaluación correcta de la contribución en las circunstancias" de esta medida.[1367] Australia ha presentado pruebas que "establecen de forma contundente la existencia de una relación causal" entre los mecanismos específicos mediante los cuales está destinada a funcionar y sus objetivos generales, incluidas pruebas de que el empaquetado de tabaco es una forma de publicidad, de que el empaquetado del tabaco incide en las percepciones que se tiene de los productos de tabaco y de que el empaquetado del tabaco influye en la conducta tabáquica. Agrega que "[l]a idoneidad del empaquetado genérico del tabaco para contribuir a sus objetivos a largo plazo se ve reforzada por el hecho de que 130 partes en el CMCT recomendaron precisamente esta medida como medio para fomentar los objetivos de salud pública del CMCT".[1368]

7.2.5.3.2 Principales argumentos de los terceros

7.456. La Argentina, citando el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO*, declara que cuando un grupo especial se pronuncia sobre una alegación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC debe tratar de averiguar en qué grado un reglamento técnico contribuye al logro de un objetivo legítimo a partir del "diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico, así como de pruebas relativas a su aplicación". Además, señala que el Órgano de Apelación ha explicado, en el contexto del artículo XX del GATT de 1994, que "un grupo especial debe evaluar la contribución efectiva de la medida en litigio al objetivo legítimo".[1369]

7.457. El Brasil cree que el "grado de logro" de las medidas debería discernirse del diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida.[1370] El Brasil declara que las pruebas relativas a la puesta en práctica de la medida "deberían tenerse en cuenta como elemento objetivo de información con el que evaluar el diseño, la estructura y el funcionamiento de una medida", en parte para asegurar que las medidas que no se han aplicado en su totalidad, pero son adecuadas para contribuir, puedan seguir considerándose compatibles con los acuerdos abarcados. Asimismo, indica que, en aquellas situaciones en que las medidas se hayan implementado recientemente, los grupos especiales quizás estimen oportuno aplicar "una perspectiva temporal más prolongada".[1371]

7.458. Haciendo referencia al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, el Canadá declara que la "naturaleza del objetivo del reglamento técnico, sus características tal como se ponen de manifiesto en su diseño y estructura, y la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles influirán en la cuestión de si el grado de contribución del reglamento técnico a su objetivo puede evaluarse en términos cuantitativos o cualitativos". Además, "lo pertinente para identificar la contribución que hace una medida en litigio es el grado *global* de contribución de la medida al objetivo, y no cualquier aspecto individual aislado de la contribución".[1372]

[1365] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 429 y 434-439 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151; y a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.228); y respuesta de Australia a la pregunta 126 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*,párrafo 5.209).

[1366] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 435 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.228). (las cursivas figuran en el original, no se reproduce la nota de pie de página)

[1367] Respuesta de Australia a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 192.

[1368] Respuesta de Australia a la pregunta 126 del Grupo Especial, párrafos 171-172.

[1369] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 51 y nota 28.

[1370] Respuesta del Brasil en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial.

[1371] Respuesta del Brasil en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial.

[1372] Declaración del Canadá en calidad de tercero, párrafos 6-7.

7.459. Según el Canadá, habida cuenta de la reciente implementación de la medida de empaquetado genérico y del hecho de que la Ley TPP forma parte de un sistema integral destinado a abordar un problema de salud pública complejo, las pruebas empíricas posteriores a la implementación deben analizarse junto con las proyecciones de futuro cuantitativas y cualitativas pertinentes de la contribución de la medida a su objetivo.[1373]

7.460. China también recuerda las orientaciones del Órgano de Apelación de que el grado de contribución de una medida puede discernirse a partir del diseño, la estructura, el funcionamiento y la aplicación de la medida. Señala que un grupo especial debería evaluar la contribución real de la medida, no la contribución prevista.[1374] El Órgano de Apelación indicó en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)* que el grado de contribución puede evaluarse en términos cuantitativos o cualitativos, en función de las circunstancias particulares de cada caso determinado.[1375] En los presentes procedimientos, es posible que las pruebas relativas al período posterior a la implementación no ofrezcan una orientación decisiva, teniendo en cuenta que la implementación de las medidas es relativamente reciente.[1376] China también aduce que para el cumplimiento del párrafo 2 del artículo 2 no exige un umbral mínimo de contribución. Más bien, un grado bajo de contribución podría ser suficiente si el grado de restrictividad del comercio es bajo.[1377]

7.461. La Unión Europea señala que el Órgano de Apelación ha indicado, en el contexto del artículo XX del GATT de 1994, que la contribución puede demostrarse recurriendo a "pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente" o mediante "una demostración de que la medida es adecuada para hacer una ... contribución", posiblemente haciendo referencia a "proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes".[1378] Alienta al Grupo Especial a que aplique una "perspectiva temporal de largo plazo" adecuada que permita a las medidas producir sus efectos previstos.[1379] Señala que el Grupo Especial "debe examinar" las pruebas que se le presenten relativas al período posterior a la implementación, pero cree que el peso que se debe atribuir a cada prueba particular debe determinarse caso por caso.[1380]

7.462. La Unión Europea sugiere que el Grupo Especial tenga en cuenta que las medidas forman "parte de una estrategia integral de medidas de control del tabaco" y que el Órgano de Apelación ha observado en situaciones similares que, a corto plazo, puede resultar difícil separar la contribución de una medida.[1381] Al examinar los efectos reales de la medida, el Grupo Especial tendrá que examinar si existe una relación auténtica y sustancial de causa a efecto entre la medida y los efectos observados. En el caso de que el Grupo Especial no pueda separar y distinguir la repercusión causal de la medida en litigio de otras variables, la medida contribuye al objetivo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[1382]

7.463. El Japón señala que el Órgano de Apelación ha sostenido que "cuando un grupo especial se pronuncia sobre una alegación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo 2, debe tratar de averiguar -a partir del diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico, así como de pruebas relativas a la aplicación de la medida- en qué grado … el reglamento técnico impugnado contribuye realmente al objetivo legítimo perseguido por el Miembro".[1383] El Órgano de Apelación también ha señalado, en el contexto de evaluar la contribución de una medida en litigio, que "la naturaleza del objetivo del reglamento técnico en litigio, sus características tal como se ponen de manifiesto en su diseño y estructura, y la naturaleza, la cantidad y la calidad de las

[1373] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial.
[1374] Comunicación de China en calidad de tercero, párrafo 76. Véase también la declaración de China en calidad de tercero, párrafo 18.
[1375] Respuesta de China en calidad de tercero a la pregunta 5 del Grupo Especial.
[1376] Respuesta de China en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial.
[1377] Comunicación de China en calidad de tercero, párrafo 77.
[1378] Comunicación de la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 71.
[1379] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial; y declaración de la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 4.
[1380] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial. Véase también la comunicación de la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 72.
[1381] Comunicación de la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 70.
[1382] Declaración de la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 5.
[1383] Respuesta del Japón en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial (donde se citan el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 317; y los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 373).

pruebas disponibles pueden influir en la cuestión de si un factor pertinente … puede evaluarse en términos cuantitativos o cualitativos en el marco del párrafo 2 del artículo 2, así como en el grado de precisión con que pueda llevarse a cabo tal análisis".[1384]

7.464. El Japón considera que las pruebas concernientes al período posterior a la implementación pueden utilizarse como pruebas relativas a la aplicación de la medida y, por lo tanto, pueden utilizarse para confirmar el análisis del diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico a efectos de determinar la contribución de la medida a sus objetivos legítimos. No debe darse a estas pruebas un peso decisivo en parte porque resulta difícil separar la contribución real que puede atribuirse solo a la medida en el período posterior a la implementación.[1385]

7.465. Malawi afirma que son necesarias pruebas de una "contribución real y efectiva de los reglamentos técnicos al objetivo declarado" para confirmar las medidas TPP.[1386] La información y los datos presentados por los reclamantes indican que las medidas no han sido efectivas y no han modificado la conducta tabáquica. Australia se ha basado en artículos de investigación que no examinan el efecto de las medidas en la conducta tabáquica[1387], y su experto ha señalado que "la tasa de consumo de tabaco es el resultado de muchos factores que no tienen nada que ver con el empaquetado".[1388] Afirma que en Australia no hay falta de información sobre los efectos nocivos del consumo de tabaco y aduce que las medidas no han tenido ninguna repercusión en las advertencias sanitarias ni en la información sobre el carácter nocivo de los productos de tabaco.[1389]

7.466. Nueva Zelandia apoya la posición de Australia de que "la medida de empaquetado genérico del tabaco contribuye a sus objetivos de salud pública reduciendo el atractivo de los productos de tabaco, aumentando la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y reduciendo la capacidad del empaquetado para la venta al por menor de tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco".[1390] Nueva Zelandia sugiere que, al evaluar la importancia y el peso que va a asignarse a cada elemento de prueba, el Grupo Especial considere que la medida forma parte de un conjunto integral de medidas cuyos efectos más importantes se producirán a largo plazo. El Grupo Especial está facultado para basarse en pruebas posteriores a la implementación, pero las pruebas del período inmediatamente posterior a la implementación "serán claramente menos convincentes" cuando el objetivo de una medida es modificar el comportamiento a largo plazo.[1391]

7.467. Nueva Zelandia critica el informe enviado por el experto de Ucrania, Profesor Klick, que comparó la situación del consumo de tabaco en Australia antes y después del empaquetado genérico con la situación del consumo de tabaco en Nueva Zelandia (un país en el que no existe el empaquetado genérico del tabaco), durante el mismo período. Coincide con el experto de Australia, Dra. Chipty, en que el informe contiene un análisis viciado y extrae conclusiones inválidas. En primer lugar, establece un criterio de evaluación falso y prácticamente imposible al buscar una fuerte disminución a corto plazo de resultados a largo plazo, a saber, de la prevalencia de fumadores y del consumo de tabaco en la población. No se pueden detectar de forma fiable cambios significativos en la tasa de inicio y la probabilidad de dejar de fumar o de no recaer - especialmente en los grupos de edad más jóvenes a los que va dirigido el empaquetado genérico- midiendo estadísticas de toda la población a corto plazo. En segundo lugar, la utilización de Nueva Zelandia como caso de comparación es superficial e induce a error, porque no se tienen en cuenta las diferencias entre los países en la manera y el momento en que se realizaron las intervenciones en materia de control del tabaco, en particular, un aumento del impuesto especial del 10% adoptado únicamente por Nueva Zelandia en enero de 2013. En tercer lugar, los conjuntos de datos utilizados por el Profesor Klick no son fiables. Los datos sobre las ventas utilizados para

[1384] Respuesta del Japón a la pregunta 5 del Grupo Especial (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.211).
[1385] Respuesta del Japón en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial.
[1386] Comunicación de Malawi en calidad de tercero, párrafo 12.
[1387] Comunicación de Malawi en calidad de tercero, párrafo 9 (donde se hace referencia al volumen 24 de *Tabacco Control* (2015)).
[1388] Comunicación de Malawi en calidad de tercero, párrafo 9 (donde se cita el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 455).
[1389] Comunicación de Malawi en calidad de tercero, párrafo 10.
[1390] Comunicación de Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 96.
[1391] Respuesta de Nueva Zelandia en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial; y declaración de Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 16.

medir el consumo muestran volatilidad, no controlan los factores de confusión (como la acumulación antes de un aumento del impuesto) y contienen lagunas que se cubrieron con datos procedentes de la industria tabacalera. Los datos de los estudios utilizados para medir la prevalencia pueden no ser representativos de la población y no incluyen a las personas que no han fumado nunca, lo que hace que no puedan medir el inicio de los nuevos fumadores. En cuarto lugar, la presentación de los resultados de los estudios induce a error. El Profesor Klick utilizó datos obtenidos después de que los productos de tabaco en empaquetados genéricos estuvieran a la venta para representar la tasa de consumo de tabaco anterior al empaquetado genérico, y utilizó un método de cálculo de promedios que produjo resultados engañosos. Una presentación más lógica de los resultados revela que las tasas de consumo de tabaco disminuyeron más en Australia que en Nueva Zelandia y alcanzaron el mismo nivel al final del período estudiado. Debido a sus errores fundamentales, el informe no debe tenerse en cuenta ni se le debe dar ningún peso en la evaluación global que realice el Grupo Especial de las pruebas presentadas por las partes en la diferencia.[1392]

7.468. Nicaragua señala que, según las orientaciones del Órgano de Apelación, los grupos especiales deben evaluar la contribución "efectiva" de la medida en litigio[1393], y que "las pruebas empíricas del efecto real de la medida en la conducta tabáquica son la forma más fiable de testar su eficacia" y se les debe asignar "un peso considerable".[1394] Nicaragua no considera que la medida se haya aplicado solo "en fecha relativamente reciente" y afirma que dos años es un período adecuado para evaluar la eficacia de una medida.[1395]

7.469. El estudio cualitativo y las pruebas de expertos así como las pruebas cuantitativas relativas al mercado indican que la medida de empaquetado genérico no ha tenido ningún efecto positivo en la protección de la salud y probablemente no lo tendrá en el futuro.[1396] Las pruebas cualitativas que analizan las razones por las que la gente fuma y por qué resulta difícil dejar de fumar también confirman que las marcas de fábrica o de comercio y el empaquetado no son determinantes de la conducta tabáquica.[1397] El análisis económico confirma que no es plausible que la medida vaya a contribuir de forma significativa a la reducción de la prevalencia.[1398] En comparación con la referencia que hacen los reclamantes a pruebas directamente relacionadas con el comportamiento, el recurso de Australia a las predicciones de científicos y psicólogos conductuales y los estudios que demuestran que la gente considera que los paquetes genéricos con una ASG del 75% son menos atractivos no es convincente y no distingue entre los efectos de la ampliación de las ASG y los de las medidas TPP. Los datos empíricos posteriores a la implementación muestran que la medida no ha tenido ningún efecto en la conducta tabáquica, y el recurso a las intenciones autodeclaradas o las creencias y percepciones generales no es suficiente para apoyar el argumento de que el empaquetado genérico está contribuyendo a su objetivo de protección de la salud.[1399]

7.470. Nigeria considera que las pruebas presentadas por los reclamantes demuestran que las medidas TPP no han contribuido a reducir el consumo de tabaco y no es probable que lo hagan en el futuro.[1400] Los hechos muestran que dos años después de la implementación del empaquetado genérico, la medida no ha contribuido a reducir el consumo de tabaco ni a modificar la conducta

[1392] Comunicación de Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 12-13 y 101-119; y declaración de Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 16.
[1393] Declaración de Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 35 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 317).
[1394] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial.
[1395] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial (donde se hace referencia al período de examen posterior a la implementación de dos años de Australia y a Pechey *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(51)).
[1396] Declaración de Nicaragua en calidad de tercero, párrafos 39-40 (donde se hace referencia al informe de Klick (Prueba documental UKR-5); y al informe de Gibson (Prueba documental DOM-92)).
[1397] Declaración de Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 41 (donde se hace referencia al informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8); al informe de Satel (Prueba documental UKR-7); y al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6)).
[1398] Declaración de Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 42 (donde se hace referencia al informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (ICE)).
[1399] Declaración de Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 44; y respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial.
[1400] Comunicación de Nigeria en calidad de tercero, párrafos 28 y 33.

tabáquica de manera más general.[1401] El análisis económico de la oferta y la demanda confirma lo improbable que es que el empaquetado genérico haga alguna contribución positiva.[1402] Parece especulativo aducir que es probable que las medidas TPP hagan alguna contribución en el futuro. Los expertos consideran que el empaquetado y las marcas de fábrica o de comercio no desempeñan ninguna función en el hecho de empezar a fumar o de dejarlo. Nigeria señala también que es de conocimiento general que fumar es muy peligroso para la salud de los consumidores.[1403]

7.471. Noruega aduce que el Órgano de Apelación ha sostenido que el grado de contribución "se puede inferir del diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico, así como de pruebas relativas a la aplicación de la medida".[1404] Señala que en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, el Órgano de Apelación indicó que la naturaleza del objetivo del reglamento técnico en litigio, sus características tal como se ponen de manifiesto en su diseño y estructura, y la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles pueden influir en la cuestión de si la contribución puede evaluarse en términos cuantitativos o cualitativos, así como en el grado de precisión con que pueda llevarse a cabo tal análisis. En el mismo informe, el Órgano de Apelación reiteró que puede ser suficiente demostrar mediante un razonamiento cuantitativo o proyecciones cualitativas que la medida era "adecuada para hacer una contribución importante" a su objetivo en los casos en los que resulte difícil separar la contribución de una medida a corto plazo.[1405]

7.472. Noruega afirma que "no se pueden extraer conclusiones exclusivamente a partir de los datos sobre la prevalencia del consumo de tabaco en sí mismos" y que "las percepciones de los consumidores son pertinentes a los efectos de evaluar el efecto de las políticas de control del tabaco".[1406] Noruega sugiere que el Grupo Especial "asigne[] un mayor peso al diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida", habida cuenta del carácter a largo plazo de la medida y de los problemas que plantea la obtención de pruebas empíricas sólidas.[1407]

7.473. Noruega sugiere que, al evaluar la contribución, el Grupo Especial tenga en cuenta las dificultades que plantea la medición de los efectos de un instrumento que actúa sinérgicamente con otras medidas, el objetivo general de promover la salud pública y la expectativa de que los efectos de la medida se manifiesten gradualmente a lo largo de varios años.[1408] Está de acuerdo con Australia en que las medidas TPP "realizan una contribución única a sus objetivos públicos generales de salud pública".[1409]

7.474. En opinión de Noruega, debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, que 1) la publicidad es un medio efectivo para aumentar las ventas, especialmente para llegar a clientes nuevos y jóvenes, y que la prohibición de la publicidad reduce efectivamente el consumo de tabaco; 2) cuanto más amplia es la prohibición de la publicidad, más eficiente resulta; y 3) el empaquetado de los productos de tabaco tiene efectos similares a los de la publicidad tradicional.[1410]

7.475. Omán declara que las medidas TPP tienen por objeto impedir la publicidad y promoción del tabaco y logran sus objetivos declarados, que son: reducir la atracción y el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores, en particular, los jóvenes; aumentar la visibilidad y la eficacia de las advertencias sanitarias obligatorias; y reducir la capacidad del empaquetado de los

[1401] Comunicación de Nigeria en calidad de tercero, párrafo 30 (donde se hace referencia al informe de Klick (Prueba documental UKR-5) y a los "datos sobre el mercado y otras pruebas objetivas" presentados por los reclamantes).
[1402] Comunicación de Nigeria en calidad de tercero, párrafo 32.
[1403] Comunicación de Nigeria en calidad de tercero, párrafo 31.
[1404] Comunicación de Noruega en calidad de tercero, párrafo 109 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 317). Véase también la declaración de Noruega en calidad de tercero, párrafo 15.
[1405] Respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 5 del Grupo Especial. Véase también la declaración de Noruega en calidad de tercero, párrafo 16.
[1406] Comunicación de Noruega en calidad de tercero, párrafos 114-115.
[1407] Respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial. Véase también la declaración de Noruega en calidad de tercero, párrafos 18-19.
[1408] Comunicación de Noruega en calidad de tercero, párrafos 111-112 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151); respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial; y declaración de Noruega en calidad de tercero, párrafo 19.
[1409] Comunicación de Noruega en calidad de tercero, párrafo 113.
[1410] Comunicación de Noruega en calidad de tercero, párrafo 115.

productos de tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los daños que provoca fumar. Subscribe la argumentación y las pruebas fácticas presentadas por Australia que demuestran claramente que el empaquetado genérico contribuye a reducir las tasas de fumadores y el consumo de tabaco.[1411]

7.476. Singapur declara que la contribución de las medidas TPP a sus objetivos de salud pública debe entenderse y evaluarse en el contexto del conjunto integral de medidas de control del tabaco en Australia.[1412] Hay un buen número de pruebas que respaldan la eficacia de las medidas. No existe ningún estudio que constituya por sí solo una base probatoria, pero hay múltiples estudios cuidadosamente realizados que apuntan a las mismas conclusiones y proporcionan una base probatoria sólida para la política pública. Por otra parte, los informes de expertos en que se basan los reclamantes para impugnar la base probatoria del empaquetado genérico son erróneos.[1413]

7.477. Puesto que no es posible observar los efectos de las medidas en materia de política de control del tabaco sobre el comportamiento antes de la implementación, las nuevas medidas se basan inevitablemente en modelos predictivos de las intenciones conductuales con respecto a conductas al uso de tabaco posteriores.[1414] Singapur discrepa del "restringido foco de atención que los reclamantes ponen en la prevalencia del hábito de fumar como base principal para evaluar ... [la] contribución"[1415] y declara que el Grupo Especial debe tener en cuenta "la totalidad de las pruebas", que incluye las pruebas "*post-hoc*".[1416] Los investigadores de Australia han producido datos posteriores a la implementación para demostrar que las medidas TPP: a) han reducido el atractivo de los paquetes de tabaco; b) han aumentado la visibilidad de las ASG; y c) han reducido la capacidad del empaquetado de tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los daños que provoca fumar. No obstante, el Órgano de Apelación ha advertido de que "los resultados de determinadas acciones ... solo pueden evaluarse contando con el concurso del tiempo".[1417]

7.478. El Uruguay señala que las medidas de empaquetado genérico del tabaco son un componente importante de una política integral en materia de salud pública.[1418] Las medidas se basan en información científica y técnica, y Australia ha demostrado una reducción en el consumo, un incremento en el conocimiento de los impactos del tabaco en la salud y una correlación y causalidad con las medidas.[1419] Australia ha demostrado que las medidas influyen en la conducta de los consumidores y los posibles consumidores de tabaco, particularmente, los adolescentes.[1420] Hay que tener muy en cuenta que, si bien Australia ha presentado información y estadísticas fiables, tendrá que transcurrir algún tiempo antes de que las medidas TPP produzcan resultados concretos demostrables y se puedan realizar evaluaciones.[1421]

7.479. El Uruguay señala que los fabricantes de tabaco han empleado elementos descriptivos engañosos como "light" y "suave" en el empaquetado, supuestamente para denotar el sabor y el gusto; sin embargo, las marcas "light" y "suave" a menudo son promovidas, ya sea de manera subliminal o abiertamente, como productos "más saludables", aunque la evidencia científica demuestra indudablemente que todos los cigarrillos son igualmente dañinos. Los fabricantes de tabaco también han utilizado números en el nombre de las marcas de cigarrillos, y hasta el 80% de los fumadores interpretan que un número inferior es un indicador de que hay menos alquitrán y el riesgo es menor.[1422] Tras la prohibición de los términos engañosos en los paquetes de tabaco, la industria tabacalera continuó con el engaño a través del uso de colores y de variantes de marca

[1411] Declaración de Omán en calidad de tercero, párrafos 3 y 8.
[1412] Comunicación de Singapur en calidad de tercero, párrafo 70.
[1413] Comunicación de Singapur en calidad de tercero, párrafo 73; y declaración de Singapur en calidad de tercero, párrafo 21.
[1414] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial.
[1415] Comunicación de Singapur en calidad de tercero, párrafo 69.
[1416] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial. Véase también la declaración de Singapur en calidad de tercero, párrafo 21.
[1417] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial. Véase también la comunicación de Singapur en calidad de tercero, párrafo 70.
[1418] Declaración del Uruguay en calidad de tercero, párrafo 6.
[1419] Comunicación del Uruguay en calidad de tercero, párrafos 15 y 65.
[1420] Comunicación del Uruguay en calidad de tercero, párrafo 73.
[1421] Respuesta del Uruguay en calidad de tercero a la pregunta 6 del Grupo Especial.
[1422] Comunicación del Uruguay en calidad de tercero, párrafos 88-91.

con el objetivo de hacer creer al consumidor que una presentación de la marca es menos dañina que la otra.[1423]

7.480. El Uruguay afirma que el diseño y el color del empaquetado es importante porque afecta a la percepción del consumidor de una seguridad relativa, e incluso del sabor.[1424] Las denominadas marcas con empaquetado "genérico", en las que se han eliminado el color y las imágenes de marca, se clasifican normalmente como menos atractivas y de menor calidad que los diseños de los paquetes originales. Los paquetes "genéricos" también aumentan la relevancia y el recuerdo de las advertencias sanitarias en los paquetes. En general, los hallazgos sugieren que muchos de los elementos de empaquetado utilizados actualmente por los fabricantes son inherentemente engañosos para los consumidores y proporcionan un fuerte apoyo para la efectividad de "paquete genérico".[1425]

7.481. Zimbabwe afirma que no hay elementos probatorios que demuestren que las medidas TPP hayan contribuido significativamente a reducir la prevalencia del consumo de tabaco en Australia. Los estudios a los que Australia se refirió constantemente en los comités de la OMC y que Australia consideró en el momento de la adopción de la medida son especulativos y parciales y están basados en métodos cuestionables. Sobre la base de las pruebas presentadas por los reclamantes, el empaquetado genérico no contribuye a aumentar el conocimiento general que los consumidores ya tienen de los riesgos asociados con el consumo de tabaco ni tampoco constituye un estímulo positivo para dejar de fumar. Lo que es más importante, los datos sobre el mercado disponibles desde la introducción del empaquetado genérico no revelan que se haya reducido más el consumo de tabaco ni que se haya producido un cambio positivo en la conducta tabáquica.[1426]

7.482. Zambia declara que no ve la contribución de las medidas TPP a su objetivo. Después de dos años, no hay pruebas que demuestren que reduce la prevalencia del consumo de tabaco o que produce cambios en la conducta tabáquica. Las pruebas cualitativas y cuantitativas presentadas al Grupo Especial demuestran que no hay una contribución al logro del objetivo declarado de Australia y, por lo tanto, que no existe ninguna razón para prever que la medida tendrá efectos en el futuro.[1427]

7.2.5.3.3 Enfoque del Grupo Especial y estructura del análisis

7.483. Como se ha explicado *supra*, nuestra labor en esta etapa consiste en determinar, sobre la base de los argumentos y las pruebas que tenemos ante nosotros, "en qué grado" las medidas TPP contribuyen al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, "si es que contribuye[n] en grado alguno". En particular, debemos tratar de determinar la contribución real de las medidas, "tal como se ha[n] redactado y aplicado", a este objetivo.[1428]

7.484. Como observó el Órgano de Apelación, "[e]l grado de logro de un objetivo concreto se puede inferir del diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico, así como de pruebas relativas a la aplicación de la medida".[1429] No obstante, no hay un solo enfoque que sea adecuado para llevar a cabo este tipo de análisis en todos los casos. Más bien, debemos adoptar o desarrollar "un método que sea idóneo para realizar una evaluación correcta"[1430] en las circunstancias del presente caso.

7.485. Como se ha descrito *supra*, todas las partes han presentado argumentos y pruebas relativas al "diseño, la estructura y el funcionamiento" de las medidas TPP, así como a sus efectos posteriores a la implementación o "aplicación". Al parecer, las partes están de acuerdo en que las

[1423] Comunicación del Uruguay en calidad de tercero, párrafos 92-99.
[1424] Comunicación del Uruguay en calidad de tercero, párrafos 92-99.
[1425] Comunicación del Uruguay en calidad de tercero, párrafo 99.
[1426] Comunicación de Zimbabwe en calidad de tercero, párrafos 27-28. Véase también la declaración de Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 12 (donde se hace referencia al informe de Neven (UKR-3) (IEC); al informe de Klick (Prueba documental UKR-5); y al informe del IPE (Prueba documental DOM-100)).
[1427] Declaración de Zambia en calidad de tercero, párrafo 9.
[1428] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 461. (no se reproduce la nota de pie de página)
[1429] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 461.
[1430] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.210.

normas jurídicas y probatorias pertinentes en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC exigen a los grupos especiales examinar todas las pruebas pertinentes de que disponga.[1431] No obstante, las interpretaciones que hacen de estas pruebas son contradictorias. Básicamente, los reclamantes consideran que las medidas TPP no pueden contribuir a su objetivo mediante los mecanismos indicados en la Ley TPP, y que las pruebas posteriores a la implementación muestran que en realidad no ha habido una reducción de la prevalencia del consumo de tabaco como consecuencia de las medidas TPP. Australia, en esencia, responde que, contrariamente a lo que afirman los reclamantes, las medidas están diseñadas sobre una base probatoria firme, y que las pruebas posteriores a la implementación disponibles confirman que las medidas están contribuyendo a su objetivo de reducir el consumo de tabaco.

7.486. Las partes también discrepan en general acerca de *cómo* deberían evaluarse los efectos de las medidas y del peso relativo que hay que dar, en las circunstancias del presente asunto, a las pruebas cualitativas y cuantitativas relativas al diseño y la estructura de la medida (la mayoría de las cuales son anteriores a su implementación) y a las pruebas posteriores a la implementación relativas a la aplicación de las medidas y su repercusión en diversos comportamientos y resultados relacionados con el tabaco. Los reclamantes consideran que, dado que se dispone de información posterior a la implementación sobre las conductas tabáquicas reales, esta debe ser la base principal de la evaluación que haga el Grupo Especial de la contribución de las medidas a su objetivo de reducir el consumo de tabaco en Australia.[1432] Australia considera que, en las primeras etapas de la introducción de las medidas, la forma más adecuada de distinguir sus efectos es basarse en los experimentos y estudios que analizan los determinantes de la elección, las actitudes y, en última instancia, la elicitación de las intenciones conductuales.[1433] Aduce que el Grupo Especial debería determinar el grado de contribución de las medidas a sus objetivos en términos cualitativos, ya que este es, en opinión de Australia, el método más adecuado para realizar una evaluación correcta en las circunstancias de estas medidas concretas.[1434]

7.487. Por consiguiente, primero analizamos el enfoque general será más adecuado para nuestra evaluación, teniendo en cuenta tanto las características de las medidas en litigio como la naturaleza y el alcance de las pruebas que se nos han presentado. Al abordar esta determinación, si bien somos conscientes de que incumbe a los reclamantes la carga de demostrar la existencia de una infracción del párrafo 2 del artículo 2[1435], consideramos adecuado analizar, como punto de partida, el "diseño, la estructura y el funcionamiento" de las medidas TPP, tal como los describe Australia, para aclarar nuestra comprensión de la naturaleza de la evaluación que se debe realizar en las circunstancias de los presentes procedimientos. Esta comprensión facilitará la selección de un método adecuado para evaluar el grado de contribución de las medidas a su objetivo.[1436]

[1431] Véanse la respuesta de Australia a la pregunta 160 del Grupo Especial, párrafos 91-92 y 95; la respuesta de Honduras a la pregunta 206 del Grupo Especial, página 51; las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 160 del Grupo Especial, párrafo 112; las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 160 del Grupo Especial, párrafo 239; las observaciones de Cuba sobre la respuesta de Australia a la pregunta 160 del Grupo Especial, párrafo 21; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 206 del Grupo Especial, párrafo 50.

[1432] Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 71 del Grupo Especial, página 34; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafos 348-349; la respuesta de Cuba a la pregunta 71 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (en la que se muestra de acuerdo con la respuesta de Honduras a la pregunta 71 del Grupo Especial); y la respuesta de Indonesia a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 102.

[1433] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 147. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafos 192-194.

[1434] Respuesta de Australia a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 192.

[1435] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 379.

[1436] Señalamos la siguiente observación formulada por el Órgano de Apelación en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC:

> [P]uesto que ha promulgado el reglamento técnico que contiene las distinciones reglamentarias que dan lugar al efecto perjudicial, el Miembro demandado estará en mejores condiciones para presentar los argumentos y las pruebas necesarios para explicar por qué, contrariamente a lo que afirma el reclamante, el reglamento técnico *es* imparcial y, por consiguiente, por qué el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.33. (las cursivas figuran en el original)

7.488. Como explica Australia[1437], en virtud de su diseño, las medidas TPP están destinadas a funcionar sobre la base de un "modelo de cadena causal" o "modelo mediacional" basado en tres mecanismos específicos mediante los cuales han de lograrse sus objetivos de salud pública.[1438] Estos objetivos y mecanismos están reflejados en los artículos 3(1) y 3(2) de la Ley TPP.

7.489. Específicamente, como se refleja en el artículo 3(1)(a) de la Ley TPP, las medidas TPP tienen por objeto mejorar la salud pública: i) desalentando de empezar a fumar o de consumir productos de tabaco; ii) alentando a dejar de fumar y dejar de consumir productos de tabaco; y iii) desalentando a quienes han dejado de fumar, o dejado de consumir productos de tabaco, de recaer en ello; y iv) reduciendo la exposición al humo de los productos de tabaco.[1439] El artículo 3(2) de la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco establece, a su vez, lo siguiente:

> (2) el Parlamento tiene intención de contribuir al logro de los objetivos enunciados en el párrafo (1) reglamentando el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco con objeto de:
>
> (a) reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores; y
>
> (b) aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias que figuran en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco; y
>
> (c) reducir 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.[1440]

7.490. Como describe Australia en la figura 12 *infra*, las medidas TPP están destinadas a contribuir al objetivo de Australia de la manera siguiente:

- El empaquetado genérico del tabaco está destinado a reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores, aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias y reducir la capacidad del empaquetado de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar (véase la segunda columna de la figura 12 *infra*). Australia se refiere a estos procesos como los mecanismos TPP, como también lo hará el Grupo Especial.[1441]

Análogamente, en un análisis de la contribución de la medida a su objetivo legítimo en el contexto del párrafo 2 del artículo 2, consideramos que Australia, como Miembro que ha de aplicar las resoluciones y recomendaciones, estará en mejores condiciones para explicar cuáles son el diseño y la estructura de las medidas y, por consiguiente, cómo se ha concebido su funcionamiento para que contribuyan a su objetivo. Asimismo, señalamos la primera frase del párrafo 5 del artículo 21, que dice así: "Todo Miembro que elabore, adopte o aplique un reglamento técnico que pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros explicará, a petición de otro Miembro, la justificación del mismo a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo". Véase también el párrafo 7.1087 *infra*.

[1437] Véase el párrafo 7.451 *supra*.

[1438] Véase la primera comunicación escrita de Australia, sección II.I.1 y párrafo 142 (donde se hace referencia al informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 14-15).

[1439] Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3. El artículo 3 de la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco establece lo siguiente:

> (1) Los objetivos de la presente Ley son:
> (a) mejorar la salud pública:
> (i) desalentando a empezar a fumar o de consumir productos de tabaco; y
> (ii) alentando a dejar de fumar y a dejar de consumir productos de tabaco; y
> (iii) desalentando a quienes han dejado de fumar, o dejado de consumir productos de tabaco, de recaer en ello; y
> (iv) reduciendo la exposición al humo de los productos de tabaco;

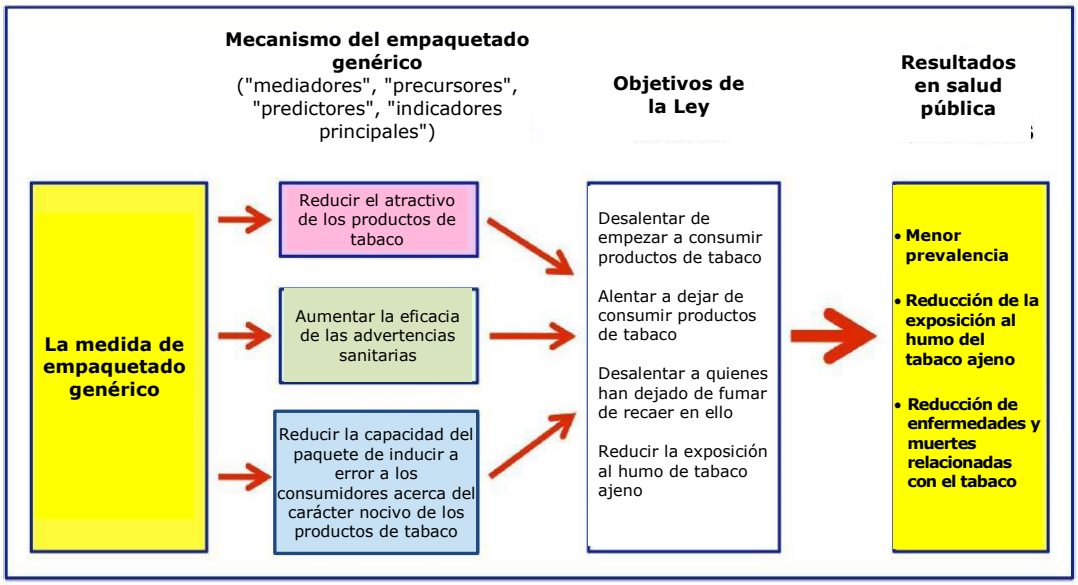
[1440] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3(2). Véanse también la exposición de motivos del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), páginas 1-2 y 6-7; y la Exposición explicativa sobre el Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22), páginas 1 y 10-11.

[1441] En varios momentos, Australia y sus expertos también se han referido a estos mecanismos como "mediadores", "precursores", "predictores" e "indicadores principales". Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 144 y figura 9; y el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), página 25.

- Si las medidas TPP funcionan como está previsto según cualquiera de los tres mecanismos mencionados, o cualquier combinación de los mismos, se espera que los consumidores australianos se sientan desalentados de empezar a fumar (inicio) o de volver a fumar (recaída) y alentados a dejar de fumar (abandono), y que se reduzca la exposición al humo de tabaco ajeno (véase la tercera columna de la figura 12 *infra*). Nos referiremos al inicio, la recaída y el abandono, de forma más general, como conductas tabáquicas relativas al uso de productos de tabaco.[1442]

- Como consecuencia, se obtendrían resultados positivos para la salud pública, específicamente, la reducción del uso de productos de tabaco y de la exposición a estos productos, y una reducción conexa de las enfermedades y muertes relacionadas con el tabaco (véase la cuarta columna de la figura 12 *infra*).

Figura 11: Descripción por Australia de la Ley TPP



Fuente: Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 144 y figura 9; e informe de Fong (Prueba documental AUS-14), página 25.

7.491. Por lo tanto, en virtud de su diseño, las medidas TPP, al cambiar el empaquetado y el aspecto de los productos de tabaco, están destinadas a actuar en primera instancia sobre el atractivo de los productos de tabaco, la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca del daño que provocan los productos de tabaco (los *mecanismos*), que, a su vez, están destinados a influir en la *conducta tabáquica*, dando lugar a resultados positivos para la salud pública. Los efectos sobre los tres mecanismos en la "cadena causal" se pueden describir como resultados "no conductuales" o "proximales", mientras que los resultados relativos a las intenciones o las conductas, como un aumento de las intenciones de dejar de fumar y un aumento de los intentos de dejar de fumar, que guardan una relación más estrecha con las conductas tabáquicas como el inicio, la recaída, el abandono y la exposición al humo de tabaco ajeno, se pueden describir como resultados "distales".[1443]

[1442] Australia ha denominado estas conductas tabáquicas "Objetos de la Ley". Señalamos que en la sección 7.2.5.1.1.2 hemos determinado que el objetivo de las medidas en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. A los efectos de los presentes informes, se entiende por "conductas tabáquicas" las que están directamente relacionadas con el uso de productos de tabaco, como por ejemplo, el inicio, el abandono, la recaída y el consumo. Las "conductas relacionadas con el tabaco" son las que están relacionadas con comportamientos, como comprar productos de tabaco, llamar a una línea telefónica "Quitline" de ayuda para abandonar el tabaco, ocultar un paquete en público y dirigir la mirada a advertencias sanitarias gráficas.

[1443] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 14-15 y 88-90 (donde se describe una "cadena causal" y un "modelo mediacional"); informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582),

7.492. Según las palabras del experto de Australia, Profesor Fong, la "cadena causal" prevista reflejada en el diseño de las medidas TPP:

> Se puede prever razonablemente y con seguridad que si la medida de empaquetado genérico aparece como generadora de un descenso del atractivo y/o un aumento de la eficacia de las advertencias sobre la salud y/o un descenso de la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca del daño que provocan los productos de tabaco, probablemente se habrán conseguido los objetivos de la Ley. Si se logran los objetivos de la Ley, se conseguirán resultados positivos en el ámbito de la salud pública a corto plazo y a más largo plazo.[1444]

7.493. Los reclamantes discuten la base probatoria que subyace al diseño y, por consiguiente, la capacidad de las medidas, tal como están diseñadas, de producir los resultados previstos en las conductas tabáquicas mediante los mecanismos específicos descritos en este "modelo mediacional".[1445] Asimismo, consideran que las pruebas disponibles sobre la aplicación efectiva de las medidas demuestran que no han tenido de hecho la repercusión prevista en el consumo de tabaco y la prevalencia del consumo de tabaco.[1446] Además, los reclamantes consideran que, en la medida en que estas pruebas sobre conductas tabáquicas *reales* están ahora disponibles, se les debe dar un peso preponderante en la evaluación del Grupo Especial.[1447]

7.494. En opinión de Australia, el elemento central del análisis de la contribución por el Grupo Especial no son las pruebas cuantitativas de los efectos inmediatamente observables de las medidas TPP en el limitado período transcurrido desde su introducción. Según Australia, si bien

---

párrafo 2 (donde se hace referencia a los resultados "proximales" y "distales"); primera comunicación escrita de Australia, párrafos 142-144 y figura 9 (donde se describe una "cadena causal"); informe técnico sobre el estudio NTPPTS (Pruebas documentales AUS-570, HND-124, DOM-307), página 21 (donde se hace referencia a los resultados "proximales" y "distales").

El término "distal" se ha definido del modo siguiente: "resultados, como un aumento en el interés por dejar de fumar, que en última instancia, dan lugar a cambios en las conductas relacionadas con el uso de tabaco, incluidos los intentos de dejar de fumar" (informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582), párrafo 2); "la evaluación de las políticas en materia de control del tabaco deben centrarse en los resultados más proximales relativos a la exposición, las creencias y las intenciones … antes de evaluar resultados conductuales más distales … la relación existente entre los resultados proximales relativos a las creencias y los resultados más distales relativos a las intenciones y los comportamientos está sustentada por un extenso corpus de publicaciones". Informe técnico sobre el estudio NTPPTS (Pruebas documentales AUS-570, HND-124, DOM-307), páginas 6 y 21.

Los "resultados proximales" se han descrito como la "reducción del atractivo de los productos del tabaco y aumento de la percepción de las advertencias sanitarias gráficas" (informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582), párrafo 2); y los "resultados relativos a las creencias". Informe técnico sobre el estudio NTPPTS (Pruebas documentales AUS-570, HND-124, DOM-307), páginas 6 y 21. Señalamos que el experto de Australia, Profesor Chaloupka, también hace referencia a resultados "intermedios", como "un mayor conocimiento sobre las consecuencias del consumo de tabaco para la salud y una mayor percepción de los riesgos derivados del uso de tabaco". Informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582), párrafo 2.

Véanse también, haciendo referencia a la "cadena causal" presentada por Australia, la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 150; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 371-376; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 287-289; y el informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafos 6-7 y 29-33. Al analizar los resultados del estudio NTPPTS, los expertos de los reclamantes hacen referencia a los resultados "proximales" y "distales", tal como se entienden en el informe técnico sobre el estudio NTPPTS. Véase el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 47, 51, 83 y 233. Los reclamantes hacen referencia con frecuencia a los tres mecanismos como "no conductuales". Véanse *ibid.*, párrafo 51; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 150; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 14 y 378; y el informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-122), párrafo 58.

[1444] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 143 (donde se cita el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 90).

[1445] Véase la sección 7.2.5.3.5.1 *infra*.

[1446] Véanse los apéndices C y D *infra*.

[1447] Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 71 del Grupo Especial, página 34; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 310; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 2 del Grupo Especial, párrafo 21; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafos 348-349; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 40; la respuesta de Cuba a la pregunta 71 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde se muestra de acuerdo con la respuesta de Honduras a la pregunta 71 del Grupo Especial); y la respuesta de Indonesia a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 102.

estas pruebas son pertinentes para la indagación del Grupo Especial, este debe tener debidamente en cuenta la naturaleza de los objetivos de salud pública de la medida, los mecanismos específicos mediante los cuales la medida está diseñada para realizar su contribución a estos objetivos y la naturaleza, la cantidad y la calidad de todas las pruebas disponibles en diversas esferas pertinentes.[1448] Australia considera que "[t]eniendo en cuenta la naturaleza del objetivo de la medida de empaquetado genérico del tabaco, sus características tal como se pone de manifiesto en su diseño y estructura, y la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles", el Grupo Especial debe determinar el grado de contribución de la medida en términos *cualitativos* y debe asignar un mayor peso al diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida.[1449]

7.495. Como hemos determinado *supra*, el objetivo de las medidas es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. El logro de este objetivo mediante las medidas TPP se fundamenta en su capacidad de influir en *conductas* tabáquicas, como el inicio, el abandono y la recaída. Un análisis de la repercusión de las medidas en dichas conductas es, por lo tanto, *a priori*, directamente pertinente para evaluar el grado de contribución de las medidas a este objetivo. Específicamente, es coherente con el diseño y la estructura de las medidas que las pruebas relativas a su repercusión efectiva sobre el consumo de productos de tabaco en Australia deberían informar una evaluación del grado en que contribuyen a su objetivo.

7.496. De hecho, el experto de Australia, Profesor Fong, señala que "las políticas de control del tabaco se miden mejor por su influencia en las variables psicosociales al final de la cadena, como el conocimiento, las creencias, las actitudes y las intenciones, *y en las conductas con respecto al uso de tabaco posteriores*".[1450] Esto es compatible con las observaciones formuladas por investigadores del ámbito del control del tabaco según las cuales "el test óptimo del empaquetado genérico sería su implementación y evaluación en un entorno poblacional"[1451] y que no obstante el atractivo que puedan despertar, las políticas de control del tabaco "deben evaluarse para aportar pruebas concretas de sus efectos"[1452] ya que "no se puede ... tener la certeza de la efectividad de las intervenciones antes de su implementación".[1453] Por lo tanto, "[l]os profesionales y los responsables de la elaboración de las políticas en el ámbito del control del tabaco deben estar preparados para la posibilidad de que los datos obtenidos de las actividades de evaluación revelen que las presunciones en que se basa la intervención sean erróneas".[1454] Asimismo, somos conscientes de que debemos determinar el grado *real* de contribución de las medidas, tal como se han diseñado y puesto en práctica.

7.497. Por consiguiente, consideramos que, en la medida en que haya pruebas pertinentes disponibles, la información relativa a las conductas tabáquicas reales y al uso de productos de tabaco en Australia después de la implementación de las medidas debe ser parte integrante de nuestra evaluación de la contribución que hacen las medidas TPP al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.[1455] El peso exacto que debe asignarse a estas pruebas dependerá, no obstante, de su naturaleza, de su calidad y de su valor probatorio respecto de la cuestión que nos ocupa.[1456]

7.498. Asimismo, señalamos que una parte importante de las pruebas que tenemos ante nosotros consiste en una serie de estudios, la mayoría anteriores a la implementación por Australia de las medidas TPP, identificados como "publicaciones sobre el empaquetado genérico" (estudios TPP), que pretendía investigar el funcionamiento previsto en particular de los tres mecanismos reflejados ahora en la "cadena causal" que recoge la Ley TPP. Los reclamantes basan su argumento de que

[1448] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 438.
[1449] Respuesta de Australia a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafos 192-193. (las cursivas figuran en el original)
[1450] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 146 (donde se cita a Fong *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-132), páginas iii10-iii11). (las cursivas no figuran en el original)
[1451] Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)), página 1166.
[1452] Fong *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-132), página iii3.
[1453] Manual del CIIC de 2008 (Pruebas documentales AUS-602, DOM-368), página 15.
[1454] Borland y Cummings 2010 (Prueba documental DOM-369), página 632.
[1455] Señalamos que Australia se basa en pruebas relativas a la aplicación efectiva de las medidas para refutar la afirmación de los reclamantes de que las medidas TPP causarán una caída de los precios del tabaco. Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 660-661.
[1456] Véase la sección 7.2.5.3.6 *supra* sobre la naturaleza de las pruebas posteriores a la aplicación y el peso que se les debe dar.

las medidas no pueden lograr sus resultados previstos en parte en críticas de la fiabilidad de estos estudios. Las pruebas posteriores a la implementación de que se nos han presentado en relación con los efectos de las medidas TPP desde su entrada en vigor se refieren asimismo no solo a la prevalencia del consumo de tabaco y al consumo de tabaco, sino también al efecto de las medidas en el tipo de "resultados proximales" subyacentes a los tres mecanismos descritos *supra*, mediante los cuales las medidas TPP están destinadas a funcionar. No excluimos, en esta etapa de nuestro análisis, que esas pruebas relativas a los resultados "proximales" que reflejan los tres mecanismos recogidos en la Ley TPP puedan, en combinación con otras pruebas pertinentes que se nos han presentado, informar nuestra evaluación del grado de contribución de las medidas a su objetivo, en la medida en que informen la repercusión de las medidas en las conductas tabáquicas que son el objetivo último de las medidas.

7.499. En términos más generales, el peso relativo que hay que atribuir a pruebas específicas, incluidas las pruebas relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas, por una parte, y las pruebas relativas a su aplicación, por otra parte, dependerá de la naturaleza y la calidad de tales pruebas y de su valor probatorio respecto de la cuestión que nos ocupa. Tenemos que evaluar el grado de contribución que hacen las medidas TPP a su objetivo, con la máxima precisión posible, sobre la base de la totalidad de las pruebas pertinentes de que disponemos.[1457] El nivel de precisión con que esto puede llevarse a cabo dependerá, no obstante, de una serie de factores:

> [L]a naturaleza del objetivo del reglamento técnico ..., sus características tal como se ponen de manifiesto en su diseño y estructura, y la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles pueden influir en la cuestión de si un factor pertinente ... puede evaluarse en términos cuantitativos o cualitativos ..., así como en el grado de precisión con que pueda llevarse a cabo tal análisis.[1458]

7.500. A la luz de lo anterior, consideramos que las pruebas relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP (incluida su repercusión prevista sobre los resultados "proximales" que reflejan los mecanismos específicos mediante los cuales están destinadas a funcionar y sobre las conductas tabáquicas), así como las pruebas relativas a la aplicación de las medidas impugnadas (incluidas las pruebas relativas a su efecto real tanto sobre los resultados proximales que reflejan los mecanismos recogidos en la Ley TPP como sobre las conductas tabáquicas) son *a priori* pertinentes para una evaluación del 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.

7.501. Las medidas TPP abarcan los "productos de tabaco", que la Ley TPP define como "tabaco elaborado o cualquier producto que contenga tabaco, y que: a) esté destinado a ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé; y b) no esté inscrito en el Registro Australiano de Productos Terapéuticos mantenido en virtud de la *Ley de Productos Terapéuticos de 1989*".[1459] En la exposición de motivos del Proyecto de Ley TPP se añade lo siguiente:

> La definición de "producto de tabaco" del Proyecto de Ley significa que, en general, cualquier producto que contenga tabaco, con independencia de lo pequeña que sea la cantidad, quedará comprendido en el ámbito de aplicación del Proyecto de Ley si está destinado a ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé.
>
> Esta definición se basa en la CMCT de la OMS. Tiene por objeto abarcar todos los productos de tabaco destinados al consumo humano e incluye, por ejemplo, cigarrillos (puros), tabaco para armar, *bidis*, *kreteks*, cigarritos (puritos) y productos de tabaco solubles, como las pastillas para chupar que contengan tabaco.
>
> Es importante señalar que los productos terapéuticos, destinados a ayudar a las personas a abandonar el consumo de productos de tabaco, no estarán sujetos al Proyecto de Ley cuando estén inscritos en el Registro Australiano de Productos

[1457] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 137.
[1458] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.211.
[1459] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4.

> Terapéuticos. Los productos que contengan nicotina pero no contengan nada de tabaco no estarán sujetos al Proyecto de Ley.
>
> La amplia definición de "productos de tabaco" puede abarcar algunos productos de tabaco ilegales de conformidad con las leyes del Commonwealth, de los estados y de los territorios que regulan el uso y la venta de tabaco, que no se ven afectados por el presente Proyecto de Ley.[1460]

7.502. Como subcategoría de los productos de tabaco, la Ley TPP define el "cigarrillo (purito)" como "cilindro de tabaco cortado para ser fumado, envuelto en papel".[1461] Las definiciones anteriores también se aplican en el contexto del Reglamento TPP[1462], que adicionalmente define el "cigarro (puro)" como "cilindro de tabaco cortado para ser fumado, envuelto en una hoja de tabaco o de otra planta"[1463], y el "*bidi*" como "producto de tabaco para ser fumado, no envuelto en papel, comúnmente denominado *bidi*".[1464]

7.503. Las partes presentaron un corpus voluminoso de pruebas en estos procedimientos. La mayoría de estas pruebas se refieren a los cigarrillos o a los productos de tabaco en general. Algunas pruebas que el Grupo Especial tiene ante sí se refieren específicamente a los cigarritos y los cigarros.[1465]

7.504. Ninguna de las partes indica que el enfoque del Grupo Especial deba ser diferente, en lo referente a su análisis de la contribución de las medidas TPP, para los diferentes productos de tabaco.[1466] Según Australia, el análisis relacional y el análisis comparativo en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC deben ser similares entre sí y, por lo tanto, el Grupo Especial debe realizar un análisis holístico de los productos de tabaco, más que análisis separados de los cigarrillos, los cigarros puros y otros productos de tabaco.[1467] Cuba, si bien no indica que el enfoque adoptado en el análisis deba ser diferente para los diferentes productos de tabaco[1468],

---

[1460] Exposición de motivos del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 9.
[1461] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4.
[1462] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.3.
[1463] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.3.
[1464] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 1.1.3.
[1465] Algunas pruebas también abordan específicamente el tabaco para armar; no obstante, ninguna parte formuló argumentos con respecto a este subgrupo de productos de tabaco.
[1466] La República Dominicana aduce que estaría comprendido en las facultades discrecionales del Grupo Especial que evaluara separadamente las pruebas relativas a los cigarros y a los cigarrillos en su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2, pero considera que no hay base en los argumentos ni en las pruebas de que dispone el Grupo Especial para realizar una evaluación separada de la restrictividad del comercio y la contribución de las medidas *alternativas* aplicadas a los cigarros y los cigarrillos, y que ninguna de las partes ha tratado de hacer ninguna distinción pertinente a este respecto. Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 152 del Grupo Especial. Análogamente, en el contexto del párrafo 2 del artículo 22 y del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, la República Dominicana aduce que las distinciones entre tipos de productos de tabaco no entrañan diferencias fácticas o jurídicas pertinentes, aunque las indicaciones geográficas son probablemente más pertinentes para los cigarros LHM. Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 44 del Grupo Especial. Honduras, del mismo modo, no considera que sea necesaria una evaluación diferente de las medidas alternativas propuestas con respecto a los cigarros y los cigarrillos. Respuesta de Honduras a la pregunta 152 del Grupo Especial. Además, en el contexto del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, Honduras aduce que no es necesario distinguir entre productos de tabaco. Respuesta de Honduras a la pregunta 29 del Grupo Especial. Análogamente, en el contexto del párrafo 2 del artículo 22 y del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, Honduras aduce que, por lo que respecta a la realidad comercial, las indicaciones geográficas son probablemente más pertinentes para los cigarros LHM que para otros productos de tabaco; no obstante, el hecho de que las indicaciones geográficas sean más pertinentes comercialmente para los cigarros LHM "no es jurídicamente pertinente". Respuesta de Honduras a la pregunta 44 del Grupo Especial. Indonesia afirma que no formula alegaciones con respecto a los cigarros en la presente diferencia, pero incorpora por referencia los puntos anteriores presentados por Honduras y la República Dominicana. Respuesta de Indonesia a la pregunta 152 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 152 del Grupo Especial; y la respuesta de Honduras a la pregunta 152 del Grupo Especial).
[1467] Respuesta de Australia a la pregunta 152 del Grupo Especial.
[1468] Respuesta de Cuba a la pregunta 152 del Grupo Especial. Análogamente, en el contexto del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, Cuba aduce que "mientras que los principios básicos de análisis señalados más arriba también corresponden al efecto de las medidas de empaquetado genérico en puros y cigarrillos, por los motivos expuestos, Cuba entiende que el impacto comercial de las medidas de empaquetado genérico es mucho más importante para los puros que para los cigarrillos. Los cigarrillos son productos "básicos" de bajo valor; los puros LHM son productos de lujo de mayor valor: la creación de imagen

aduce que las medidas TPP tienen un efecto desproporcionado en los cigarros LHM[1469] y no reducirán la prevalencia ni el consumo de dichos cigarros.[1470]

7.505. En la medida en que el objetivo perseguido y los mecanismos mediante los cuales las medidas TPP están destinadas a contribuir a este objetivo sean los mismos en los diversos productos abarcados por las medidas TPP, no vemos razón alguna para presuponer que sería necesario adoptar un enfoque diferente, al analizar la contribución de las medidas al objetivo de Australia, con respecto a los diferentes tipos de productos de tabaco. Sin embargo, en la medida en que se presenten pruebas específicas, que tengan una repercusión en nuestras conclusiones relativas al grado de contribución de las medidas a sus objetivos con respecto a productos de tabaco específicos, tendremos en cuenta dichas pruebas en el curso de nuestro análisis. En consecuencia, evaluaremos las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 para los productos de tabaco en general, teniendo en cuenta, cuando sea necesario, las pruebas pertinentes referidas específicamente a determinados tipos de productos de tabaco.

7.506. Por último, señalamos que el funcionamiento de las medidas TPP, incluida su contribución al objetivo de Australia, debe analizarse en el contexto más amplio de otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia. Si bien este contexto más amplio no elimina o reduce la necesidad de identificar la contribución que las propias medidas impugnadas hacen al objetivo de Australia, es una consideración pertinente en nuestra evaluación, en la medida en que contribuye y afecta a la manera en que las medidas se aplican y funcionan, como componente de una serie más amplia de medidas de control del tabaco complementarias.[1471]

7.507. En aras de la claridad de la exposición, analizamos primero las pruebas de que disponemos sobre el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP y, posteriormente, las pruebas relativas a su implementación efectiva. No obstante, como se ha descrito *supra*, nuestra evaluación global se basará en la totalidad de las pruebas pertinentes, tomadas en conjunto.

7.508. Antes, abordamos, como cuestión preliminar, algunas cuestiones generales planteadas por los reclamantes relativas al valor probatorio que debe darse a determinadas pruebas que se nos han presentado.

7.2.5.3.4 Acceso a los datos y valor probatorio de determinadas pruebas

7.509. Como se ha descrito *supra*, todas las partes en los presentes procedimientos han presentado y se han basado en una cantidad considerable de pruebas fácticas. Esto incluye numerosos informes de expertos encargados por las partes para los presentes procedimientos, así como estudios científicos publicados sobre diversas materias.

7.510. En el curso de los procedimientos, Australia, Ucrania[1472] y la República Dominicana solicitaron al Grupo Especial que hiciera uso de la facultad discrecional que le confiere el artículo 13 del ESD y solicitara datos, códigos y otra documentación, incluido el material empleado en los informes de expertos encargados a los efectos de los presentes procedimientos y determinadas publicaciones en que se apoyaron Australia o sus expertos.[1473] Teniendo en cuenta las prescripciones de debido proceso, así como la posible utilidad de esta información para la propia evaluación del Grupo Especial, y sin perjuicio de la pertinencia o el peso probatorio que se vaya a asignar en última instancia a estas pruebas, el Grupo Especial invitó al Consejo contra el Cáncer de Victoria (CCV) y al Consejo contra el Cáncer de Queensland (CCQ) a facilitar, entre otra documentación, los conjuntos de datos en que se basaban dos trabajos publicados a los que

de marca efectiva y la diferenciación de producto son claves para la promoción del estatus premium de los puros LHM. Por este motivo, los obstáculos al uso efectivo de marcas de fábrica tienen un impacto perjudicial mucho mayor en puros que en cigarrillos". Respuesta de Cuba a la pregunta 29 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[1469] Respuesta de Cuba a la pregunta 29 del Grupo Especial.

[1470] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 273.

[1471] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 154.

[1472] Véase la sección 1.6.6 *supra* con respecto al asunto DS434.

[1473] Véase la sección 1.6.7.3 *supra*.

habían recurrido Australia o sus expertos.[1474] Tras invocar obligaciones éticas y jurídicas, y expresar la preocupación de que facilitar los datos pondría en peligro su capacidad de realizar estudios en un futuro, el CCV y el CCQ denegaron en parte estas solicitudes.[1475]

7.511. La República Dominicana y Honduras han cuestionado la medida que puede recurrirse en estos procedimientos a trabajos basados en datos a los que no tuvieron acceso directo. La República Dominicana alega que no es posible realizar una evaluación objetiva de las conclusiones de los estudios a cuyos datos básicos no se les ha dado acceso completo y nos invita a inferir que los datos básicos que se han retenido son menos favorables para Australia.[1476] Honduras aduce que sería inadecuado que el Grupo Especial se basara en esos estudios porque los reclamantes no han tenido la oportunidad de examinar los datos básicos.[1477]

7.512. Señalamos que, en los presentes procedimientos, todas las partes han presentado un volumen considerable -de hecho, inusualmente grande- de pruebas para apoyar sus alegaciones y argumentos, y han tenido acceso a las mismas. Esto incluye datos y códigos informáticos directamente subyacentes a numerosos informes de expertos encargados a los efectos de los presentes procedimientos, así como un conjunto de datos básicos de determinadas publicaciones en las que se basó Australia, que procuraban evaluar los efectos de las medidas TPP.[1478]

7.513. No consideramos que la falta de acceso directo a todos los datos básicos de una publicación científica examinada por homólogos deba en sí misma dar lugar a que el Grupo Especial no tenga en cuenta dicha publicación o sus conclusiones como pruebas. No descartamos que, si se presentan pruebas que puedan poner en duda las conclusiones de determinados resultados de investigación reflejados en publicaciones científicas citadas como pruebas, estas pueden ser válidamente tenidas en cuenta al evaluar el valor probatorio de dichas pruebas para demostrar los hechos en litigio. No obstante, no vemos fundamento para suponer que un grupo especial solo pueda analizar válidamente las publicaciones científicas presentadas como pruebas en un procedimiento de solución de diferencias, si también se permite el acceso a todos los datos de investigación básicos. De hecho, como señala Australia[1479], un enfoque así haría que el recurso a este tipo de información y la gestión de las pruebas en el procedimiento de solución de diferencias fuesen excesivamente complejos y en última instancia inmanejables. A este respecto, señalamos que, en procedimientos de grupos especiales anteriores, las partes se han basado en muy diversas fuentes científicas -incluidas, en su caso, publicaciones científicas- y estas se han tenido en cuenta como pruebas admisibles.[1480]

7.514. Más generalmente, en los presentes procedimientos, todas las partes han debatido extensamente la validez y las consecuencias de las conclusiones extraídas de una serie de estudios científicos sobre diversos campos de investigación, entre otras cosas sobre la base de la gran cantidad de informes encargados para estos procedimientos. Al evaluar el valor probatorio de estas pruebas, somos conscientes de que nuestra función no es realizar determinaciones científicas o intentar resolver de otro modo debates científicos. Más bien, nuestra labor consiste en ayudar al OSD a resolver una diferencia y, en este contexto, realizar una evaluación objetiva, basada en los argumentos y las pruebas que se nos han presentado, del grado de contribución de las medidas TPP a su objetivo, como parte de una determinación más amplia sobre su compatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.515. En este contexto, tendremos que evaluar sobre la base de las pruebas de que disponemos en qué medida se han establecido los hechos pertinentes, y en qué medida estas pruebas, tomadas en conjunto, apoyan la conclusión de que las medidas impugnadas contribuyen a su

[1474] Los dos artículos son a) White *et al.* 2015b (Pruebas documentales HND-135, DOM-236, DOM-288); y b) White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235). Se hace referencia a White *et al.* 2015b es el informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 87, y en el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 348.

[1475] Véanse los párrafos 1.99-1.100 *supra*.

[1476] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 443-445; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 134 del Grupo Especial, párrafos 12-16.

[1477] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 160.

[1478] Véase la sección 1.6.7.3 *supra*.

[1479] Respuesta de Australia a la pregunta 134 del Grupo Especial, párrafos 11-18.

[1480] Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Atún II* (*México)*, párrafos 7.438, nota 634, y 7.498, nota 693; y *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.403-7.412.

objetivo. En la medida en que sea así, tendremos que determinar con la máxima precisión posible en qué grado lo hacen, a la luz de la naturaleza y la calidad de las pruebas que se nos han presentado. Como hemos señalado *supra*, el grado de precisión con que esto puede llevarse a cabo dependerá, entre otras cosas, de la naturaleza y la calidad de las pruebas que se nos han presentado.

7.516. En la medida en que se recurra a estos testimonios científicos, nuestra evaluación puede incluir en particular un análisis de si tales testimonios "proce[de]n de una fuente competente y respetada"[1481], 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"[1482], y "si el razonamiento formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente".[1483]

7.517. Estas consideraciones se consideraron pertinentes por primera vez en el contexto del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF. La evaluación exigida para examinar la compatibilidad de una medida sanitaria y fitosanitaria en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF y la evaluación que tenemos que realizar en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no son idénticas, pero comportan análogamente un análisis de los testimonios científicos pertinentes. La cuestión que un grupo especial debe analizar en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF se refiere a la existencia de una evaluación del riesgo adecuada y si las conclusiones alcanzadas en esa evaluación justifican suficientemente la medida en litigio. Como se ha descrito *supra*, en esta etapa de nuestro análisis, nos corresponde realizar una determinación fáctica objetiva del grado en el que las medidas contribuyen a su objetivo "si es que contribuye[n] en grado alguno". Al realizar esta labor y formular constataciones fácticas a este respecto, estamos obligados a examinar y tomar en consideración todas las pruebas a nuestro alcance y "evaluar la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba".[1484] Creemos que, en esta evaluación, los tipos de consideraciones identificadas *supra* como pertinentes en el contexto de un examen de la base científica de una evaluación del riesgo realizado en el marco del Acuerdo MSF pueden, *mutatis mutandis*, aclarar de manera importante el "valor probatorio" que debe asignarse a las pruebas controvertidas de carácter científico, también en el contexto de una evaluación en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2.5.3.5 Diseño, estructura y funcionamiento de las medidas

7.518. En la presente sección nos centramos en pruebas relacionadas con la manera en que están destinadas a funcionar las medidas TPP, en otras palabras, su "diseño, estructura y funcionamiento". Por consiguiente, en esta etapa de nuestro análisis nos centramos principalmente en pruebas de fecha anterior a la implementación de las medidas TPP en Australia. Esto se entiende sin perjuicio de nuestra ulterior consideración, en la sección siguiente, de pruebas relacionadas con la aplicación efectiva de las medidas TPP. Como hemos señalado anteriormente, nuestra evaluación global del grado de contribución de las medidas a su objetivo se basará en una consideración de la totalidad de esos testimonios.

7.519. Como se indica más arriba, el diseño subyacente en la estructura de las medidas TPP refleja una cadena causal o "modelo mediacional" en virtud del cual la adopción de una presentación uniforme y normalizada de los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor (es decir, el empaquetado "genérico") tienen por objeto reducir el atractivo de los productos de tabaco para el consumidor, aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del paquete de inducir a los consumidores a error acerca de los efectos nocivos de fumar, y en consecuencia afectar a las conductas tabáquicas.

[1481] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 591-592. Véanse también *ibid.*, párrafos 598 y 601. El Órgano de Apelación hizo estas observaciones en el contexto de un análisis del "fundamento científico" de unas medidas MSF en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF; no obstante, consideramos que pueden ser pertinentes, *mutatis mutandis*, para un análisis del valor probatorio de testimonios científicos controvertidos en otros contextos comparables.

[1482] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591.

[1483] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 591-592. Véanse también *ibid.* los párrafos 598 y 601.

[1484] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 137.

7.520. Los reclamantes niegan que las medidas TPP puedan contribuir al logro de su objetivo mediante cualquiera de esos mecanismos. Aducen que la base probatoria de las medidas TPP, en particular las publicaciones que apoyan el empaquetado genérico del tabaco, no es de una calidad o un rigor metodológico suficiente para proporcionar un fundamento fiable en respaldo de las medidas. También aducen que, aun suponiendo que las medidas fueran, como aduce Australia, adecuadas para reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG o limitar la capacidad del empaquetado de inducir a los consumidores a error acerca de los efectos nocivos de fumar, esto no tendrá repercusión alguna en las conductas tabáquicas pertinentes.

7.521. La crítica que los reclamantes hacen del corpus de estudios relacionados con el empaquetado genérico del tabaco (publicaciones TPP) afecta a todo un conjunto de pruebas relacionadas con los efectos previstos del empaquetado genérico del tabaco, constituido principalmente por estudios de fecha anterior a la implementación de las medidas TPP en Australia, y que trata de evaluar la posible repercusión del empaquetado genérico del tabaco en los tres mecanismos actualmente reflejados en la Ley TPP. Así pues, examinaremos en primer lugar esta crítica horizontal. Procederemos después a considerar las pruebas relacionadas con cada uno de los mecanismos específicos y los resultados conductuales asociados subyacentes en el diseño y la estructura de las medidas TPP.

7.2.5.3.5.1 Crítica de las "publicaciones sobre el empaquetado genérico" (publicaciones TPP)[1485]

7.522. Los reclamantes identifican un grupo de 68 publicaciones en las que se comunican los resultados de estudios realizados en su mayor parte antes de la implementación en Australia de las medidas TPP[1486] y que se centran principalmente en la posibilidad de que el empaquetado genérico del tabaco afecte a los resultados "no conductuales" o "proximales" identificados en la Ley TPP.

7.523. Los reclamantes han presentado críticas individuales de estudios específicos, y aducen además que las publicaciones TPP en su conjunto, que aplican criterios establecidos en la investigación de las ciencias sociales[1487], adolecen de graves deficiencias metodológicas y carecen del rigor científico y la objetividad necesarios para constituir una base probatoria fiable para una intervención de política de este tipo.[1488] Australia responde que las medidas TPP se basan en "una multitud de pruebas que respaldan [su] eficacia", y que las críticas que los reclamantes hacen de las publicaciones TPP son "injustificadas, irrelevantes y no representativas del corpus de publicaciones que respaldan la medida relativa al empaquetado genérico del tabaco".[1489]

7.524. En la presente sección examinamos la crítica global de esas publicaciones hecha por los reclamantes, sin perjuicio del peso que deba atribuirse a ese corpus de pruebas en nuestra evaluación global.

Principales argumentos de las partes

7.525. Los reclamantes aducen que las publicaciones TPP en su conjunto adolecen de deficiencias que impiden que sirvan como testimonios científicos fiables de la eficacia a corto o largo plazo de

[1485] El Grupo Especial utiliza esa expresión en estos informes sin que ello implique referirse a una lista concreta de estudios pertinentes. Como se señala más abajo, los reclamantes han presentado una serie de 68 estudios a los que aluden como "las publicaciones TPP". También han presentado varios informes de expertos que contienen exámenes de estudios relacionados con el empaquetado genérico de tabaco pertinentes, en cada uno de los cuales se define el alcance del examen realizado en el informe en cuestión. Esas listas se solapan parcialmente con las publicaciones a que Australia hace referencia. El Grupo Especial alude en términos generales a este corpus de estudios como "las publicaciones TPP".

[1486] Véanse las "Publicaciones sobre el empaquetado genérico" (Prueba documental JE-24). A cada uno de los 68 estudios que se presentaron como parte de la Prueba documental JE-24 se le asignó un número de Prueba documental específico, de JE-24(1) a JE-24(68).

[1487] Véanse el informe de réplica relativo al proyecto de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-12), párrafo 6; y el segundo informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18), párrafos 2 y 22-23.

[1488] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 455-517; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 551-659; y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 169-184. Véase también la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 186.

[1489] Primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafos 3 y 6.

las medidas TPP. Más concretamente, consideran que las publicaciones TPP no satisfacen los criterios de objetividad o rigor metodológico generalmente aplicables a las investigaciones sociológicas sobre la conducta de los consumidores. Para respaldar este argumento, los reclamantes encargaron informes de especialistas, a efectos de los presentes procedimientos, a tres grupos de expertos: 1) el Profesor Inman *et al*.[1490]; 2) el examen sistemático de Kleijnen[1491]; y 3) el Profesor Klick.[1492] Cada uno de ellos aplicó un método de examen distinto.

7.526. En primer lugar, Honduras y la República Dominicana[1493] encargaron a un equipo de siete profesores universitarios, encabezado por el Profesor Inman, todos los cuales han publicado artículos y realizado funciones de edición en revistas especializadas en el comportamiento de los consumidores, que llevara a cabo un "proyecto de examen por homólogos" de 55 publicaciones sobre el empaquetado genérico (Proyecto de examen por homólogos).[1494] Se encargó a los examinadores que procedieran como si cada uno de los trabajos se les hubiera asignado como examinador para una importante revista especializada en investigación científica en el ámbito del consumo, y que aplicaran como punto de referencia los criterios y el rigor con arreglo a los cuales normalmente juzgarían los manuscritos que se les presentaran.[1495] Ninguno de los examinadores recomendó la publicación de los estudios examinados. Cuarenta y seis fueron directamente "rechazados" por razones metodológicas, sin posibilidad de revisión, y se consideró que las deficiencias percibidas en los restantes nueve estudios, aunque se corrigieran, eran lo bastante importantes para poder modificar sus resultados y conclusiones.[1496]

7.527. En segundo lugar, Honduras y la República Dominicana[1497] encargaron a un grupo de investigadores, encabezado por el Profesor Kleijnen, que "identificara, seleccionara y evaluara críticamente" de manera sistemática los estudios sobre el empaquetado genérico aplicando criterios objetivos y procedimientos predefinidos (examen sistemático de Kleijnen).[1498] El equipo del Profesor Kleijnen determinó que en 31 de los 58 trabajos examinados se utilizó un diseño experimental que permitía llegar a conclusiones acerca de la repercusión causal del empaquetado genérico sobre el resultado medido.[1499] Esos estudios fueron posteriormente evaluados a efectos del riesgo de sesgo sobre la base de "cuatro fundamentos generalmente aceptados de 'validez' metodológica", cada uno de las cuales representa una posible fuente de sesgo: validez del constructo, validez interna, validez externa y validez de la conclusión.[1500] La evaluación concluyó

[1490] Véanse el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3); informe de réplica relativo al examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-12); y segundo informe de réplica relativo al examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-17).

[1491] Véanse el examen sistemático de Kleijnen (DOM/HND-4); el informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-13); y el segundo informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18).

[1492] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6) (en el que se apoya Cuba: véase la comunicación de Cuba al Grupo Especial fechada el 13 de julio de 2015).

[1493] Cuba también se ha apoyado en este informe de expertos. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 170 y 172. Indonesia ha hecho referencia a partes de la primera comunicación escrita de la República Dominicana que aluden a ese informe. Véase la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 186 y nota 275.

[1494] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 470-474; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 569-572; y el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafos 12-14.

[1495] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 26 y apéndice A.

[1496] Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 575; y el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 17.

[1497] Cuba también se ha apoyado en este informe de expertos. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 170 y 172. Indonesia ha hecho referencia a partes de la primera comunicación escrita de la República Dominicana que aluden a ese informe. Véase la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 186 y nota 275.

[1498] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 476; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 578; e informe relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), página 9.

[1499] Véase el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), páginas 27-28.

[1500] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 589. La *validez del constructo* "se refiere a si la forma o formas en que un investigador ha medido un constructo de interés (por ejemplo, el atractivo de un paquete de cigarrillos o un aspecto de la conducta tabáquica) engloban plenamente ese constructo, y a si la medida resultante tiene determinadas propiedades, como la fiabilidad"; la *validez interna* se refiere a si "el estudio ha medido el efecto verdadero, en otras palabras, si la atribución de causalidad a la intervención es válida"; la *validez externa* "se refiere a la posibilidad de generalización (aplicabilidad) de las constataciones más allá del marco del estudio"; y la *validez de la conclusión* se refiere a "si hay una correspondencia adecuada entre los métodos efectivamente empleados, los resultados y la interpretación dada

que cada uno de los estudios estaba "implementado" de manera que da lugar a un riesgo considerable o alto de sesgo, y que en consecuencia ninguno de ellos constituía una fuente fiable o probatoria para evaluar los efectos de las medidas TPP.[1501]

7.528. En tercer lugar, Cuba se apoya en un informe en el que se examinan las publicaciones subyacentes en las medidas TPP realizado por el Profesor Klick (Informe del Klick sobre las publicaciones TPP).[1502] El informe se centra en 48 estudios individuales[1503] y 5 análisis de las publicaciones realizados por académicos y órganos gubernamentales de salud pública.[1504] El Profesor Klick concluyó que las investigaciones eran "un fundamento inadecuado para las políticas públicas" debido a problemas metodológicos, a problemas de objetividad, y a una "desconexión entre los diseños de las investigaciones y las conclusiones alcanzadas".[1505]

7.529. Los reclamantes también han presentado informes de otros expertos que critican en diverso grado determinados estudios contenidos en las publicaciones TPP.[1506]

7.530. En los informes de expertos presentados por los reclamantes se concluía que las investigaciones utilizadas por los defensores del empaquetado genérico no eran "ni fiables ni pertinentes" a efectos de la implementación de esa política en Australia.[1507] Globalmente, los reclamantes mantienen que los estudios adolecen todos de las siguientes deficiencias primarias[1508]:

- miden la repercusión del empaquetado en las actitudes, percepciones e intenciones, en lugar de hacerlo en la conducta tabáquica real[1509];
- se apoyan en datos de encuestas o en información solicitada en grupos focales o en entrevistas, en lugar de emplear un diseño experimental que permita extraer inferencias causales[1510];
- no controlan los efectos de la demanda y las respuestas socialmente deseables[1511];

por los investigadores a las constataciones relativas a la relación de interés". Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), página 23.

[1501] Véase la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 589.

[1502] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 172. El Profesor Klick es profesor de derecho, economista y experto en estudios jurídicos empíricos. Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página i y currículum vítae adjunto.

[1503] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 16.

[1504] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 16 y 58-63.

[1505] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 1, 6 y 63-64.

[1506] Véanse el informe de Satel (Prueba documental UKR-7) (en el que se apoyan Honduras, la República Dominicana y Cuba: véanse la comunicación de Honduras al Grupo Especial fechada el 8 de julio de 2015; las respuestas de la República Dominicana a preguntas del Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva, párrafo 1; y la comunicación de Cuba al Grupo Especial fechada el 13 de julio de 2015); el informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6); el informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3); el informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4); y el informe de réplica de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-5). Véase también el informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8) (en el que se apoyan Honduras y Cuba: véanse la comunicación de Honduras al Grupo Especial fechada el 8 de julio de 2015; y la comunicación de Cuba al Grupo Especial fechada el 13 de julio de 2015); el informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154) (en el que se apoya Indonesia: véase la comunicación de Indonesia al Grupo Especial fechada el 8 de julio de 2015); y el informe de McKeganeyl (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72).

[1507] Véase, por ejemplo el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 1.

[1508] Véase la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 591.

[1509] Véanse el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 1; el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), páginas 32-33; el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.iv.b; el informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafos 60 y 61.e; el informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafos 45-48; y el informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 11.

[1510] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 497; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 174-175; y el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), páginas 16-20, 31 y 49; y figura 5.

[1511] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 496; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 598-600; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 176; el

- extrapolan resultados en el mundo real a partir de muestras y entornos que no son representativos[1512];

- no controlan variables de confusión[1513] como las ASG y los efectos de novedad[1514];

- sacan conclusiones que no se deducen de los resultados del estudio[1515];

- carecen de objetividad en favor de resultados de los estudios que respaldan el empaquetado genérico, habida cuenta:

  de que la mayor parte de los estudios es de fecha posterior al anuncio de abril de 2010 de Australia de que adoptaría el empaquetado genérico;

  de las preferencias de la comunidad de salud pública y sus revistas; y

  del reducido tamaño de la comunidad de control del tabaco, donde un pequeño grupo de investigadores realizó la mayoría de los estudios.[1516]

7.531. Australia critica severamente los métodos empleados en esos exámenes.[1517] Considera que las críticas desmenuzadas que los reclamantes hacen de las publicaciones TPP deconstruyen los estudios aplicando criterios irrealistas que exageran las deficiencias en un intento por distraer la atención de los resultados y reducirlos, lo que va en contra de los métodos establecidos para informar las políticas por medio de pruebas.[1518] Australia critica la "estrategia" utilizada por los reclamantes en su examen de la base probatoria para el empaquetado genérico.[1519]

7.532. En los informes de expertos presentados por Australia, el Profesor Fong identifica los siguientes temas y estrategias generales en los informes de expertos de los reclamantes que critican las publicaciones TPP:

- ilusión de rigor y de exigencia del estudio "perfecto";

- atención exclusiva a las tasas de consumo de tabaco como objetivo de la Ley TPP;

- atención casi exclusiva a la medición de resultados de conductas en el mundo real;

---

informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 1; el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafos 18.i y 61.i-61.ii; el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), páginas 36 y 48; el informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafos 34-35 y 46; el informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafos 179-188; el informe de réplica relativo al examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-12), párrafos 41-51; el informe Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 65; y el informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafo 61.h.

[1512] Véanse la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 178; el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 2-3; el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 18.ii; el informe del examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), página 36; y el informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafos 39-42.

[1513] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 18.i; e informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 50-51 y 56.

[1514] Informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafos 61.f y 61.h; el informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18), párrafo 38; e informe de Klick sobre las publicaciones TPP l (Prueba documental UKR-6), página 13.

[1515] Véanse el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 2 y 63-64; y el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 18.iii.

[1516] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 461 y 464-466; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 69-75; la primera comunicación escrita de Indonesia, Indonesia, párrafos 29-30; el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 1-2, 13 y 15-17; y el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 40.

[1517] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 607-614 y anexo E, párrafos 3-10.

[1518] Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 137, 148 y 152; e informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 446 y 489.

[1519] Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 137; y segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafos 35-36.

- rechazo de cualquier investigación no experimental;
- descripción engañosa o inexacta de las pruebas;
- presentación de un punto de menor importancia como una conclusión principal;
- atribución de cualesquiera efectos del empaquetado genérico únicamente a la novedad;
- sobreestimación del sesgo de deseabilidad social;
- sobreestimación de los efectos de demanda;
- no consideración de la manera en que las supuestas deficiencias podrían de hecho dar cuenta de los resultados;
- exageración de la repercusión de las limitaciones y caso omiso de los aspectos más sólidos de los estudios;
- alegación de que la participación de pocos autores en la mayoría de las publicaciones representa un sesgo; y
- caso omiso de la convergencia de las pruebas.[1520]

7.533. Australia señala asimismo que la inmensa mayoría de los estudios examinados por los reclamantes se publicaron en revistas científicas examinadas por homólogos, entre ellas algunas de las principales revistas científicas en materia de salud pública y tabaco.[1521] Así pues, sostiene Australia, los estudios ya han sido objeto de un "riguroso examen por especialistas".[1522]

7.534. Los reclamantes responden que el proceso de examen por homólogos no es infalible, que puede no impedir la publicación de estudios con deficiencias significativas[1523], y que el hecho de la publicación no garantiza que el método y los resultados sean fiables.[1524] Hacen referencia al "proyecto de examen por homólogos", en el que siete expertos en mercadotecnia experimentados en el examen de estudios para su publicación presentaron una "crítica objetiva ... para evaluar si los escritos que constituyen el corpus de las [] publicaciones sobre el empaquetado genérico serían aceptados para su publicación en revistas académicas de alta calidad examinadas por homólogos".[1525] Esos estudios concluyeron que ninguno de los estudios era aceptable en su forma actual.[1526]

7.535. El experto de Australia Profesor Fong observa que 39 de los 55 artículos examinados como parte del proyecto de examen por homólogos de la República Dominicana y de Honduras ya habían sido publicados en revistas examinadas por homólogos. Sin embargo, en el examen hipotético de los reclamantes ninguno fue "aceptado" para su publicación. En otras palabras, no hubo superposición entre los resultados del proceso de examen por homólogos de las 20 revistas científicas especializadas en distintas disciplinas científicas en las que esos artículos se habían publicado y los resultados del proyecto de examen por homólogos.[1527] De manera análoga, observa Australia, el "informe sistemático de Kleijnen indicaba uniformemente una alta posibilidad de sesgo" entre los 31 trabajos que se había considerado eran adecuados para el análisis.[1528]

[1520] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 446-493.
[1521] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 450.
[1522] Segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafo 24.
[1523] Informe de réplica relativo al proyecto de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-12), párrafo 149.
[1524] Informe de réplica relativo al proyecto de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-12), párrafo 148; y segundo informe de réplica relativo al proyecto de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-17), párrafo 5.
[1525] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 1.
[1526] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 17.
[1527] Segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafos 24-25. Véase también el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 17.
[1528] Véase el informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 145-146. Véase también el segundo informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18),

Australia sostiene que esos resultados son producto de criterios de examen distorsionados excesivamente estrictos, aplicados indebidamente en forma incompatible con los principios y métodos de examen establecidos.[1529] Aduce que las conclusiones "no plausibles" de esos informes, así como su disparidad con los resultados del proceso real de examen por homólogos en diversas revistas, desacreditan las evaluaciones de los expertos de los reclamantes.[1530]

7.536. El experto de Australia Profesor Fong aduce que es inevitable que los estudios individuales adolezcan de una serie de limitaciones pero que, considerados colectivamente, los diversos diseños constituyen un corpus de pruebas convincente.[1531] Australia contrató a dos expertos que realizaron exámenes cualitativos globales de las publicaciones sobre el empaquetado genérico para determinar si las pruebas, "consideradas conjuntamente", respaldaban la eficacia del empaquetado genérico del tabaco.[1532] Ambos concluyeron que la mayoría de las pruebas, procedentes de diversas fuentes que empleaban distintos diseños de investigación, medidas de resultados y participantes, converge en la conclusión de que el empaquetado genérico reducirá el uso de productos de tabaco.[1533]

7.537. Australia y sus expertos mantienen que su enfoque es el adoptado por "órganos autorizados internacionalmente reconocidos" como el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos, el Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (el órgano de la Organización Mundial de Salud especializado en la investigación sobre el cáncer), y el Director General de Sanidad de los Estados Unidos.[1534] Australia se remite a los informes del Director General de Sanidad de los Estados Unidos, el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos, el Instituto de Medicina de los Estados Unidos (USIOM) y la OMS para respaldar su enfoque cualitativo para abordar las publicaciones disponibles "en su conjunto"[1535], si bien reconociendo que es inevitable que los estudios individuales estén sujetos a una serie de limitaciones, habida cuenta de los desafíos inherentes en la evaluación de políticas a nivel nacional.[1536] Según Australia, la coherencia de los resultados respalda la conclusión de que el empaquetado genérico puede contribuir a la

párrafo 32 ("Cada estudio individual del empaquetado genérico adolece de un riesgo de sesgo alto o considerable, y prácticamente siempre para múltiples facetas de validez").

[1529] Véanse el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 528, 554 y 562; el segundo examen suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafos 26-30; y el informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 137.

[1530] Véanse las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafo 345; el informe Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 450; y el segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafos 24-25 y 29.

[1531] Véase el segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafos 11-13. Véase también el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 447 ("Si las constataciones de múltiples estudios, todos ellos de alguna manera deficientes, apuntan a la misma conclusión, podemos sentirnos más confiados acerca de la validez de esa conclusión"). Véase también la primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 6 ("Ningún estudio constituye una base probatoria, pero un número significativo de estudios que llegan a las mismas conclusiones, con independencia de limitaciones o deficiencias individuales, proporciona una base probatoria firme para elaborar políticas públicas").

[1532] Primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 4. Véanse el informe Fong (Prueba documental AUS-14); el informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-531); el segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafo 8; y el informe de Samet (Prueba documental AUS-7). Otros expertos contratados por Australia también han examinado la naturaleza de las publicaciones TPP en sus informes. Véanse el informe sobre salud pública de Chaloupka (Prueba documental AUS-9); el segundo informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-590); y el informe de Slovic (Prueba documental AUS-12).

[1533] Segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafos 8-9. Véanse también el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 448 y 492; y el informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 6, 117 y 136-137.

[1534] Segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafo 10. Véanse también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 255 (donde se hace referencia al informe sobre salud pública de Chaloupka (Prueba documental AUS-9), párrafo 74; y el informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 138-152).

[1535] Véanse la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 238-243, 251 y 255; el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 492-493; el segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafos 10-14, 17 y 31; el informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 117; y el informe sobre salud pública de Chaloupka (Prueba documental AUS-9), párrafo 74.

[1536] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 447 y 489; y segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafos 11-13.

protección de la salud pública.[1537] Australia encuentra también apoyo para esa conclusión en varios exámenes externos de las publicaciones TPP, que también coinciden en que la base probatoria para el empaquetado genérico es sólida.[1538]

7.538. Los reclamantes rechazan la exactitud de los exámenes externos de las publicaciones TPP.[1539] También discrepan del enfoque adoptado por los expertos de Australia. Aducen que con independencia del número de estudios que apunten en la misma dirección, un examen de las constataciones y conclusiones únicamente nada dice de la calidad metodológica del conjunto de las publicaciones. A su juicio, la convergencia de las pruebas puede reflejar simplemente la reiteración de deficiencias y sesgos metodológicos en las publicaciones.[1540]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.539. Como se señala más arriba, los reclamantes identifican como las publicaciones TPP un corpus de 68 estudios publicados, en su mayor parte anteriormente a la adopción por Australia de las medidas TPP, cuyo objeto es estudiar el efecto del "empaquetado genérico" de los productos de tabaco.

7.540. La crítica general que los reclamantes hacen de esas publicaciones se refleja principalmente en tres informes de expertos[1541] y comprende un gran número de estudios. Observamos, sin embargo, que no abarca todo el conjunto de estudios invocados por Australia en los presentes procedimientos, y que abarca también estudios en los que Australia no se ha apoyado en los presentes procedimientos para respaldar su argumento de que las medidas TPP contribuyen al logro de su objetivo de salud pública. Australia se ha apoyado expresamente, en el contexto del análisis de la "contribución" en estos procedimientos, en 47 de los 68 trabajos identificados por los reclamantes como parte de las publicaciones TPP.[1542] También se ha apoyado

[1537] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 254-255. Véanse también el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo492; y el segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafo 14.

[1538] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 612-613 y anexo E, párrafos 8-9; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 246, 248-249 y 254; segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafo 15; informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 122; e informe Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafos 116-117. Véase "*Standardised Packaging of Tobacco: Report of the Independent Review Undertaken by Sir Cyril Chantler*", abril de 2014 (informe de Chantler) (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61); lC. Moodie, M. Stead, L. Bauld, A. McNeill, K. Angusa, K. Hinds, I. Kwan, J. Thomas, G. Hastings y A. O'Mara-Eves, "*Plain tobacco packaging: A systematic review*", *UK Centre for Tobacco Control Studies*, Universidad de Stirling *(2012)* (examen de Stirling) (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59); C. Moodie, K. Angus, M. Stead, y L. Bauld, "*Plain Tobacco Packaging Research: An Update*", *Centre for Tobacco Control Research*, *Institute for Social Marketing*, Universidad de Stirling *(2013)* (examen de Stirling actualizado) (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60); y D. Hammond, "*Standardised Packaging of Tobacco Products: Evidence Review*, *Prepared on Behalf of the Irish Department of Health*", marzo de 2014 (examen de Hammond) (Prueba documental AUS-555).

[1539] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 173; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 312; informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 60-63; informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154); y segundo informe de réplica del examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18), párrafos 64-68.

[1540] Segundo informe de réplica del examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18), párrafos 31-38. Véanse también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 462-463; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 314-315; y el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 15-17.

[1541] Véanse, en general, el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6); el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3); y el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4).

[1542] Australia ha citado directamente en sus comunicaciones, y aportado como pruebas documentales, 47 de los artículos que los reclamantes presentaran como parte de la Prueba documental JE-24. 1) Brose *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-263, JE-24(11)); 2) Centre for Health Promotion 1993 (Pruebas documentales AUS-142, JE-24(14)); 3) Donovan 1993 (Pruebas documentales AUS-151, JE-24(16)); 4) Environics 2008a (Pruebas documentales AUS-179, JE-24(19)); 5) Ford *et al.* 2013a (Pruebas documentales AUS-137, JE-24(20)); 6) Gallopel-Morvan *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-162, JE-24(24)); 7) Goldberg *et al.* 1995 (Pruebas documentales AUS-221, JE-24(26)); 8) Goldberg *et al.* 1999 (Pruebas documentales AUS-209, JE-24(27)); 9) Hammond 2010 (Pruebas documentales AUS-91, JE-24(28)); 10) Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)); 11) Bansal-Travers *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-150, JE-24(3)); 12) Hammond *et al.* 2013a (Pruebas documentales AUS-177, JE-24(32)); 13) Hoek *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-148, JE-24(34)); 14) Hoek *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-163, JE-24(35)); 15) Beede *et al.* 1990 (Pruebas documentales AUS-147, JE-24(4));

en 40[1543] de los 55 trabajos examinados como parte del proyecto de examen por homólogos de Honduras y la República Dominicana[1544]; en 41[1545] de los 58 trabajos examinados como parte del examen sistemático de Kleijnen[1546]; y en cada uno de los cinco exámenes de las publicaciones[1547], así como en 36[1548] de los 48 estudios individuales identificados por el Profesor Klick.[1549] Australia

16) Maynard *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-200, JE-24(40)); 17) Moodie y Ford 2011 (Pruebas documentales AUS-189, JE-24(42)); 18) Moodie y Mackintosh 2013 (Pruebas documentales AUS-185, JE-24(43)); 19) Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44)); 20) Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47); 21) CBRC 1992 (Pruebas documentales AUS-198, JE-24(13)); 22) Parr *et al.* 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49)); 23) Beede y Lawson 1991 (Pruebas documentales AUS-153, JE-24(5)); 24) Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)); 25) Rootman y Flay 1995 (Pruebas documentales AUS-145, JE-24(53)); 26) Rousu y Thrasher 2013 (Pruebas documentales AUS-228, JE-24(54)); 27) Scollo *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-507, JE-24(57)); 28) Thrasher *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-229, JE-24(58)); 29) Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)); 30) Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)); 31) Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)); 32) Wakefield *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-184, JE-24(64)); 33) White *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-160, JE-24(66)); 34) Young *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-214, JE-24(67), DOM-285); 35) Bondy *et al.* 1994 (Pruebas documentales AUS-143, JE-24(7)); 36) Borland y Savvas 2013a (Pruebas documentales AUS-135, JE-24(8)); 37) Borland *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9)); 38) Doxey y Hammond 2011 (Pruebas documentales AUS-156, JE-24(17)); 39) Al-hamdani 2013 (Pruebas documentales AUS-203, JE-24(1)); 40) Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-152, JE-24(23)); 41) Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)); 42) Hammond *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-157, JE-24(30)); 43) Hammond *et al.* 2013b (Pruebas documentales AUS-158, JE-24(31)); 44) Borland y Savvas 2013b (Pruebas documentales AUS-175, JE-24(10)); 45) Zacher *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-222 (revised), JE-24(68), DOM-286)); 46) Moodie *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-174, JE-24(45)); y 47) Van Hal *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-161, JE-24(60)).

Señalamos asimismo que Australia ha presentado y recurrido a un artículo de un boletín cuyos autores eran los mismos investigadores, y que aparentemente examina el mismo estudio que otro documento que fue presentado por los reclamantes como parte de la Prueba documental JE-24. Compárese Northrup y Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)), con el boletín ISR (Prueba documental AUS-146).

[1543] Australia ha citado directamente, y aportado como prueba documental, 40 de los trabajos examinados como parte del proyecto de examen por homólogos. Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes. Observamos asimismo que Australia ha presentado y recurrido a un artículo de un boletín del que eran autores los mismos investigadores, y que aparentemente examina el mismo estudio que otro documento que se examinó como parte del proyecto de examen por homólogos de la República Dominicana y Honduras. Compárese Northrup y Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)) con el boletín ISR (Prueba documental AUS-146).

[1544] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 470-474; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 569-572; y el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafos 12-14.

[1545] Australia ha citado directamente, y aportado como prueba documental, 41 de los trabajos examinados como parte del "examen sistemático". Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes. Señalamos asimismo que Australia ha presentado y recurrido a un artículo de un boletín del que eran autores los mismos investigadores, y que aparentemente examina el mismo estudio que otro documento que se incluyó en el "Examen Sistemático" de la República Dominicana y Honduras. Compárese Northrup y Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)) con el boletín ISR (Prueba documental AUS-146).

[1546] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), páginas 7 y 27 y apéndice 2.

[1547] Consejo del Cáncer de Victoria, "*Plain Packaging of Tobacco Products: A Review of the Evidence*", 12 de agosto de 2011 (*CCV Review 2011*) (Pruebas documentales AUS-86, JE-16); informe del 2012 del Director de Sanidad de los Estados Unidos (Prueba documental AUS-76); Goldberg *et al.* 1995 (Pruebas documentales AUS-221, JE-24(26); examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59); examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60); e informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61).

[1548] Australia ha citado directamente, y aportado como prueba documental, 36 de los trabajos examinados como parte del informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6). Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes. Observamos asimismo que Australia ha presentado y recurrido a un artículo de un boletín del que eran autores los mismos investigadores, y que aparentemente examina el mismo estudio que otro documento que se examinó como parte del informe de Klick sobre las publicaciones TPP. Compárese Northrup y Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)) con el boletín ISR (Prueba documental AUS-146).

[1549] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 16 y 58-63.

se ha apoyado, además, en varias otras fuentes[1550] y en informes de expertos que encargó a efectos de los presentes procedimientos.[1551]

7.541. Como se señala *supra*, la crítica que los reclamantes hacen de esas publicaciones refleja una gama de preocupaciones subyacentes. Estas pueden clasificarse, en términos generales, según se refieran a:

- la objetividad de los resultados de la investigación y de la comunidad de investigadores a cargo de los estudios;
- el objeto de los estudios, en particular su concentración en resultados "proximales" no conductuales y no en las conductas tabáquicas; y
- el rigor metodológico de los estudios.

7.542. Abordamos esos aspectos sucesivamente.

Objetividad de las publicaciones TPP

7.543. Los reclamantes ponen en tela de juicio la objetividad de las publicaciones TPP por tres razones. En primer lugar, sostienen que la mayoría de los trabajos son posteriores al anuncio de abril de 2010 del Gobierno australiano de que adoptaría el empaquetado genérico de los cigarrillos.[1552] En segundo lugar, también sugieren que las publicaciones TPP están predispuestas en favor de resultados de los estudios que apoyen el empaquetado genérico debido a las preferencias de la comunidad de salud pública y sus revistas.[1553] En tercer lugar, los reclamantes mantienen que la objetividad de los estudios se ve comprometida por el tamaño reducido de la comunidad de control del tabaco, donde un pequeño grupo de investigadores realizó la mayoría de los estudios.[1554]

7.544. Por lo que respecta al primer punto, observamos que las pruebas que tenemos ante nosotros indican que los investigadores empezaron a estudiar la posible repercusión del empaquetado genérico del tabaco hace más de dos decenios. Algunas de las publicaciones en que se apoya Australia o que de otro modo se citan en los presentes procedimientos que hacen referencia a las posibles ventajas del empaquetado genérico del tabaco se remontan hasta principios del decenio de 1990.[1555] Las pruebas que tenemos ante nosotros también sugieren que

[1550] Véanse, por ejemplo, Kotnowski 2013 (Prueba documental AUS-138); Kotnowski y Hammond 2013 (Prueba documental AUS-139); d'Avernas *et al.* 1997 (Prueba documental AUS-144); Al-hamdani 2011 (Prueba documental AUS-159); Hammond y Parkinson 2009 (Prueba documental AUS-165); Difranza *et al.* 2003 (Prueba documental AUS-92); Wakefield *et al.* 2002 (Pruebas documentales AUS-93, CUB-28); Createc 2008 (Prueba documental AUS-167); Wakefield 2011 (Prueba documental AUS-172); White 2011 (Prueba documental AUS-173); Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176); Moodie y Hastings (Prueba documental AUS-187); Mutti *et al.* 2011 (Prueba documental AUS-217); y Gendall *et al.* 2012 (Prueba documental AUS-178).

[1551] Véanse, por ejemplo, el informe de Samet (Prueba documental AUS-7); el informe de Chaloupka sobre la salud pública (Prueba documental AUS-8); el informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10); el informe de Slovic (Prueba documental AUS-12); el informe de Biglan (Prueba documental AUS-13); el informe de Fong (Prueba documental AUS-14); el informe de Bryon (Prueba documental AUS-15); el informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-531); el informe de réplica de Slovic (Prueba documental AUS-532); el informe de réplica de Brandon (Prueba documental AUS-534); y el informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582).

[1552] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 461; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 69-71; y el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 40.

[1553] Véanse el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 1-2, 13, y 15; la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 464-466; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 73-75 y 78-79; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 27-30.

[1554] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 72, 75 y 78. Véanse también el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 2, 13 y 15-17; y el informe del examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 40.

[1555] Véase, por ejemplo, Beede *et al.* 1990 (Pruebas documentales AUS-147, JE-24(4)); *Centre for Health Promotion* 1993 (Pruebas documentales AUS-142, JE-24(14)); Bondy *et al.* 1994 (Pruebas documentales AUS-143, JE-24(7)); Donovan 1993 (Pruebas documentales AUS-151, JE-24(16)); Rootman y Flay 1995 (Pruebas documentales AUS-145, JE-24(53)); Golberg *et al.* 1995 (Pruebas documentales AUS-221,

en los últimos años, incluso después del anuncio por Australia de su intención de implementar el empaquetado genérico del tabaco, se produjo un aumento notable del número de publicaciones relacionadas con dicho empaquetado.[1556] Sin embargo, esto no parece sorprendente, en la medida en que cabría esperar que el interés de los especialistas por una intervención de política que nunca se ha implementado antes se intensifique con el paso del tiempo, a medida que aumentan las pruebas sobre su posible repercusión. De hecho, puede considerarse que la intensificación de las investigaciones en este campo es una señal de interés de la comunidad de investigadores por comprobar mejor su posible repercusión, sin perjuicio de los posibles resultados de esas nuevas investigaciones.

7.545. Los reclamantes también sugieren que las publicaciones TPP están predispuestas en favor de resultados de los estudios que apoyen el empaquetado genérico debido a las supuestas preferencias de la comunidad de salud pública y el tamaño reducido de la comunidad de control del tabaco. Aunque el "sesgo de publicación" es un fenómeno conocido[1557], no vemos motivo alguno para dar por sentado que los investigadores de la comunidad de control del tabaco, o, más ampliamente, de la comunidad de la salud pública, tendrían *a priori* un interés creado en apoyar un tipo de intervención en materia de control del tabaco con preferencia a otro.[1558]

7.546. Observamos, al mismo tiempo, que hay un grupo básico de investigadores que con frecuencia son los coautores de muchos de los artículos que componen las publicaciones TPP[1559], y que uno de los exámenes más amplios de las publicaciones en que Australia se apoya (y que se analiza más abajo[1560]) fue realizado por investigadores que eran coautores de algunos de los estudios examinados.[1561] La autora de un estudio sobre el empaquetado genérico[1562] consultó a 33 expertos en control del tabaco, algunos de los cuales, a su juicio, representaban, en 2012,

JE-24(26); Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)); y J. Madill-Marshall, M. Goldberg, G. Gorn, J. Liefeld, H. Vredenburg, "*Two Experiments Assessing the Visual y Semantic Images Associated with Current and Plain Cigarette Packaging*", *Advances in Consumer Research*, volumen 23 (1996), página 267 (Madill-Marshall *et al.* 1996) (Prueba documental JE-24(39)).

[1556] Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 70-71; y las publicaciones sobre el empaquetado genérico (Prueba documental JE-24).

[1557] Véase, por ejemplo, el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 1-2.

[1558] Véase, por ejemplo, la respuesta del Juez Kessler a este argumento en Estados Unidos contra Philip Morris (Prueba documental AUS-71), página 8.

[1559] Por ejemplo, entre los 68 trabajos que figuran en la Prueba documental JE-24: David Hammond figura como autor en 11 trabajos (véase Hammond 2010 (Pruebas documentales AUS-91, JE-24(28)); Bansal-Travers *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-150, JE-24(3)); Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-152, JE-24(23)); Doxey y Hammond 2011 (Pruebas documentales AUS-156, JE-24(17)); Hammond *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-157, JE-24(30)); Hammond *et al.* 2013b (Pruebas documentales AUS-158, JE-24(31)); White *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-160, JE-24(66)); Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)); Hammond *et al.* 2013a (Pruebas documentales AUS-177, JE-24(32)); Thrasher *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-229, JE-24(58)); y Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63))); Melanie Wakefield fue autora o coautora de 7 trabajos (véase Wakefield *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-184, JE-24(64)); Zacher *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-222 (revisada), JE-24(68), DOM-286); Scollo *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-507, JE-24(57)); Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)); Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)); Wakefield *et al.* 2014 (Prueba documental JE-24(65)); y Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25))); Crawford Moodie figuraba como autor o coautor en 7 trabajos (véase Moodie y Ford 2011 (Pruebas documentales AUS-189, JE-24(42)); Moodie y MacKintosh 2013 (Pruebas documentales AUS-185, JE-24(43)); Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44)); Moodie *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-174, JE-24(45)); Moodie *et al.* 2012 (Prueba documental JE-24(46)); Ford *et al.* 2013a (Pruebas documentales AUS-137, JE-24(20)); y Ford *et al.* 2013b (Prueba documental JE-24(21))); y Anne Marie MacKintosh fue coautora de 6 documentos (véase Ford *et al.* 2013b (Prueba documental JE-24(21)); Moodie y MacKintosh 2013 (Pruebas documentales AUS-185, JE-24(43)); Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44)); Moodie *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-174, JE-24(45)); Ford *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-137, JE-24(20)); y Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44))).

[1560] Véanse los párrafos 7.585 y siguientes *infra*.

[1561] Véase el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 91-96 (el autor principal, C. Moodie, era coautor de cinco de los 37 estudios examinados); y examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60), páginas 15-18 (el autor principal, C. Moodie, era coautor de tres de los 17 trabajos examinados).

[1562] Pechey *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(51)).

una "proporción sustancial" de los expertos internacionales en esa esfera.[1563] Varios autores de estudios comprendidos en las publicaciones TPP eran también miembros del Grupo de Trabajo sobre el Tabaco (TWG) del Equipo de Trabajo sobre Medicina Preventiva de Australia (NPHT), que recomendó que el Gobierno adoptara el empaquetado genérico.[1564]

7.547. El experto de Australia, Profesor Fong, observa que "los exámenes de estudios de investigación en un campo dado deben ser realizados por quienes tienen conocimiento del ámbito de investigación y de las normas de investigación propias de ese ámbito".[1565] No obstante, los autores de un examen sistemático de las publicaciones TPP (el examen de Stirling) reconocieron que examinar el trabajo propio puede crear la apariencia de un conflicto de interés. Por consiguiente, esos autores adoptaron medidas para reducir al mínimo el peligro de sesgo.[1566] Observamos asimismo que el autor de un estudio subsiguiente, Sir Cyril Chantler, aludió a la participación del Centro de Coordinación e Información de Evidencia en Políticas y Prácticas, una entidad independiente basada en la Universidad de Londres, para desechar alegaciones de sesgo contra el examen de Stirling formuladas por la rama de producción de tabaco y sus expertos.[1567] Tomamos nota, además, de la existencia de principios comunes por los que se rigen los autores y los responsables de los exámenes por homólogos, destinados a evitar conflictos de interés en los estudios publicados.[1568]

7.548. Además, en algunos de los estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco se identifican y analizan varios posibles inconvenientes de la introducción de dicho empaquetado[1569], lo cual nos sugiere que cuando se detectan preocupaciones estas se exteriorizan y se analizan. También hemos observado que en algunos de los estudios se registran resultados dispares.[1570] A nuestro entender, esto es una señal de que sus autores tratan de comunicar objetivamente los resultados de los estudios con independencia de la repercusión que estos puedan tener en la percepción de la utilidad del empaquetado genérico como instrumento de las políticas de control del tabaco.

7.549. Así pues, en definitiva, no creemos que debamos descartar *a priori* el corpus de estudios identificados por los reclamantes como publicaciones TPP, ya sea sobre la base del tamaño de la comunidad de investigadores en la que se originan o sobre la base de presuposiciones relacionadas con posibles sesgos dentro de esa comunidad. Tomamos asimismo nota de que los estudios examinados por los reclamantes fueron realizados por un total de más de 110 personas, afiliadas a varias instituciones distintas, entre ellas las siguientes: University College London, Universidad de Surrey, Universidad de Melbourne, Sydney Medical School, Universidad de Paris 1-Sorbonne,

---

[1563] Véase la respuesta del autor a los exámenes por homólogos de Pechey *et al.* 2013, disponible en http://www.biomedcentral.com/1471-2458/13/18/prepub, consulta realizada el 7 de octubre de 2014 (Prueba documental DOM-165), página 2.

[1564] Compárese el informe técnico 2 de la NPHT (Pruebas documentales AUS-52, JE-12), Agradecimientos (donde se menciona a Rob Moodie como Presidente del Equipo de Trabajo, a Michelle Scollo como redactora del informe y miembro del TWG y a Melanie Wakefield y Simon Chapman como miembros del TWG) con los 68 trabajos incluidos en las publicaciones sobre el empaquetado genérico (Prueba documental JE-24).

[1565] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 449. Véase también la primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 6 (donde se señala que la "síntesis de las pruebas concluyentes" requiere colaboración entre quienes trabajan en el mismo ámbito y tienen los conocimientos especializados pertinentes).

[1566] Véase Stead *et al.* 2013 (Prueba documental CUB-58), página 8 (donde se observa que "en los exámenes sistemáticos realizados en esferas de investigación especializadas puede percibirse un conflicto de interés" y se indica "que ningún miembro del equipo de investigación que había participado anteriormente en la investigación sobre el empaquetado extrajo datos, evaluó la pertinencia o calidad del estudio o decidió acerca de la inclusión del estudio").

[1567] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), página 26, párrafo 4.7.

[1568] Véase, por ejemplo, el informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 140 (donde se hace referencia al Comité Internacional de Editores de Revistas Médicas y a la política en materia de conflictos de interés del *British Medical Journal* como ejemplos de las actuales normas relativas a los autores y examinadores de publicaciones científicas).

[1569] Véase el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), sección 4.6.2, página 81 ("*Benefits or Harms Identified with the Policy Introduction*"); y sección 4.6.3, página 82 ("*Studies that Address the Potential Harms Identified*").

[1570] Véase, por ejemplo, Brose *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-263, JE-24(11)); Goldberg *et al.* 1999 (Pruebas documentales AUS-209, JE-24(27)); Beede *et al.* 1990 (Pruebas documentales AUS-147, JE-24(4)); Uppal *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(59)); Wakefield *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-184, JE-24(64)); y White *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-160, JE-24(66)).

Pennsylvania State University, Universidad de Calgary y Universidad de Ottawa. Esos elementos respaldan la opinión de que esos estudios "prov[ienen] de una fuente competente y respetada".[1571]

7.550. Por último, convenimos con Australia en que, en la medida en que los resultados convergentes de la investigación reflejen las conclusiones de una serie de estudios compatibles con criterios aceptados en sus respectivos ámbitos[1572], ello puede confirmar la solidez de las conclusiones a las que se llega en determinados estudios[1573], en lugar de demostrar la existencia de sesgo de publicación o de los investigadores.[1574] Tomamos nota a este respecto de la observación formulada por varios examinadores en el sentido de que "la constancia de la asociación" y la "coherencia de la asociación" son "especialmente importantes para evaluar las pruebas relacionadas con el empaquetado genérico"[1575], y de que los estudios de las publicaciones TPP demuestran ambas cosas.[1576]

7.551. Habida cuenta de lo anterior, no estamos persuadidos de que el marco temporal en el que se realizaron los estudios comprendidos en las publicaciones TPP, las preferencias de determinados investigadores o revistas por resultados favorables al empaquetado genérico del tabaco, o el tamaño de la comunidad científica pertinente proporcionen, *por sí mismos*, un fundamento para que pongamos en entredicho la objetividad y, en consecuencia, la fiabilidad general de todo el conjunto de estudios identificados por los reclamantes como publicaciones TPP. Antes bien, en esta etapa de nuestro análisis, y sin perjuicio de nuestra ulterior consideración de los contenidos de esas investigaciones y de la medida en que respaldan las conclusiones de ellas derivadas, observamos que estos estudios provienen de fuentes competentes y respetadas dentro de sus respectivas comunidades.

Focalización de los estudios TPP en resultados "no conductuales"

7.552. Los reclamantes sostienen que una de las principales debilidades metodológicas de las publicaciones TPP, que trataban de fundamentar la posible eficacia del empaquetado genérico del tabaco como una intervención destinada a modificar las conductas a nivel poblacional, es que "los estudios no miden la conducta tabáquica", que es "el resultado que interesa desde una perspectiva de política".[1577]

7.553. Observamos, en primer lugar, que Australia no niega que muchos de los estudios que forman parte de las publicaciones TPP se centran en la repercusión del empaquetado del tabaco en resultados "proximales" o "no conductuales". En particular, como se detallará *infra*, buena parte de las publicaciones TPP se centran en la capacidad del empaquetado genérico de influir en los tres

[1571] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la suspensión*, párrafos 591-592. Véase también *Ibid.,* párrafos 598 y 601.

[1572] Véanse el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página v (donde se destaca la diversidad de métodos de investigación, muestras, y lugares de estudio en los diversos estudios examinados); el informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), página 30 (donde se destaca la "mezcla heterogénea de diseños de investigación" así como la amplia variedad de mediciones de los resultados en diferentes ámbitos de investigación); y el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.10 (donde se hace referencia a la "amplia gama de métodos de investigación").

[1573] Véanse el informe de réplica de Fong (Prueba documental AUS-531), párrafo 151; y el segundo informe de réplica de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafos 8-9. Véase también el informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), página 30 (donde se indica que la cantidad de estudios es suficiente para aportar una opinión fundamentada).

[1574] Véase, por ejemplo, el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 15.

[1575] Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 117 y 119. Véase también el informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), página 31.

[1576] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, CUB-59), página 90; informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 125 y 128; informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 71; segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585) párrafo 31; e informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), página 31.

[1577] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 591-592. Véanse también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 463; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 560 y 593-597; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 171-172; la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 317 y 416; el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.iv.b; el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), páginas 32-33; el informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), páginas 43-50; el informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafos 61.i-61.j; y el informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 11.

"mecanismos" mediante los cuales las medidas TPP están destinadas a actuar: reducir el atractivo del empaquetado del tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del paquete de inducir a error al consumidor acerca de los efectos nocivos del tabaco.[1578]

7.554. Australia aduce que los expertos de los reclamantes incurren en error al "centrarse exclusivamente en la prevalencia como único resultado de las [medidas TPP]", y al "insistir en la medición de resultados de la conducta en el mundo real".[1579] El experto de Australia, Profesor Fong, considera que los expertos de los reclamantes han identificado erróneamente el objetivo de la Ley TPP, e ignorado los fines realmente declarados de la Ley y los mecanismos mediante los cuales el empaquetado genérico producirá esos efectos. El hincapié en la prevalencia, aduce Australia, tampoco permite apreciar las múltiples influencias causales en la prevalencia del consumo de tabaco, incluidas otras medidas de control del tabaco adoptadas en Australia.[1580]

7.555. La focalización de las publicaciones TPP en resultados "no conductuales" no constituye, a nuestro juicio, una deficiencia intrínseca, siempre que se entienda que es uno de los componentes de una base probatoria más amplia. Observamos a ese respecto que las medidas TPP se diseñaron para actuar sobre esos resultados "no conductuales" o "proximales" con miras a influir en última instancia en las conductas tabáquicas. Los tres "mecanismos" identificados en las medidas TPP[1581] adoptadas por Australia reflejan estrechamente los resultados "no conductuales" específicos que se estudiaron en una gran parte de las publicaciones TPP de fecha anterior a la adopción de las medidas TPP.[1582] Observamos que también se hace referencia a ellos en el artículo 11 y el artículo 13 de las Directrices CMCT.[1583]

7.556. Los reclamantes también critican las publicaciones TPP porque no miden el consumo efectivo de tabaco por los fumadores tras la exposición al empaquetado genérico frente al empaquetado con marca.[1584]

7.557. Parece que hay alguna convergencia entre los investigadores en el sentido de que el test ideal de la eficacia del empaquetado genérico habría sido un ensayo aleatorizado controlado longitudinal en un ámbito poblacional, donde el empaquetado se manipulase en algunos mercados pero no en otros.[1585] El experto de los reclamantes, Profesor Ajzen, afirma en ese sentido que "era fundamental poner a prueba la repercusión del empaquetado genérico sobre la conducta tabáquica real antes de la implementación de la Ley TPP a lo largo de un período de tiempo suficientemente prolongado". Afirma que "muy pocos estudios realizados en Australia antes de la Ley TPP trataron de medir la repercusión del empaquetado genérico sobre la conducta tabáquica reales, y los investigadores no tuvieron dificultad alguna en reconocer algunas de las limitaciones de esos estudios".[1586] Concretamente, el Profesor Ajzen sugiere que, para testar la repercusión del empaquetado genérico sobre la conducta tabáquica real, Australia tendría que haber realizado un

[1578] Véanse las secciones 7.2.5.3.5.2, 7.2.5.3.5.3 y 7.2.5.3.5.4.

[1579] Primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 6.

[1580] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 451-462.

[1581] Véase, por ejemplo, la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3.

[1582] Véase por ejemplo, Environics 2008a (Pruebas documentales AUS-179, JE-24(19)); Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)); Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)); Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)); Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176); Centre for Health Promotion 1993 (Pruebas documentales AUS-142, JE-24(14)); Rootman y Flay 1995 (Pruebas documentales AUS-145, JE-24(53)); Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)); Hoek *et al.* 2009 (Prueba documental JE-24(33)); y Donovan 1993 (Pruebas documentales AUS-151, JE-24(16)).

[1583] Véanse las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46 (donde se "aborda[] la cuestión del empaquetado sencillo en lo que atañe a las advertencias sanitarias y la información engañosa", con arreglo al artículo 13 de las Directrices CMCT); y las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 16 y "*Recomendación*" siguiente al párrafo 17 (donde se aborda el empaquetado genérico con respecto a "el empaquetado y el diseño de los productos" como elementos de "la publicidad y la promoción").

[1584] Véase, por ejemplo, el informe de McKeganeyl (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), página 43; y el informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafos 61.i-61.j.

[1585] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 175 (donde se hace referencia al informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 6-7 y 14; y el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), páginas 16-19). Véase también Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63), páginas 1166; informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 89; e informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 1.19.

[1586] Informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafo 61.i.

experimento controlado donde se sometiese a los participantes aleatoriamente a condiciones de utilización de empaquetado genérico y con marca, y donde la única diferencia entre los paquetes de cigarrillos utilizados fuera la presencia o ausencia de imaginería de marca.[1587]

7.558. Observamos, no obstante, que el Profesor Ajzen también identifica importantes limitaciones en la posibilidad de realizar esos experimentos controlados aleatorizados. Concretamente, explica que "la dificultad radica en que la situación experimental creada antes de la implementación de la Ley TPP no es una reproducción exacta de la situación que se encontraría después", y que esto puede poner en peligro la validez externa.[1588] El experto de Australia Profesor Fong también observa que "no sería realista" esperar que pudiera convencerse a los participantes asignados al grupo al que se muestran paquetes con marca de que esos paquetes son nuevos paquetes genéricos experimentales, dada la familiaridad que se tiene con los actuales paquetes de cigarrillos, incluso en el caso de los no fumadores.[1589] La viabilidad o utilidad de esos experimentos también se pone en entredicho en otras pruebas que se nos han presentado.[1590] Por ejemplo:

> Se sugirió que el estudio "ideal" sobre el empaquetado normalizado, conforme al "diseño de investigación adecuado", sería un ensayo controlado aleatorizado que aleatorizase distintas ciudades que dispondrían/no dispondrían de empaquetado normalizado a lo largo de un "período de tiempo prolongado". Esto es claramente una propuesta inviable, entre otras cosas porque la movilidad de la población significaría que *ambos* grupos tendrían acceso a paquetes normalizados y paquetes con marca, lo que privaría de sentido a los resultados.[1591]

7.559. El Profesor Ajzen observa también que "hay una limitación del estudio de la conducta tabáquica que es de naturaleza ética".[1592] Esta observación es también coherente con otros testimonios que se nos han presentado que indican que la ejecución de estudios que comparan el inicio del hábito de fumar entre sujetos expuestos a paquetes genéricos y sujetos expuestos a paquetes con marca es imposible por razones éticas.[1593]

[1587] Informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafo 55. Véase también el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 6. Cfr. Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 32 (donde se destaca la importancia de un diseño de estudio inter-sujetos frente a un estudio intra-sujeto). Observamos que varios estudios de las publicaciones TPP sí aplicaron un diseño inter-sujetos, si bien con medidas de resultado no conductuales. Véase, por ejemplo, Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)); Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)); Doxey y Hammond 2011 (Pruebas documentales AUS-156, JE-24(17)); y Hammond *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-157, JE-24(30)).

[1588] Informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafo 56, páginas 12-13.

[1589] Informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-531), párrafos 167-168. El Profesor Fong también señala que de hecho antes de la aplicación de las medidas TPP se desarrolló una versión más realista del estudio propuesto por el Profesor Ajzen. Se proporcionaron a fumadores en varias ciudades distintas de Escocia paquetes genéricos de cigarrillos, y se les pidió que fumaran una semana de los paquetes genéricos, otra semana de los paquetes con marca, y que completaran dos veces por semana cuestionarios que medían indicadores de la conducta como la renuncia a cigarrillos, la consideración de la posibilidad de dejar de fumar y el consumo. En cada uno de los indicadores se constataron diferencias en favor de los paquetes genéricos. Informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-531), párrafos 169-171. Observamos asimismo que las ventajas e inconvenientes de ese estudio han sido objeto de debate entre las partes. Véase, por ejemplo, el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 47-48.

[1590] Véase el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 17-18 y 88-89; y Stead *et al.* 2013 (Prueba documental CUB-58), página 8 (donde se señala que las pruebas controladas aleatorizadas y los estudios longitudinales de una intervención de política, como el empaquetado genérico, no son factibles antes de la implementación).

[1591] S. Ulucanlar, G. Fooks, J. Hatchard, y A. Gilmore, *"Representation and Misrepresentation of scientific evidence in contemporary tobacco regulation: a review of tobacco industry submissions to the UK Government consultation on standardised packaging*" PLoS Medicine, volumen 11 (2014), página 6 (Ulucanlar *et al.* 2014) (Prueba documental AUS-501). (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

[1592] Informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), página 13, párrafo 57.

[1593] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), página 13, párrafo 1.19 (donde se señala que una prueba en la que se comparara la adquisición del hábito de fumar entre niños expuestos a cigarrillos con marca y con empaquetado genérico "nunca obtendría aprobación ética"). Véase también el informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), página 35 ("no hay ninguna forma ética o viable para determinar el atractivo del empaquetado o de los productos entre los jóvenes como no sea una medición de las percepciones del atractivo y el interés en probar un producto"). Véase, sin embargo, la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 175 (donde se aduce que presuponer que una prueba no es ética da por sentado que el diseño del empaquetado induce a fumar).

7.560. Así pues, el Profesor Ajzen observa que, si bien habría sido posible y útil testar la repercusión del empaquetado genérico en la conducta tabáquica antes de la implementación de la Ley TPP[1594], las "limitaciones prácticas que conlleva el estudio de la repercusión del empaquetado genérico en la conducta antes de la implementación de la Ley [TPP] ponen de manifiesto la importancia de la investigación ... relativa a la repercusión del empaquetado genérico en los *determinantes teóricos* de la conducta tabáquica".[1595]

7.561. Esta conclusión indica, como reconoce el propio Profesor Ajzen, que si bien en principio habría sido deseable realizar ensayos controlados aleatorizados o estudios longitudinales a gran escala para tratar de evaluar la posible repercusión del empaquetado genérico en la conducta tabáquica, había razones prácticas y éticas legítimas por las que habría sido difícil llevarlos a cabo, antes de la introducción de una medida de esas características en cualquier parte del mundo. Dado que Australia fue el primer país que implementó el empaquetado genérico de los productos de tabaco, las posibilidades de observar directamente conductas tabáquicas reales frente a dicho empaquetado también eran muy limitadas antes de la implementación de la Ley TPP.

7.562. A la luz de lo anterior, si bien convenimos en que la base probatoria pertinente que subyace en una intervención de políticas debe tratar de reflejar lo más exactamente posible las condiciones en las que la intervención tendrá lugar, no estamos persuadidos de que las pruebas analizadas *supra* demuestren que la inexistencia de un estudio antes de la implementación de las medidas, en el que se hubiera utilizado un diseño experimental "ideal" que permitiera la observación de conductas tabáquicas reales constituye una deficiencia en las publicaciones TPP, de naturaleza tal que socave fundamentalmente su valor probatorio y la base probatoria subyacente a la adopción de las medidas TPP. Observamos asimismo que en determinados estudios comprendidos en las publicaciones TPP de fecha anterior a la implementación de las medidas TPP en Australia de hecho se trató de evaluar resultados conductuales relacionados con el tabaco, si bien se constató que esos estudios tenían "muy escaso valor predictivo".[1596]

7.563. Al mismo tiempo, las limitaciones asociadas a la medición de la repercusión del empaquetado genérico en las conductas tabáquicas reales antes de la implementación de las medidas TPP no dispensan de la necesidad de informar esta cuestión en el contexto de nuestra evaluación de la contribución de las medidas impugnadas a su objetivo.

7.564. En la medida en que el "modelo mediacional" subyacente a las medidas TPP se apoya en una combinación de los tres mecanismos identificados en la Ley TPP (conducente a los "resultados proximales" en los que se centran principalmente las publicaciones TPP) *y* en su consiguiente repercusión en las conductas tabáquicas (por ejemplo, inicio, abandono y recaída), considerar únicamente los "resultados proximales" no sería suficiente para llegar a conclusiones acerca de la contribución de las medidas TPP a su objetivo de salud pública. Antes bien, sería necesario considerar, además, la repercusión de esos mecanismos en las conductas tabáquicas pertinentes que dan lugar a los resultados en materia de salud pública deseados, es decir, a una reducción del consumo de productos de tabaco y de la exposición a estos productos. Como indica el Profesor Ajzen, la falta de pruebas empíricas directas sobre conductas reales puede hacer que el recurso a "los determinantes teóricos de la conducta tabáquica" sea importante en este contexto.[1597]

[1594] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafo 58.

[1595] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafo 59. (las cursivas figuran en el original)

[1596] Véase, por ejemplo, el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59, página 89:

> También merece la pena señalar que determinadas constataciones sobre actitudes relacionadas con el tabaco, las creencias y la conducta derivadas tanto de las encuestas como de estudios cualitativos objeto del examen se apoyan en informes del propio sujeto. Al carecer de toda forma de validación (como la validación de los cambios en el consumo de cigarrillos comunicados) esas constataciones tienen muy poco valor predictivo. Un argumento común es que las investigaciones sobre el empaquetado genérico nunca pueden replicar verdaderamente las condiciones reales del mercado y que, en consecuencia, las repercusiones indicadas en el consumo, la cesación y la adquisición del hábito de fumar son hasta la fecha especulativas.

[1597] Informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafo 59. (las cursivas figuran en el original)

Rigor metodológico de las publicaciones TPP

7.565. Los reclamantes aducen en términos generales que las publicaciones TPP no satisfacen normas aceptadas de rigor metodológico, entre otras cosas por lo que respecta al diseño y la ejecución de los estudios, así como a la capacidad de extraer de los resultados de los estudios las conclusiones declaradas.

7.566. Los reclamantes se apoyan especialmente en tres informes de expertos encargados a efectos de los presentes procedimientos (el proyecto de examen por homólogos de Inman *et al*.[1598], el examen sistemático de Kleijnen[1599], y el informe de Klick sobre las publicaciones TPP[1600], respectivamente), en cada uno de los cuales se evaluó la calidad de las publicaciones TPP sobre la base de un método distinto. En estos procedimientos se ha hecho referencia a otros exámenes externos de las publicaciones TPP. A continuación describimos, esos diversos exámenes de las publicaciones, antes de realizar una evaluación global a la luz de los mismos.

Los exámenes de las publicaciones TPP encargados por los reclamantes

El proyecto de examen por homólogos

7.567. El proyecto de examen por homólogos de Inman *et al.*, descrito *supra* conllevó el examen de 55 estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco, aplicando como un punto de referencia los criterios y el rigor con que los examinadores juzgarían normalmente los manuscritos que se les presentan en el campo de la conducta de los consumidores.[1601] Sobre la base de ese examen, ninguno de los examinadores consideró que alguno de los estudios en cuestión fuera apto para su publicación. Cuarenta y seis fueron directamente "rechazados" por razones metodológicas, sin posibilidad de revisión, y se estimó que las deficiencias percibidas en los nueve estudios restantes, aunque se corrigieran, eran lo bastante importantes para poder modificar los resultados y las conclusiones de los estudios.[1602] El Profesor Inman concluye lo siguiente:

> En resumen, habiendo estudiado todos los trabajos sobre el empaquetado genérico pertinentes y los informes de los examinadores, y aplicando los criterios de rigor metodológico generalmente admitidos que se encuentran en los manuales estándar, me veo obligado a concluir que las publicaciones sobre el empaquetado genérico son de una calidad sorprendentemente baja. Las graves deficiencias metodológicas identificadas por los examinadores en los estudios sobre el empaquetado genérico hacen que sean inaceptables para ser publicados en una importante revista de investigación sobre el consumo en su forma actual. Esas publicaciones no proporcionan una base de investigación fiable a efectos de las políticas públicas.[1603]

7.568. Australia aduce que el hecho de que la mayoría de los trabajos que componen las publicaciones TPP fueran publicados en 20 revistas científicas examinadas por homólogos distintas[1604], en diversas disciplinas científicas, pone en entredicho las afirmaciones de los reclamantes de que adolecen de deficiencias metodológicas críticas, ya que los estudios fueron en su mayoría objeto de un "riguroso examen por especialistas" antes de su publicación.[1605] Australia describe, a título de ejemplo, el proceso de examen por homólogos en la revista *Tobacco Control*, una publicación del *British Medical Journal* (BMJ), en la que una gran proporción de comunicaciones son directamente rechazados, y el resto de los trabajos son asignados a un editor,

---

[1598] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3).
[1599] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4).
[1600] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6).
[1601] Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 569-573; y el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafos 12-14 y 26-27 y apéndice A.
[1602] Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 575; y el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 17.
[1603] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 69, página 47.
[1604] Las revistas incluyen las siguientes: *Addiction; American Journal of Preventive Medicine; American Journal of Public Health; Applied Economic Perspectives and Policy; Australasian Marketing Journal; BMC Public Health; BMJ Open; Education and Health; European Journal of Public Health; Frontiers in Public Health; Healthy Policy; Healthcare Policy; Journal of Adolescent Health; Journal of Business Research; Journal of Health Psychology; Lancet; Nicotine & Tobacco Research; Public Health; Qualitative Health Research; Social Science y Medicine; The European Journal of Public Health;* y *Tobacco Control*.
[1605] Segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585), párrafo 24.

que seguidamente lo envía para su examen externo a uno o más examinadores seleccionados de una base de datos de expertos. También es posible que el trabajo sea enviado a un examinador estadístico. El proceso está diseñado para garantizar que el trabajo "satisfaga rigurosas normas académicas y refleje fielmente los resultados del trabajo".[1606] En los presentes procedimientos se han presentado como pruebas documentales dos de esos exámenes externos de trabajos publicados que integran las publicaciones TPP.[1607]

7.569. Convenimos con Australia en que el mero hecho de que la mayoría de los trabajos en cuestión haya sido publicados en diversas revistas médicas y de salud pública especializadas, cuando la conclusión del proyecto de examen por homólogos es que *ninguno* de los estudios examinados satisfaría los estándares de publicación correspondiente, plantea serias dudas acerca de los criterios y los puntos de referencia utilizados por el Profesor Inman *et al.* en su examen. Observamos asimismo que las revistas en las que se publicaron esos trabajos incluyen publicaciones médicas así como revistas sobre salud pública y control del tabaco, mientras que el objetivo del Profesor Inman *et al.* era evaluar los estudios con arreglo a los criterios utilizados en las revistas de más importantes en el campo de la investigación sobre el consumo.[1608]

7.570. Sin perjuicio de la existencia, en algunos de los estudios examinados, de posibles defectos que se podrían haber identificado de forma válida en el proyecto de examen por homólogos, no nos parece plausible que deficiencias de un carácter tan fundamental y generalizado que podrían hacer que todos y cada uno de los estudios examinados no fueran dignos de ser publicados escaparan totalmente a la atención de los investigadores y examinadores en el campo de estudio pertinente. Coincidimos con Australia en que este resultado sugiere por sí mismo que el proyecto de examen por homólogos refleja un criterio excesivamente estricto que de hecho no refleja con exactitud las prácticas aceptadas de la comunidad científica pertinente.[1609]

El examen sistemático de Kleijnen

7.571. El segundo examen por expertos de las publicaciones TPP en que se apoyan los reclamantes, encargado a la empresa *Kleijnen Systematic Reviews*, adopta un enfoque distinto, basado en un análisis de la solidez de las publicaciones TPP en lo que respecta al diseño de los estudios y a los resultados medidos ("matriz semáforo"), seguido de una evaluación del rigor metodológico de los estudios mediante el denominado "Instrumento de Evaluación del Diseño y la Ejecución de Estudios" (DIAD).[1610] Ese examen concluye lo siguiente:

> [L]a base probatoria relativa a la posible repercusión causal del empaquetado genérico en la reducción de la prevalencia de fumadores o el consumo de tabaco no es fiable y carece de credibilidad. La investigación que se ha evaluado suscita tres importantes preocupaciones. Primero, en la mitad de los estudios se emplearon diseños que no son adecuados para establecer inferencias causales. Segundo, en lugar de centrarse en el resultado fundamental de la conducta tabáquica, prácticamente todos los estudios, midieron resultados sustitutos más remotos y menos pertinentes, como el atractivo, las actitudes y las intenciones. Tercero, incluso en lo que respecta a

[1606] Véase la respuesta de Australia a la pregunta 134 del Grupo Especial, párrafos 5-8.

[1607] Véanse el examen por homólogos del artículo de Pechey *et al.* 2013 (Prueba documental DOM-108); y el examen por homólogos del artículo de Lund and Scheffels 2013 (Prueba documental DOM-164). Véase también la respuesta del autor a los exámenes por homólogos del artículo de Pechey *et al.* 2013, disponible en http://www.biomedcentral.com/1471-2458/13/18/prepub, consulta realizada el 7 de octubre de 2014 (Prueba documental DOM-165), página 2.

[1608] Véase el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 13.

[1609] Véase, por ejemplo, el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 501-506. Como señaló un investigador:

> La ciencia puede entenderse como un orden negociado que se sustenta en convenciones del oficio formuladas, mantenidas y alteradas a lo largo del tiempo en el seno de las comunidades que lo aplican. Las opciones y compromisos metodológicos son necesarios en respuesta a los imprevistos; cuando es preciso se utilizan ... criterios de valoración indirectos; se definen las fronteras de las limitaciones aceptables; y las distintas epistemologías (por ejemplo, métodos experimentales, cuantitativos y cualitativos) no solo se toleran sino que se aprovechan de manera productiva, individualmente y en combinación.

Ulucanlar *et al.* 2014 (Prueba documental AUS-501), página 11.

[1610] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 1.3, páginas 7-9.

> los estudios que son adecuados para establecer inferencias causales, cabe señalar que todos ellos se implementaron de manera que las constataciones muestran un riesgo considerable o alto de sesgo.[1611]

7.572. Observamos que, si bien se señala que la pregunta de la investigación subyacente en el examen sistemático de Kleijnen guarda relación con la fiabilidad de las pruebas "acerca de la posible repercusión causal del empaquetado genérico en el consumo de tabaco o la prevalencia de fumadores, *directamente o indirectamente mediante variables sustitutas (las intenciones conductuales y/u 'otras' variables de resultados, como el atractivo de los productos de tabaco, la eficacia de las advertencias sanitarias, o la percepción de los efectos nocivos de los productos de tabaco)*"[1612], los autores indicaron que "hicieron hincapié en si es posible inferir que el empaquetado genérico tiene una repercusión causal en el resultado que interesa, es decir, la conducta tabáquica". Concretamente, los autores consideran que "los resultados conductuales son los más pertinentes, frente a resultados sustitutos como las intenciones y el atractivo", y que "la pertinencia de esos resultados sustitutos para las conductas tabáquicas últimas de los fumadores no se conoce y debe demostrarse".[1613]

7.573. Esta presuposición lleva a los autores a considerar, en la primera etapa de su evaluación ("matriz semáforo") que las publicaciones TPP son "especialmente débiles en lo que se refiere a la medición de la conducta real relacionada con el tabaco", ya que "solo dos estudios utilizaron un diseño experimental adecuado y midieron la conducta real relacionada con el tabaco". Esta es una de las tres "importantes preocupaciones" identificadas en las publicaciones TPP en este examen.[1614]

7.574. Otra "importante preocupación" identificada por el examen sistemático de Kleijnen es que "la mitad de los estudios emplearon diseños que no son adecuados para establecer inferencias causales".[1615] Esta conclusión se basa en la identificación, en la segunda parte de la evaluación inicial basada en una "matriz semáforo", de una "jerarquía" de diseños de estudio, en función de su idoneidad para establecer inferencias causales. En esa clasificación, los experimentos aleatorizados figuran en primer lugar, seguidos por los cuasi-experimentos, los estudios de cohorte y de casos y controles, las series de casos, los estudios transversales, los estudios de casos y, finalmente los informes de expertos. Dentro de esa jerarquía, se considera que los experimentos aleatorizados constituyen el mejor diseño disponible, porque "si se desarrollan óptimamente, excluyen posibles confusiones causadas por otros factores que pueden influir en el resultado".[1616] Al clasificar cada uno de los estudios con arreglo a la jerarquía del diseño, los examinadores determinaron que 27 trabajos no merecían ser objeto de nueva evaluación en la siguiente fase del examen, ya que sus diseños transversales "no aportan pruebas de las que puedan extraerse inferencias acerca del empaquetado genérico".[1617]

7.575. Al resumir los resultados de la primera etapa de su examen, la "matriz de semáforo", los autores concluyen lo siguiente:

> Las publicaciones sobre el empaquetado genérico no salen bien libradas en esta primera etapa de evaluación, porque la mitad de los resultados de los estudios proviene de diseños que no permiten extraer inferencias causales acerca de la repercusión del empaquetado genérico. Por lo que respecta a la mitad que sí lo permite, cabe señalar que todos menos dos no miden el resultado fundamental de la conducta tabáquica. Por consiguiente, convendría que las publicaciones fueran más

[1611] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 1.4, página 9.
Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 1.1, página 7. (las cursivas son nuestras)
[1613] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 1.3, página 8.
[1614] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), secciones 1.3 y 1.4, páginas 8-9.
[1615] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), secciones 1.3 y 1.4, páginas 8-9.
[1616] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 3.4.1.1, páginas 16-19.
[1617] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), secciones 3.4.1.3, 4.2.1, y 4.2.2, páginas 20-22 y 30-33.

> sólidas en cuanto al diseño del estudio y más pertinentes en cuanto a los resultados investigados.[1618]

7.576. En la segunda etapa del examen sistemático de Kleijnen se evaluó la calidad de los estudios contenidos en los restantes 31 trabajos cuyos diseños se consideraron adecuados para extraer inferencias causales, a saber, diseños experimentales y cuasi-experimentales. Los examinadores aplicaron a los estudios un DIAD con el que se pretendía obtener un "examen detallado de la pertinencia de los resultados y el riesgo de sesgo en de cada uno de los estudios".[1619] Con el DIAD se evaluó el "riesgo de sesgo en un estudio en relación con las cuatro facetas de 'validez' que en todas las ciencias sociales se reconocen como esenciales para el diseño y la ejecución de estudios experimentales: "validez del *constructo*, *interna, externa* y *de la conclusión*".[1620] Los examinadores concluyeron que cada uno de los estudios presentaba un riesgo "considerable" o "alto" de sesgo en una o más de las facetas de validez, lo que hacía que sus resultados no fueran fiables.[1621]

7.577. El experto de Australia, Profesor Fong, sostiene que en el examen sistemático de Kleijnen se aplicaron criterios "excesivamente restrictivos" y "completamente irrazonables" para evaluar el nivel de sesgo en los distintos estudios.[1622] De hecho, la naturaleza extrema de los resultados del examen sistemático de Kleijnen, en el que se identificaron defectos insalvables en cada uno de los 31 trabajos evaluados (la mayoría de los cuales, por lo demás, se había publicado en revistas examinadas por homólogos) nos lleva una vez más a poner en tela de juicio el criterio por el que los estudios se juzgaron, y si se tuvo en cuenta el contexto específico de las investigaciones en materia de control del tabaco.

El informe de Klick sobre las publicaciones TPP

7.578. El Profesor Jonathan Klick, de la Universidad de Pensilvania, fue el autor del tercer examen de las publicaciones TPP, en el que se apoya Cuba.[1623] En el informe de Klick sobre las publicaciones TPP se adoptó un enfoque descriptivo para examinar las publicaciones en que se apoyan los defensores del empaquetado genérico del tabaco. El informe se centra en 48 estudios individuales, en 36 de los cuales han sido invocados directamente por Australia en los presentes procedimientos[1624], y 5 análisis de las publicaciones realizados por académicos y órganos gubernamentales de salud pública.[1625] Concluye que "habida cuenta de las preocupaciones en materia de fiabilidad y pertinencia, los estudios analizados en este informe no constituyen un fundamento sólido sobre el que basar alegaciones sobre los efectos previstos de la reglamentación en materia de empaquetado genérico en Australia".[1626]

7.579. El Profesor Klick sostiene que los estudios individuales padecen amenazas a la validez interna, definidas en el sentido de si las conclusiones sobre la contribución al objetivo conductual

---

[1618] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 4.2.3, página 33.

[1619] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 4.2.4, página 34. Por "sesgo" se entiende el grado en que el método de investigación utilizado puede haber distorsionado los resultados arrojando estimaciones inexactas del efecto real. *Ibid*., sección 2.1, página 10.

[1620] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 1.3, página 8. (las cursivas figuran en el original) Véase la nota 1499 *supra*, que contiene una explicación de los distintos tipos de validez.

[1621] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 1.3, página 9.

[1622] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 537-555.

[1623] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental-UKR-6), página i y currículum vítae adjunto.

[1624] Australia ha citado directamente, y proporcionado como prueba documental, 37 de los trabajos considerados como parte del informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6). Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes.

[1625] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 16 y 58. Los cinco "análisis de las publicaciones" examinados por el Profesor Klick son: 1) Examen realizado por el CCV en 2011 (Pruebas documentales AUS-86, JE-16); 2) Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012) (Prueba documental AUS-76); 3) Goldberg *et al.* 1995 (Pruebas documentales AUS-221, JE-24(26)); 4) Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59); Examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60); y Stead *et al.* 2013 (Prueba documental CUB-58); y 5) Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61).

[1626] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 3.

declarado en un estudio están justificadas.[1627] La "amenaza a la validez interna" más evidente es que "en casi todos los estudios disponibles se extrae una conclusión sobre el hábito de fumar, cuando conforme al diseño de la investigación lo que se examina son las actitudes y las preferencias de los sujetos declarados subjetivamente, no la conducta tabáquica real.[1628] Esta "desconexión entre los diseños de las investigaciones y las conclusiones alcanzadas hace que ninguna de las publicaciones sea fiable".[1629]

7.580. Como hemos señalado *supra*, consideramos que las pruebas concernientes a la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en resultados "no conductuales", "intermedios" o "proximales", por un lado, y las conductas tabáquicas reales, por otro, pueden ser en ambos casos pertinentes para una evaluación de la contribución de las medidas TPP al objetivo de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos mediante las medidas TPP. Como se indica *supra*, los resultados de esos estudios pueden informar la cuestión de si el empaquetado genérico del tabaco repercute en los resultados "no conductuales" o "proximales" que son un componente de la cadena causal o el modelo mediacional subyacente al diseño y funcionamiento de las medidas TPP.

7.581. De manera análoga al examen sistemático de Kleijnen, el Profesor Klick presenta una lista de posibles diseños de estudio para evaluar la repercusión del empaquetado genérico del tabaco que va desde los que considera más sólidos donde el punto de vista metodológico hasta los que considera menos sólidos. Los experimentos de campo y los naturales/cuasi-experimentos (en los que los cambios en el hábito de fumar se miden en dos jurisdicciones comparables después de que una haya adoptado el empaquetado genérico), figuran en primer lugar en la jerarquía, mientras que los experimentos que rastrean impresiones e intenciones, y los grupos focales y las entrevistas ocupan los últimos lugares. Según el Profesor Klick, "todos los estudios del empaquetado genérico disponibles están comprendidos en las dos últimas categorías", y ninguno de los estudios individuales examinados satisface "umbrales mínimos de fiabilidad y pertinencia del diseño de investigación".[1630]

7.582. El Profesor Klick identifica además problemas metodológicos asociados a los diseños de los estudios comprendidos en las publicaciones TPP. La validez interna, aduce, se ve amenazada por investigadores que no tratan de aislar el grupo muestral pertinente (por ejemplo, excluyendo de la muestra a no fumadores que no es probable que lleguen alguna vez a fumar) o asegurarse de que la muestra sea representativa.[1631] El Profesor Klick también considera que el hecho de que la mayoría de las publicaciones corresponda a muestras no australianas plantea preocupaciones acerca de la probabilidad de que los resultados de esos estudios sean predictivos de lo que ocurre en Australia (validez externa), en particular en vista del entorno reglamentario de Australia.[1632] Además, sostiene el Profesor Klick, cada uno de los estudios individuales analizados en su informe conllevaba la participación de personas que observaban el paquete en un entorno estéril focalizado. Esto plantea preocupaciones, aduce el Profesor Klick, en lo que respecta a la validez ecológica, a saber, si lo que se observa en el entorno del estudio corresponderá a lo que ocurre en realidad.[1633]

7.583. En términos generales, los tres exámenes presentados por la República Dominicana, Honduras y Cuba, concluyen que los diversos estudios individuales que forman parte de las publicaciones TPP están viciados. A partir de este hecho, los examinadores deducen de ello que las publicaciones a favor del empaquetado genérico del tabaco no son fiables ni pertinentes para predecir la repercusión de las medidas TPP en Australia, y no son adecuadas para establecer una relación causal entre el empaquetado genérico del tabaco y las conductas tabáquicas.[1634]

[1627] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 11.
[1628] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 11.
[1629] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 14.
[1630] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 9-11.
[1631] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 14.
[1632] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 15.
[1633] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 16.
[1634] Véanse, por ejemplo, el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafos 61(iv) y 65; y el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 1.

7.584. Observamos, no obstante, que las publicaciones TPP también han sido objeto de varios exámenes externos realizados fuera del marco de los presentes procedimientos, a los que las partes también han hecho referencia.[1635] Describimos esos exámenes *infra*.

Otros exámenes de las publicaciones TPP

El examen de Stirling

7.585. Un examen sistemático de las publicaciones relativas al empaquetado genérico del tabaco[1636] fue emprendido por Crawford Moodie, un "investigador prominente en este campo"[1637], y colegas de la Universidad de Stirling, la Universidad de Londres, la Universidad de Nottingham y el Centro de Estudios sobre Control del Tabaco del Reino Unido. En 2012 se publicó un informe inicial[1638] (el examen de Stirling), seguido en 2013 por una actualización[1639] (el examen de Stirling actualizado en 2013). El primero se inició en el contexto de una consulta del Gobierno británico acerca de la posible introducción del empaquetado genérico del tabaco en el Reino Unido:

> El examen se realizó tras la publicación, en marzo de 2011, del Libro Blanco titulado *Healthy Lives: Healthy People* (Vidas sanas, gente sana), en el que se exponía un plan de control del tabaco renovado para Inglaterra. Una de las principales actuaciones identificadas en el plan era consultar sobre posibles opciones para reducir el impacto promocional del empaquetado del tabaco, incluido el empaquetado genérico. Este examen sistemático se encargó para que proporcionara una visión global de las pruebas sobre la repercusión del empaquetado genérico a fin de informar una consulta pública sobre la cuestión.
>
> ...
>
> Una investigación inicial permitió identificar un total de 4.518 citas, y tras una selección y una evaluación de la calidad se incluyeron 37 estudios. De cada uno de ellos se extrajeron datos para fundamentar una síntesis descriptiva organizada en torno a cinco epígrafes principales: atractivo de los cigarrillos, paquetes y marcas; saliencia de las advertencias sanitarias; percepciones del daño; actitudes y conductas relacionadas con el tabaco; y obstáculos y elementos facilitadores de la introducción del empaquetado genérico.[1640]

7.586. Habiendo examinado con detalle el diseño del estudio y los resultados de cada uno de los estudios pertinentes identificados por medio de la selección y de la evaluación de calidad efectuados inicialmente, los examinadores concluyeron lo siguiente[1641]:

> Este examen ha permitido constatar que hay pruebas sólidas en apoyo de las afirmaciones del Convenio Marco sobre Control del Tabaco acerca de la función que el empaquetado genérico desempeña para ayudar a reducir las tasas de consumo de tabaco; es decir, que el empaquetado genérico reduciría la atracción y el atractivo de

[1635] Véanse, por ejemplo, el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61); el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59); el examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60).

[1636] En el informe inicial de Stirling se examinaron 37 estudios a los que se hacía referencia en 50 trabajos. Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 91-96. En el ulterior informe de Stirling actualizado en 2013 se examinaron otros 17 trabajos. Examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60), páginas 2 y 15-17.

[1637] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 60.

[1638] Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59). Observamos que dos de los mismos investigadores de la Universidad de Stirling realizaron primero un examen de las investigaciones sobre el empaquetado genérico del tabaco a petición del Departamento de Sanidad del Reino Unido en 2009. Véase Moodie *et al.* 2009 (Prueba documental AUS-141). Sin embargo el examen de 2009 era "breve", se realizó con limitaciones de tiempo, y no pretendía ser de carácter sistemático. *Ibid.,* título y páginas 1 y 18. Entendemos que el ulterior Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), analizó tanto las investigaciones evaluadas en Moodie *et al.* 2009 como nuevas pruebas disponibles.

[1639] Examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60).

[1640] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página i.

[1641] Cuatro estudios, además de los 37 que en última instancia fueron examinados, satisfacían los requisitos de pertinencia iniciales, pero fueron excluidos tras una extracción de datos y una evaluación de la calidad. Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 19-20.

> los productos de tabaco, aumentaría la visibilidad y la eficacia de las advertencias y mensajes sanitarios y reduciría el uso de técnicas de diseño que pudieran inducir a los consumidores a error acerca del carácter nocivo de los productos de tabaco. Además, los estudios objeto de este examen demuestran que tanto los fumadores como los no fumadores perciben que el empaquetado genérico reduce el inicio entre los no fumadores y afecta a la conducta relacionada con el abandono entre los fumadores.[1642]

7.587. Los autores también evalúan las fortalezas y limitaciones del informe de Stirling, observando que:

> La principal fortaleza de este proyecto radica en que es un examen sistemático de las publicaciones pertinentes, en el que los estudios incluidos se identificaron tras minuciosas y amplias investigaciones. Así pues, aunque no podemos estar seguros de que hemos encontrado todos y cada uno de los estudios pertinentes posibles, podemos estar seguros de haber aplicado la mejor práctica por lo que respecta a nuestra investigación y de haber adoptado medidas para evitar sesgos en la muestra de estudios que hemos retenido. También hemos verificado la pertinencia y el rigor metodológico de los estudios que hemos incluido. Habida cuenta de ello, podemos estar seguros de que las declaraciones que hemos hecho en este examen reflejan genuinamente el estado actual de las pruebas aportadas por las investigaciones en esta esfera.[1643]

7.588. Los autores de este examen también identifican las limitaciones que detectan en las publicaciones en que se basa su examen. Identifican ciertas limitaciones en los estudios individuales examinados, entre ellas las derivadas del hecho de que el empaquetado genérico del tabaco aún no estuviera en vigor en ningún país en la fecha en que los estudios se realizaron. Reconocen asimismo la dificultad que reviste extraer conclusiones sobre resultados previstos, incluidos resultados conductuales, sobre la base de encuestas y estudios cualitativos. Los autores observan, además, que todos los estudios examinados "se han circunscrito a un pequeño número de países de altos ingresos, en la mayoría de los cuales ya se ha establecido sólidas medidas de control del tabaco", lo cual "restringe la capacidad para predecir la posible repercusión del empaquetado genérico en naciones menos desarrolladas".[1644] No obstante, globalmente los autores concluyen lo siguiente:

> A pesar de estas limitaciones, merece la pena destacar la notable coherencia de las constataciones de los estudios en lo relativo a la posible repercusión del empaquetado genérico. En estudios que utilizan distintos diseños, realizados en distintos países, con poblaciones más jóvenes y de más edad y con fumadores y no fumadores, las constataciones fundamentales son similares. Esta coherencia de las pruebas puede generar confianza acerca de los posibles efectos del empaquetado genérico observados. Cada vez que se introducen, las pruebas existentes indican que el empaquetado genérico representa una medida adicional de control del tabaco que puede contribuir a reducir el daño causado por fumar tabaco ahora y en el futuro.[1645]

7.589. Tras la publicación del informe de Stirling, los autores, con ayuda de dos colegas más, publicaron un artículo sobre sus principales constataciones, centrándose en los 25 estudios cuantitativos de los 37 estudios considerados "a fin de facilitar comparaciones y síntesis de los resultados de los diversos estudios".[1646] A pesar del reducido número de estudios y diseños examinados en este artículo, los autores señalan una vez más que "las constataciones eran en gran parte coherentes entre los distintos diseños, países, poblaciones, fumadores y no fumadores,

[1642] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página v.
[1643] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 88.
[1644] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 89.
[1645] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 90. Observamos que a esta conclusión se llegó sobre la base de un análisis de los estudios que a juicio de los autores del examen satisfacían las normas de pertinencia y calidad requeridas, realizado tras un proceso de selección inicial por los autores del examen. Por consiguiente, no se dijo que fuera un examen de la calidad *sustituto*.
[1646] Véase Stead *et al.* 2013 (Prueba documental CUB-58), página 4.

lo que indica que podemos sentirnos bastante seguros por lo que respecta a los posibles efectos del empaquetado normalizado".[1647]

7.590. El equipo encargado del examen de Stirling actualizó su informe en 2013 publicando un informe adicional en el que se analizaban otros 17 estudios que habían sido publicados después de la fecha de corte de agosto de 2011 establecida para el informe inicial. El examen de Stirling actualizado en 2013 concluye lo siguiente:

> Al igual que los estudios incluidos en el examen sistemático original, la mayoría se realizó en unos pocos países de altos ingresos, habiéndose realizado en Australia, Nueva Zelandia o el Reino Unido 15 de los 17 estudios aquí incluidos. En nueve de los 17 estudios identificados se evaluó la repercusión del empaquetado genérico en el atractivo, y en ocho la repercusión del empaquetado genérico en la saliencia y la eficacia de las advertencias. En siete estudios se estudiaron percepciones del daño causado por el producto, y en ocho la repercusión del diseño del paquete en las actitudes, creencias, intenciones y conductas relacionadas con el tabaco. En cuatro estudios se examinaron posibles facilitadores u obstáculos del empaquetado genérico ...
>
> Las constataciones de esos 17 estudios, que se examinan *infra*, sugieren que el empaquetado genérico: reduciría el atractivo de los cigarrillos y de fumar; aumentaría la saliencia de las advertencias sanitarias en los paquetes; y abordaría el uso de elementos del empaquetado que inducen a los fumadores a error acerca del daño causado por el producto.[1648]

7.591. En resumen, los equipos responsables del examen de Stirling y el examen de Stirling actualizado en 2013, tras un análisis que abarcaba 54 estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco contenidos en 67 trabajos, concluyó que "el empaquetado genérico representa una medida adicional de control del tabaco que puede contribuir a reducir el daño causado por fumar tabaco" reduciendo el atractivo de los cigarrillos y de fumar; aumentando la saliencia de las advertencias sanitarias; y aborda el uso de elementos del empaquetado que inducen a los fumadores a error acerca del daño causado por el producto.[1649]

7.592. Los expertos de los reclamantes han criticado el informe de Stirling.[1650] En ese sentido, el equipo del Profesor Kleijnen afirmó que su examen "trató de mejorar el criterio de evaluación de la calidad aplicado en [el examen de Stirling] adoptando un enfoque más amplio y riguroso que evalúa mejor el riesgo de sesgo en las pruebas, especialmente en el contexto australiano".[1651] De manera análoga, el Profesor Klick alega que el examen de Stirling "no examina críticamente los estudios o sus conclusiones, sino que simplemente aporta un análisis cualitativo de por qué ... determinados estudios están más viciados que otros".[1652] En el mismo sentido, el examen ha sido criticado por tratarse de una "síntesis descriptiva" en lugar de un "meta-análisis que muestre la magnitud global de los efectos.[1653]

7.593. Observamos, no obstante, que el examen de Stirling inicial evaluó cada uno de los estudios subyacentes para determinar su pertinencia y calidad, aplicando "herramientas de calidad" publicadas, principios de buenas prácticas para realizar investigaciones sociales con el

---

[1647] Stead *et al.* 2013 (Prueba documental CUB-58), página 8.

[1648] Examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60), página 2. (no se reproducen las notas de pie de página)

[1649] Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página v; y examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60), página 2.

[1650] Véanse, por ejemplo, el informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 35; el informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), páginas 43-50; el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 60-61; y el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 2.3, página 11; y el segundo informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18), párrafos 7, 43, y 64-68. Cfr. informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafos 4.4-4.5.

[1651] Véase el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), página 11. Véase también el segundo informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18), párrafos 7, 43, y 64-68.

[1652] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 61.

[1653] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.5.

público, y principios de buenas prácticas para la evaluación crítica de las investigaciones primarias.[1654] Sobre esta base, se asignó a cada uno de los 37 estudios examinados una puntuación de pertinencia y calidad, distribuidas como se muestra *infra* en el cuadro 2:

Cuadro 2: Puntuaciones de pertinencia y calidad asignadas por el informe de Stirling

	Alta	Media	Baja
Pertinencia de los estudios	**23**	**14**	**6**
Calidad de los estudios	**5**	**36**	**2**

Fuente: Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 25-37.

Nota: Se dieron 43 puntuaciones para cada criterio, porque en cinco de los 37 estudios se aplicaban múltiples diseños, cada uno de los cuales recibió una puntuación separada.

7.594. Esos resultados indican que se constató que una gran mayoría de los estudios era de una calidad y una pertinencia media a alta en lo que respecta a la eficacia del empaquetado genérico del tabaco.

7.595. Además, en el contexto de una ulterior consulta solicitada por el Gobierno del Reino Unido (el informe de Chantler, analizado *infra*), se realizó un examen independiente del examen de Stirling y del examen de Stirling actualizado en 2013. En el informe de Chantler se verifica la calidad de la base probatoria primaria en apoyo del empaquetado genérico, así como la calidad del proceso del examen de Stirling en sí mismo.

7.596. Sir Cyril Chantler, que solicitó evaluaciones independientes del examen de Stirling, del examen de Stirling actualizado en 2013 y de los estudios que contenía, resumió los resultados como sigue:

- el examen de Stirling se llevó a cabo conforme a la mejor práctica reconocida;
- aunque no hubo acuerdo sobre todos los detalles de la evaluación de la calidad de los estudios individuales contenidos en el examen de Stirling, todos fueron considerados adecuados para ser incluidos en su síntesis descriptiva; y
- el [examen de Stirling actualizado en 2013], aunque no era en sí mismo un examen sistemático, añadió información útil y, en términos generales, incluyó trabajos que, individualmente, tenían una calidad más alta que los del examen inicial.[1655]

El informe de Chantler

7.597. En abril de 2014, Sir Cyril Chantler presentó un informe ([1656]informe de Chantler) encargado por el Ministro de Sanidad del Reino Unido, para recabar asesoramiento, "teniendo en cuenta las pruebas existentes y cualesquiera nuevas pruebas, sobre si es o no es probable que la introducción del empaquetado normalizado tenga efectos en la salud pública (y cuáles podrían ser esos efectos), especialmente en relación con la salud de los niños".[1657]

7.598. Como observa el experto de los reclamantes Profesor Klick, Sir Cyril Chantler no realizó investigaciones nuevas.[1658] Antes bien, examinó las publicaciones pertinentes, incluidos los estudios subyacentes en el examen de Stirling, estudios relativos a la influencia de los medios de difusión, la promoción y las marcas, así como documentos de la rama de producción de tabaco; encargó los estudios independientes del examen de Stirling descritos *supra*[1659]; y mantuvo conversaciones con interesados en el debate sobre el empaquetado genérico, entre ellos

[1654] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 19-20.
[1655] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.18.
[1656] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61).
[1657] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo A, página 41.
[1658] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 62.
[1659] Véanse los párrafos 7.585 y siguientes.

representantes de las principales empresas tabacaleras. También visitó Australia en marzo de 2014 para estudiar la implementación de las medidas TPP.[1660]

7.599. Por lo que respecta a la naturaleza de las pruebas, Sir Cyril Chantler observa que se le preguntó si estas demuestran "que es *probable* que haya una repercusión [del empaquetado genérico del tabaco] en la salud pública" y que "evidentemente no se trata de una cuestión susceptible de ensayos científicos en la forma en que podrían aplicarse, por ejemplo, a la eficacia de un nuevo medicamento".[1661] También observa que no existen ensayos controlados aleatorizados doble ciego del empaquetado genérico, y que "cabe suponer que no podría realizarse ninguno".[1662]

7.600. Si bien observa que la base probatoria es "modesta"[1663] y destaca limitaciones en el diseño de los estudios, el Informe de Chantler concluye lo siguiente:

> Habiendo examinado las pruebas, opino que es muy probable que el empaquetado normalizado sirva para reducir la tasa de niños que empiezan a fumar, y que es poco plausible que aumente el consumo de tabaco. Estoy persuadido de que el empaquetado con marca contribuye de manera importante a alentar a los jóvenes a fumar y a consolidar el hábito, con independencia de las intenciones de la rama de producción. Aunque no he encontrado pruebas que me permitan cuantificar la magnitud de la probable repercusión del empaquetado normalizado, estoy convencido de que el corpus de pruebas demuestra que es muy probable que el empaquetado normalizado, conjuntamente con el actual régimen de control del tabaco, dé lugar a una reducción moderada pero importante, a lo largo del tiempo, de la iniciación y la prevalencia del consumo de tabaco y en consecuencia que tenga una repercusión positiva en la salud pública.[1664]

7.601. Como parte de su examen, Sir Cyril Chantler abordó varias críticas de los estudios subyacentes analizados en el examen de Stirling, que se solapan en lo fundamental con las planteadas por los reclamantes en los presentes procedimientos en relación con las publicaciones TPP:

- no hay ensayos controlados aleatorizados del empaquetado normalizado;
- cada uno de los estudios adolece de importantes vicios metodológicos que invalidan los resultados;
- los estudios que analizan situaciones y actitudes hipotéticas tienen poco valor predictivo; y
- en particular, los estudios no demuestran la existencia de un vínculo con la conducta real.[1665]

7.602. Dado el papel central del debate sobre la calidad de los testimonios en cuestión, Sir Cyril Chantler encargó, como se señala *supra*, análisis independientes de las pruebas primarias revisadas en el examen de Stirling.[1666] Los estudios se dividieron en dos grupos, cuantitativos y cualitativos. Los examinadores independientes[1667] los evaluaron utilizando una estructura de

[1660] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafos 1.8-1.16; y anexo A, párrafos 1-3.
[1661] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 1.19.
[1662] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 1.19.
[1663] Informe de Chantler (AUS-81, CUB-61), párrafo 6.2.
[1664] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), página 6, párrafo 18.
[1665] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.11.
[1666] Observamos que los examinadores de los estudios cuantitativos considerados en el examen de Stirling indican que su finalidad era examinar las pruebas, no repetir el examen de Stirling. Por consiguiente, cada trabajo fue evaluado por un solo examinador independiente y no por dos examinadores. Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 49.
[1667] Dr. Yanzhong Wang y Profesora Janet Peacock del King's College de Londres, y Profesora Catherine Pope de la Universidad de Southampton.

evaluación distinta de la aplicada por el equipo del examen de Stirling, para facilitar un juicio independiente de la calidad de los estudios.[1668]

7.603. La evaluación de los estudios cuantitativos concluyó que estos fueron "realizados con arreglo a criterios rigurosos", y que "las conclusiones extraídas constituyen un reflejo razonable de las pruebas disponibles".[1669] A casi la mitad de los estudios incluidos en el examen inicial, y a siete de los 12 contenidos en el examen actualizado, se asignaron puntuaciones que indicaban una alta calidad y un bajo riesgo de sesgo.[1670] De manera análoga, la evaluadora de los estudios cualitativos concluyó que el examen de Stirling era "un examen sistemático de alta calidad" que estaba "claramente documentado y respeta[ba] la mejor práctica reconocida para esos exámenes".[1671] Observó que sus calificaciones de tres de los 10 trabajos cualitativos diferían de las asignadas por el equipo del examen de Stirling, pero indicó que esto no era insubsanable y obedecía a la aplicación deliberada de una herramienta de evaluación distinta.[1672] Concluyó asimismo que, dada la diversidad de diseños y tipos de estudio analizados, el equipo del examen de Stirling había empleado debidamente una forma de examen descriptiva,.[1673]

7.604. El informe de Chantler ha sido criticado por Cuba y en varios de los informes de expertos presentados por los reclamantes.[1674] En su mayor parte, esas críticas se refieren a los estudios subyacentes y las conclusiones extraídas de ellos, y repiten las críticas presentadas en estos procedimientos en relación con esos estudios.[1675] También se critica el informe de Chantler en el

[1668] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.17. Aparentemente, los cuatro estudios de "método mixto" incluidos en el examen de Stirling fueron omitidos de las evaluaciones realizadas por el Dr. Wang, la Profesora Peacock, y la Profesora Pope. Compárese el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 35-36, con el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-53 y anexo E, páginas 60-61.

[1669] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 1.19.

[1670] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 47-49.

[1671] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 56.

[1672] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 56.

[1673] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.7 y anexo E, página 56.

[1674] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 173-175 y 182; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 46 y 312; el informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154); el informe de Gibson (Prueba documental DOM-92), páginas 13-14; el informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), páginas 8-9; el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas. 62-63; y el segundo informe de réplica del examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18), párrafos 64-65 y 67-68.

[1675] Véase "El empaquetado del tabaco como forma de promoción o publicidad" y "Repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los productos de tabaco" en la sección 7.2.5.3.5.2 *infra* para un análisis de la relación entre el empaquetado con marca, la publicidad del tabaco y el atractivo (con respecto a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 196); "Focalización de los estudios TPP en resultados 'no conductuales" *supra* y "Evaluación global" *infra* en la sección 7.2.5.3.5.1 para un análisis de los diseños de los estudios de las publicaciones TPP, su validez metodológica y la posibilidad de realizar experimentos controlados aleatorizados (con respecto a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 175 y nota 210; y al informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafos 11 y 56-58); y al informe de Klick (Prueba documental UKR-6), páginas 62-63); "Focalización de los estudios TPP en resultados 'no conductuales" *supra* para una análisis de la utilización en las publicaciones TPP de resultados "proximales" o "no conductuales" y variables sustitutas para la conducta tabáquica (con respecto a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 173; y al informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 11); "Relación entre actitudes y conductas" en la sección 7.2.5.3.5.2 para una análisis de las teorías conductuales y las relaciones entre el atractivo, las creencias, las actitudes, las intenciones y la conducta (con respecto a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 182(a) y 204; a la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 312-313; al informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafos 17-22; y al informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafos 46 y 95); véanse, por ejemplo, los párrafos 7.550 y 7.641; y el informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 116, para un análisis de la convergencia de los resultados de los estudios comprendidos en las publicaciones TPP (con respecto a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 182(c)); los párrafos 7.617 y siguientes para un análisis de las publicaciones TPP que evalúan el atractivo a la luz de las ASG del 75% de Australia (con respecto a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 189-195, 205(b), 348(c)); a la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 46(c); y al informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafos 37 y 43-45); los párrafos 7.1215-7.1218 en relación con la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en el precio de los cigarrillos (con respecto al informe de Klick (Prueba documental UKR-6), página 63; y al informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 46; "Inicio del hábito de fumar" en la sección 7.2.5.3.5.2 para un análisis de los factores de riesgo y los determinantes del inicio del hábito de fumar, así como del papel del empaquetado con marca (con respecto al informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafos 36, 41-42 y 51-56; y al informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), páginas 15-23); "Repercusión del empaquetado genérico en la saliencia y la elaboración de las

sentido de que está viciado debido a una consideración supuestamente inadecuada de determinados tipos de pruebas, a saber, pruebas posteriores a la implementación[1676], teorías sobre la conducta de los adolescentes en materia de salud[1677], o teorías sobre conducta automática.[1678] Señalamos que en estos procedimientos se han presentado pruebas relacionadas con esos aspectos, que van más allá de los materiales en los que se apoyó el informe de Chantler.[1679] Dichas pruebas se abordan en los presentes informes como parte de nuestra propia evaluación sobre la contribución de las medidas TPP a su objetivo, a la luz de la totalidad de las pruebas que se nos han presentado.

7.605. En la medida en que Sir Cyril Chantler pueda haber "resuelto ambigüedades existentes en estas pruebas a favor de un paso hacia el empaquetado normalizado"[1680], o concedido "'el beneficio de la duda' a posibles evoluciones futuras cuando estas favorecen el empaquetado genérico"[1681], consideramos que se trata de un ejercicio de la facultad de juzgar por parte de Sir Ciryl Chantler, a lo cual tenía derecho. Observamos asimismo que en el informe se reconocen sin ambages deficiencias en las pruebas y posibles efectos neutralizadores del empaquetado normalizado[1682], lo que indica que trata de presentar una evaluación equilibrada de las pruebas a la sazón disponibles.

Otros análisis de las publicaciones

7.606. En el curso de los presentes procedimientos las partes han hecho referencia a otros análisis de las pruebas que han llegado a conclusiones positivas acerca de la probable repercusión del empaquetado genérico del tabaco.

ASG" en la sección 7.2.5.3.5.3 con respecto a la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en la saliencia de las advertencias sanitarias (con respecto al informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 35); "Capacidad del empaquetado genérico de aumentar la eficacia de las ASG mejorando la conciencia del riesgo y las creencias sobre el riesgo" en la sección 7.2.5.3.5.3, donde se analiza la conciencia de los riesgos del consumo de tabaco entre los adolescentes (con respecto al informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154, párrafo 34); y los párrafos 7.738 y siguientes, donde se analiza la distinción entre la demanda primaria y secundaria (con respecto al informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafos 27-32).

[1676] Véase la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 182(b); Informe de Gibson (Prueba documental DOM-92), página 13; Informe de Klick (Prueba documental UKR-6); Informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), páginas 8-9 y 11. Cfr. la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafo 264; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 579-581; y segundo informe de réplica del Examen Sistemático (Prueba documental DOM/HND-18), párrafo 68. El Grupo Especial examina la sección 7.2.5.3.6 *infra* los datos posteriores a la implementación que figuran en el expediente.

[1677] Véase el informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafos 14-26. Las teorías sobre la conducta de los adolescentes se analizan en "Iniciación a hábito de fumar" en la sección 7.2.5.3.5.2 del presente Informe.

[1678] Véase la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 205-207 y 348(c); segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 46(c); Informe de Klick (Prueba documental UKR-6), página 63; y el Informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafos 14-17. El Grupo Especial examina la teoría de la "heurística del afecto" y las respuestas inconscientes o automáticas al empaquetado con marca en los párrafos 7.725 y siguientes. Véase también el Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12),
párrafos 116-117 (donde se responde a críticas de la aplicación en el Informe de Chantler de teorías sobre la conducta automática).

[1679] Véase la sección 7.2.5.3.3, donde se analiza el enfoque aplicado por el Grupo Especial a las pruebas relativas a la contribución presentadas en estos procedimientos.

[1680] Informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 58.

[1681] Informe de Gibson (Prueba documental DOM-92), página 13.

[1682] Véase, por ejemplo, el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.5 (donde se admiten críticas del examen de Stirling y del examen de Stirling actualizado en 2013); párrafo 4.23 (donde se admite el argumento de que el empaquetado normalizado podría producir un atractivo perverso para los niños); párrafo 4.21 (donde se señala que las constataciones del examen de Stirling relativas a la conducta tabáquica son "esencialmente indirectas y 'especulativas'"); párrafos 5.1-5.3 (donde se indica que se encargó a un economista que abordara detalladamente el argumento de los detractores del empaquetado normalizado de que este podría causar reducciones de los precios a gran escala); párrafo 6.2 (donde se admite que la base probatoria relativa al empaquetado normalizado es "relativamente modesta"); y párrafo 6.11 (donde se concluye que "tras un examen minucioso de todas las pruebas pertinentes ... hay pruebas suficientes derivadas de fuentes independientes").

7.607. Australia ha hecho referencia a un "examen de las pruebas" elaborado por el Ministerio de Sanidad de Irlanda[1683], y también ha mencionado un informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012, que califica de "examen independiente de las publicaciones".[1684] El experto de los reclamantes, Profesor Klick, también describe el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012, y los informes realizados por el CCV y el Ministerio de Salud del Canadá, como "análisis de las publicaciones".[1685] Distinguimos, no obstante, el informe de Stirling y el informe de Chantler descritos *supra*, los cuales, además de sintetizar y resumir las pruebas, aplicaron herramientas de evaluación críticas a cada estudio con objeto de determinar la *calidad* global de las pruebas.[1686]

7.608. Observamos que aparentemente no se había realizado en Australia ningún examen sistemático de las publicaciones TPP antes de la adopción e implementación de las medidas TPP.[1687] Un grupo de trabajo del NPHT de Australia estudió las pruebas sobre el empaquetado genérico del tabaco en un informe en el que se esbozaban varias medidas de control del tabaco recomendadas, incluida la introducción del empaquetado genérico. En ese informe se describen las principales constataciones de determinados estudios pertinentes relacionadas con el empaquetado genérico del tabaco.[1688] El CCV publicó en 2011 una "compilación de las

[1683] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 246 (donde se hace referencia al informe de Hammond (Prueba documental AUS-555)). En este examen, completado en marzo de 2014, se examinaron más de 55 artículos. Señala, con respecto a la calidad metodológica de los estudios, lo siguiente:

> Las publicaciones sobre el empaquetado genérico incluyen una mezcla heterogénea de diseños de investigación, con una amplia variedad de resultados en diferentes ámbitos de investigación. El empaquetado genérico ha sido evaluado utilizando percepciones de los consumidores, medidas fisiológicas de atención visual y neuroimagen, tareas conductuales, así como conductas de abandono a nivel poblacional. En parte importante de esos estudios se utilizan diseños de investigación experimental, con altos niveles de validez interna, fortaleciendo el nivel de inferencia causal que puede establecerse. La diversidad de los diseños de investigación y de resultados confiere una considerable solidez a la base probatoria.
>
> Los estudios sobre el empaquetado se han realizado con diversas muestras, que incluyen jóvenes y adultos, así como fumadores y no fumadores.

Informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), página 30.

El examen destaca la solidez y coherencia de los distintos métodos de investigación y de la mayoría de los resultados examinados, lo cual se describe como "una considerable solidez de la base probatoria" que aumenta la probabilidad de asociación causal con el empaquetado genérico del tabaco. Informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), página 31. El volumen de pruebas es suficiente, concluye el estudio, para llegar a una opinión fundamentada, a saber, que:

> El empaquetado del tabaco es una forma crucialmente importante de la promoción del tabaco, especialmente en jurisdicciones con amplias restricciones en materia de publicidad y comercialización, como Irlanda. Las pruebas indican que el empaquetado genérico reduce falsas creencias acerca de los riesgos del tabaco, aumenta la eficacia de las advertencias sanitarias, reduce el atractivo para el consumidor entre los jóvenes y los adultos jóvenes, y puede promover el abandono del hábito de fumar entre fumadores regulares.

Informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), página i.

[1684] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 612 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76)).

[1685] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 58-60 (donde se critica el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76); Goldberg *et al.* 1995 (Pruebas documentales AUS-221, JE-24(26)); y examen realizado por el CCV en 2011 (Pruebas documentales AUS-86, JE-16)).

[1686] Véanse el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 47, y anexo E, página 56; y el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 19-20.

[1687] Australia explica que su decisión de adoptar las medidas TPP se basó en un extenso corpus de pruebas disponibles en aquel momento, así como en la recomendación explicita de las Partes en el CMCT de adoptar el empaquetado genérico como medio de cumplir sus obligaciones en virtud del Convenio (declaración final de Australia en la segunda reunión sustantiva, párrafo 5). Véase también la declaración final de Australia en la segunda reunión sustantiva, párrafo 7.

[1688] Informe técnico Nº 2 del NPTH (Pruebas documentales AUS-52, JE-12). En la parte pertinente se señala que:

> Los nombres de marca de los cigarrillos y el diseño de los paquetes permiten la comunicación de características personales, una identidad social y aspiraciones, [185] y constituyen un aspecto

> crucial de la comercialización del producto.[186, 187] Las investigaciones sobre el consumo indican que la disminución del número de elementos de diseño en el paquete reduce su atractivo y las percepciones acerca del probable disfrute y la deseabilidad de fumar.[188] Obligar a que los cigarrillos se vendan con empaquetado genérico fortalecería la idea de que los cigarrillos no son un artículo de consumo ordinario. También reduciría la posibilidad de que se utilizaran cigarrillos como símbolo de estatus. El empaquetado genérico aumentaría la saliencia de las advertencias sanitarias: los sujetos de la investigación muestran una mayor capacidad para recordar las advertencias sanitarias que figuran en los paquetes genéricos.[189-191]. El empaquetado genérico prohibiría la imaginería de marca, los colores, los logotipos empresariales y las marcas de fábrica o de comercio, al permitir únicamente a los fabricantes imprimir el nombre de la marca en un tamaño, tipo de letra y lugar prescritos, además de las advertencias sanitarias exigidas y otra información relativa al producto legalmente obligatoria, como los componentes tóxicos, los timbres fiscales o el contenido del paquete. Sería obligatorio utilizar una textura normalizada del cartón, y también se prescribirían el tamaño y forma del paquete y el envoltorio de celofán. Un análisis detallado de las actuales prácticas de mercadotecnia [187] indica que el empaquetado genérico tendría que englobar también el interior de los paquetes y el propio cigarrillo, dada la posibilidad de que los fabricantes utilicen colores, bandas y marcados, así como distintas longitudes y calibres, para hacer que los cigarrillos fueran más "interesantes y atractivos". También sería necesario prohibir el uso de perfumes, la incorporación de chips de audio o la fijación de "prospectos exteriores".
>
> La oposición de la rama de producción a las restricciones al diseño de los paquetes es una clara indicación de la importancia que este tiene para las ventas de tabaco.[192]
>
> > *"En nuestra opinión,[después de la fiscalidad] los otros dos cambios del entorno reglamentario que preocupan más a la rama de producción son el empaquetado homogéneo y las ventas subrepticias. Ambas reducirían de manera significativa la capacidad de la rama de producción para promover sus productos" Morgan Stanley Research (2007)[193].*

Informe técnico Nº 2 del NPTH (Pruebas documentales AUS-52, JE-12), página 20. En otra sección del informe se analiza la eliminación de la promoción de productos de tabaco mediante el empaquetado:

> Un estudio experimental de los efectos del empaquetado en la imagen del hecho de fumar y las características de los productos de tabaco constató que los fumadores de paquetes genéricos eran considerados como significativamente menos "modernos"/estilosos, menos sociables/extrovertidos y menos maduros que los fumadores de paquetes originales. En comparación con estos últimos, los fumadores inferían que los cigarrillos contenidos en esos paquetes genéricos llevarían menos tabaco, darían menos placer y el tabaco y sería de calidad inferior.[91]
>
> Un documento presentado en la reunión de 2009 de la Sociedad para la Investigación de la Nicotina y el Tabaco[92] constató que una proporción importante de fumadores adultos y niños en el Reino Unido tenía falsas creencias sobre los riesgos para la salud basadas en el empaquetado ...
>
> ...
> Un estudio de caso presentado en la Conferencia Mundial sobre Tabaco o Salud celebrada en Mumbai en marzo de 2009[98] demostró el modo en que la marca Dunhill pudo aumentar significativamente las ventas y la cuota de mercado sin publicidad admisible en los medios de difusión tras la introducción de cambios significativos en el empaquetado del producto y la promoción entre los minoristas para fomentar una exposición más prominente en los puntos de venta.

Informe técnico Nº 2 del NPTH (Pruebas documentales AUS-52, JE-12), páginas 99-101. En los fragmentos citados se mencionan las 11 fuentes siguientes, 4 de las cuales Australia ha presentado como pruebas documentales en estos procedimientos: J. Scheffels J*. A difference that makes a difference: young adult smokers' accounts of cigarette brands and package design.* Tob Control. 2008;17:118-22; Wakefield *et al.* 2002 (Pruebas documentales AUS-93, CUB-28); Freeman B, Chapman S y Rimmer M. Review: *The case for the plain packaging of tobacco products.* Sydney*:* Universidad de Sydney, 2007; Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)); Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6); Goldberg *et al.* 1999 (Pruebas documentales AUS-209, JE-24(27)); Strahan EJ, White K, Fong GT, Fabrigar LR, Zanna MP y Cameron R. *Enhancing the effectiveness of tobacco package warning labels: a social psychological perspective.* Tob Control. 2002;11:183-90; Wakefield M y Letcher T. *My pack is cuter than your pack. Tob Contro*l. 2002;11:154-6; Morgan Stanley Research Europe*. Tobacco: Late to the Party. London*: Morgan Stanley Research, 2007; Hammond D, Arnott D, Dockrell M, Lee A y McNeill A. *Cigarette pack design and perceptions of risk among adults and youth*. *2009 Joint Conference of SRNT and SRNT-Europe.* Dublín, Irlanda, 2009 (de los mismos autores y con un título similar al de Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)); y Lindorff K. Power of the packet: *A case study for plain packaging.* 14th

publicaciones" en la que "se resumen las constataciones de más de 25 estudios publicados, llevados a cabo para evaluar la posible repercusión del empaquetado genérico".[1689] Sin embargo, en ninguno de los dos se indica o sugiere que constituya un examen sistemático o una evaluación de la calidad de las pruebas relativas al empaquetado genérico del tabaco. Entendemos que el examen posterior a la implementación (EPI) realizado después de la entrada en vigor de las medidas TPP tenía por objeto aportar tal evaluación, si bien en un contexto posterior a la implementación.[1690]

Evaluación global

7.609. Como se señala *supra*, los reclamantes consideran que las publicaciones TPP en su conjunto están metodológicamente viciadas, en cuanto que fundamento probatorio en apoyo del empaquetado del tabaco. Esa conclusión se refleja en los tres exámenes de expertos descritos *supra* encargados por los reclamantes a efectos de los presentes procedimientos, que en gran medida se solapan en lo esencial de sus críticas.

7.610. Una de las principales críticas de las publicaciones TPP abordadas por los reclamantes es el hecho de que se centran en los "resultados proximales" del empaquetado genérico, incluido el atractivo de los productos de tabaco, y no miden las conductas relacionadas con el tabaco. A este respecto, ya hemos determinado que no estamos convencidos de que esto constituya, en sí mismo, una deficiencia, siempre que se entienda que esos "resultados proximales" solo son un elemento de la "cadena causal" en el "modelo mediacional" subyacente al diseño y funcionamiento de las medidas.[1691]

7.611. Otras críticas fundamentales de los reclamantes a los estudios pertinentes incluyen la incapacidad de los diseños de estudio escogidos para informar relaciones causales con respecto al resultado medido, la no consideración de factores de confusión, en particular las ASG, y la posibilidad de que se produzcan sesgos por los efectos de demanda y la deseabilidad social. Examinamos estos aspectos sucesivamente.

7.612. Por lo que respecta al diseño de los estudios, observamos que los estudios considerados se basan en un abanico de diseños, incluidos los estudios cualitativos no experimentales y los grupos focales, y los estudios transversales cuantitativos. Los reclamantes[1692] y sus expertos, en particular el Profesor Kleijnen y otros, mantienen que casi la mitad de los estudios que figuran en las publicaciones TPP emplearon diseños inadecuados para cuestiones de investigación que afectan a la repercusión causal del empaquetado genérico del tabaco. El Profesor Kleijnen propone una jerarquía "ampliamente aceptada" de tipos de diseños de estudio basada en su idoneidad para la inferencia causal.[1693] Los experimentos aleatorizados, los cuasi-experimentos y los estudios de cohorte y de casos y controles "pueden permitir que se extraigan inferencias causales", mientras que los estudios transversales, los estudios de casos y los informes de expertos "no pueden permitir que se extraigan inferencias causales".[1694] El Profesor Kleijnen *et al.* determinaron, en consecuencia, que en 32 de los 63 distintos estudios examinados en los 58 trabajos considerados se aplicó un diseño transversal (no experimental) para medir la repercusión del empaquetado genérico en las intenciones y percepciones relativas al tabaco y al diseño del paquete[1695], por lo cual no se siguieron evaluando, dada su incapacidad para permitir que se extrajeran inferencias

World Conference on Tobacco or Health. *Mumbai*, 2009. Véase el informe técnico Nº 2 del NPTH (Pruebas documentales AUS-52, JE-12), páginas 61 y 138.

[1689] Examen realizado por el CCV en 2011 (actualizado) (Prueba documental JE-16), página 5.

[1690] Véase el EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), página 3.

[1691] Véanse los párrafos 7.555 y 7.564 *supra*.

[1692] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 483 y 485-486; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 586; y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 174-175. Véase también la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 186.

[1693] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 3.4.1.1; y segundo informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-18), párrafo 41. Véase también el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.iv.a (donde se señala que los experimentos son el método preferido para abordar cuestiones que afectan a las relaciones causales).

[1694] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 3.4.1.1, página 17.

[1695] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), figura 5, página 31.

causales.[1696] Ese enfoque, alegan, es "similar al de otros exámenes sistemáticos recientes ajenos a la esfera del empaquetado genérico", y refleja una "práctica aceptada".[1697]

7.613. Las pruebas que se nos han presentado indican que por lo general se reconoce que distintos métodos y diseños de estudio pueden tener distinta capacidad para demostrar la existencia de relaciones causales y que, en particular, los diseños experimentales debidamente ejecutados pueden, en principio, tener superioridad predictiva. Al mismo tiempo, como se señala *supra*, también se ha reconocido que, con respecto a la investigación relativa al empaquetado genérico del tabaco, determinadas restricciones prácticas y éticas habrían afectado a la posibilidad de realizar el tipo de experimentos aleatorizados que podría en principio haberse considerado que alcanzaría el nivel más alto de valor predictivo. En el examen sistemático de Kleijnen no hay indicación alguna de que esas consideraciones se tuvieran en cuenta al aplicar el marco analítico escogido a las publicaciones TPP. Observamos a este respecto que el informe de Stirling, si bien indica que algunos exámenes sistemáticos solo incluyen ensayos controlados, incluyó en su examen de las publicaciones TPP "todos los diseños de estudio viables"[1698], entre ellos los estudios no experimentales, como se hizo en el ulterior examen de Stirling actualizado y en el informe de Chantler.[1699]

7.614. Observamos asimismo, a este respecto, la observación, en un manual para exámenes sistemáticos citado por Australia, de que "los datos probatorios obtenidos de estudios cualitativos pueden contribuir de manera importante a añadir valor a los exámenes sistemáticos a efectos de las políticas, las prácticas y la adopción de decisiones por los consumidores".[1700] Kleijnen *et al.*, si bien consideran que los diseños no experimentales no son un método recomendado para medir la eficacia de una intervención[1701], al mismo tiempo reconocen que los estudios no experimentales pueden "desarrollar y examinar ideas" e "identificar obstáculos y elementos facilitadores del cambio de conducta". El Profesor Inman también señala que los estudios no experimentales pueden aportar pruebas de asociación o correlación.[1702] Tomamos nota asimismo de la observación de la Profesora Pope -cuya evaluación independiente de la calidad de los estudios incluidos en el examen de Stirling se incorporó al informe de Chantler- de que esos estudios pueden revelar factores que es probable que sean pertinentes para la conducta o influyan en ella.[1703] Por consiguiente, no estamos persuadidos de que las limitaciones de los diseños no experimentales sean de tal naturaleza que justifiquen, como se sugiere en el examen de las publicaciones TPP efectuado por Keijnen *et al.*, una exclusión total de la pertinencia de esos estudios para informar los efectos del empaquetado genérico del tabaco en los resultados pertinentes.

7.615. Los reclamantes identifican también varias limitaciones específicas de los estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco que, según aducen, afectan a la validez interna y externa, la validez de la conclusión y la validez del constructo de los estudios.[1704] Observan, en particular, que en la mayoría de los paquetes genéricos utilizados en los estudios sobre las publicaciones TPP no se incluyó una ASG.[1705]

7.616. Las pruebas que se nos han presentado indican que, en el seno de la comunidad de investigadores, se reconoce que los diseños de estudio deben tener en cuenta variables pertinentes que pueden afectar a la validez externa e interna y del constructo del estudio, pero también que determinadas restricciones inherentes al constructo de los estudios experimentales pueden afectar a la medida en que todos los factores pertinentes, incluidas posibles fuentes de sesgo o factores que generan confusión, pueden tenerse en cuenta simultáneamente en un estudio

[1696] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 4.2.2, página 33.
[1697] Informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-13), párrafos 29 y 32.
[1698] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), sección 3.2, páginas 17-18.
[1699] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 56.
[1700] Primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 6 (donde se cita el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 463).
[1701] Informe de réplica relativo al examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-13), párrafos 29 y 34-35.
[1702] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.iv.a.
[1703] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 56.
[1704] Véase la nota 1500 *supra*.
[1705] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 495; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 608-611; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 12(b), 176(a), y 189; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 186-187.

dado. En ese sentido, el Profesor Fong cita *The Handbook of Social Psychology* (Manual de Psicología Social) cuando afirma que "es prácticamente imposible diseñar un experimento con una validez interna y una validez externa elevadas".[1706] Observamos asimismo la observación del experto de Australia Profesor Slovic de que en el ámbito del control del tabaco es especialmente difícil controlar las variables de confusión.[1707]

7.617. En ese sentido, los reclamantes cuestionan en particular la validez de los estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco que compararon paquetes con marca y paquetes genéricos sin advertencias sanitarias dominantes. Alegan que la cantidad comparativamente más pequeña de espacio restante en los paquetes genéricos australianos *con* una ASG dominante tendría probablemente una repercusión menor en los resultados medidos del atractivo del paquete, la visibilidad de las ASG y las creencias y actitudes acerca del daño.[1708] Alegan, además, que la imaginaría negativa dominante resultante de la gran ASG australiana en sí misma repercute en los resultados medidos.[1709] Al mismo tiempo, uno de los expertos de los reclamantes afirma que el uso de ASG de distintos tamaños en un único estudio para diversos paquetes experimentales introduce una variable de confusión[1710] que pone en peligro la validez interna al impedir que los resultados puedan atribuirse únicamente al empaquetado genérico.[1711]

7.618. No parece sorprendente, a nuestro entender, que en los estudios sobre las publicaciones TPP que se realizaron antes de la implementación de las medidas TPP en Australia y que tenían por objeto examinar la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en varias configuraciones posibles se hubieran utilizado diversas características del paquete, entre ellas distintos tipos y tamaños de advertencias sanitarias, habida cuenta de la novedad de la intervención y de la diversidad de las prescripciones en materia de advertencias sanitarias en vigor en todo el mundo. Como observó el Profesor Fong, en algunos de los estudios se variaba el tamaño de las advertencias y el grado de indicación de la marca con objeto de determinar la eficacia de varias combinaciones.[1712]

7.619. No obstante, también observamos que en algunos de los estudios sobre las publicaciones TPP sí se incluyeron paquetes genéricos con ASG dominantes en la cara anterior del paquete.[1713] Australia identifica dos estudios experimentales diseñados especialmente para medir si el empaquetado genérico tiene alguna repercusión en la presencia de ASG grandes.[1714]

[1706] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 493.

[1707] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 120.

[1708] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 495; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 608-611; primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 12(b), 176(a), y 189; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 186-187.

[1709] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 495; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 608-611; primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 12(b), 176(a), y 189; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 186-187.

[1710] Una variable de confusión es una variable en la que no está centrado el estudio, pero que está muy asociada a una variable que sí lo está. Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.iii.

[1711] Véase, por ejemplo, el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), página 45 (donde se critica a Hoek *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-148, JE-24(34)).

[1712] Informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-531), párrafo 155 (donde se hace referencia a Hammond *et al.* 2013a (Pruebas documentales AUS-177, JE-24(32)); y Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)).

[1713] Por ejemplo, en los siguientes estudios se incluyeron paquetes en los que una ASG ocupaba más del 50% de la cara anterior: Hoek *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-148, JE-24(34)); Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)); Hoek *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-163, JE-24(35)); Hammond *et al.* 2013a (Pruebas documentales AUS-177, JE-24(32)); Parr *et al.* 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49)); Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)); y Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)).

[1714] Thrasher *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-229, JE-24(58)); y Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)). En Wakefield *et al.* 2012 se utilizó un experimento entre sujetos que compiló las puntuaciones asignadas por fumadores australianos a las características positivas del paquete, las características positivas del fumador, las características negativas del fumador, las características positivas del gusto y las características negativas del daño para cada uno de seis paquetes distintos, entre ellos un paquete genérico con una ASG del 70% y un paquete con marca y una ASG del 70%. El paquete con marca y una ASG del 70% obtuvo una puntuación más alta en lo que respecta a las características positivas del paquete y las características positivas del fumador, mientras que el paquete genérico con una ASG del 70% obtuvo una puntuación más alta en lo que respecta a las características negativas del fumador, "aburrido". Los paquetes alcanzaron una puntuación similar en las medidas de las características positivas del gusto, si bien el paquete

Tomamos nota de que los examinadores independientes del informe de Chantler asignaron a esos dos estudios una puntuación de calidad de 5 sobre 6, o "alta".[1715] Observamos asimismo un estudio de Nueva Zelandia, que permitía un cierto grado de comparación entre paquetes genéricos y con marca con una ASG dominante. En ese estudio se constató que los paquetes con una ASG del 75% se consideraban "muy poco atractivos, con independencia del nivel de indicación de la marca".[1716] Wakefield *et al.* sostienen que en los resultados de este estudio podía haber influido el uso en los paquetes genéricos de un fondo blanco, posiblemente más atractivo, en lugar de un fondo marrón, así como una nueva ASG y una sola imagen en la cara anterior del paquete en lugar de una vista multidimensional que destaca más la marca o el "carácter genérico".[1717]

7.620. Observamos asimismo que en el estudio encargado por Australia, Parr *et al.* 2011b, para determinar la repercusión de los paquetes con marca y genéricos de tabaco para liar, cigarritos (puritos)/cigarros pequeños y cigarros (puros) premium, se evaluó cada uno de ellos con una ASG del 75%.[1718] Honduras[1719], la República Dominicana[1720] y Cuba[1721] aducen que en el estudio de Parr *et al.* 2011b se utilizó una muestra inadecuada y que adolecía de deficiencias metodológicas. En particular, argumentan, en lo que respecta a los cigarros premium, el estudio se apoya en respuestas de ocho fumadores de cigarros LHM, ninguno de los cuales fue escogido de forma aleatoria para participar en la investigación. Además, los autores de este estudio adoptaron un enfoque puramente cuantitativo respecto de su investigación sobre los cigarros LHM para extraer conclusiones sobre los posibles efectos de una intervención sustancial en materia de salud pública para toda una población de interés. Además, en Parr *et al.* 2011b se pidió a los encuestados que compararan imágenes creadas digitalmente de tubos para cigarros genéricos, sin marca y con una advertencia sanitaria completa, con imágenes de tubos de cigarros existentes con marca y sin advertencia sanitaria. Como consecuencia de ello, según Cuba, es imposible separar el posible efecto del empaquetado genérico del posible efecto del nombre de la marca y la advertencia

---

con marca alcanzó una puntuación mayor en cuanto a las características negativas del daño. Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)), página 1164. Además, un análisis de las puntuaciones de esos dos paquetes, conjuntamente con las puntuaciones de otros cuatro paquetes, cada uno de los cuales era con marca o genérico, e incluía una ASG del 30% o el 100% en la parte frontal, indicó que el empaquetado genérico tenía más efectos en el atractivo de la marca y las intenciones de compra que el aumento del tamaño de la advertencia sanitaria gráfica. Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)), páginas 1163-1164. En Thrasher *et al.* 2011 se evaluó, por medio de una subasta, la demanda de los fumadores estadounidenses de distintos cigarrillos empaquetados, incluyéndose un paquete con marca con una ASG del 50% y un paquete más genérico con una ASG del 50%. Las ofertas para el paquete de cigarrillos empaquetado genéricamente fueron más bajas, lo que indica que el empaquetado genérico también reduce la demanda de cigarrillos con independencia de la repercusión de una ASG del 50%. Thrasher *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-229, JE-24(58)), página 47.

[1715] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 48, 51, y 54. Thrasher *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-229, JE-24(58)), fue incluido en el informe original sobre el examen de Stirling, y obtuvo una puntuación de calidad "media". Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 31. Wakefield *et al.* 2012 se publicó después de la fecha de corte para el informe inicial del examen de Stirling, y se incluyó en el informe de Stirling actualizado en 2013, en el que no se asignaron puntuaciones de calidad a estudios individuales. Véase el informe de Stirling actualizado (Pruebas documentales CUB-216, CUB-60).

[1716] Hoek *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-148, JE-24(34)), páginas 185-186. En Hoek *et al.* 2011 se realizó un experimento intra-sujetos mejor-peor en el que adultos jóvenes fumadores identificaron su paquete preferido y menos preferido entre 13 paquetes distintos en los que había varios grados de indicación de la marca junto con una ASG del 30%, el 50% o el 75% en la cara anterior. Este estudio concluyó que cuando las ASG cubrían al menos un 50% de la superficie del paquete los encuestados preferían paquetes genéricos.

[1717] Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)), página 1165.

[1718] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 11. Este estudio constató, en términos generales, que los paquetes genéricos minimizaban las percepciones de atractivo y calidad, aunque se observó que las ASG eran percibidas como igualmente vistosas en los paquetes con marca y genéricos de tabaco para liar y cigarritos/cigarros pequeños. En el estudio se constató también que los colores más oscuros se veían como más nocivos para la salud que los colores más claros. Entre los seis paquetes con una ASG del 75% testados (cinco con marca y uno genérico), el empaquetado genérico se percibía como el que contenía los segundos cigarrillos para liar más nocivos, y los terceros cigarritos/cigarros pequeños más nocivos. *Ibid*., páginas 25-26 y 34. Además, se señaló un posible vínculo entre el atractivo, la calidad y el daño percibido con respecto a los cigarritos/cigarros pequeños. *Ibid*., página 34. En este estudio no se testó la repercusión del empaquetado genérico en la visibilidad de las advertencias sanitarias o la capacidad de un paquete de inducir a error acerca del carácter nocivo para la salud con respecto a los cigarros.

[1719] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 530-537.

[1720] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 66 y 628-639.

[1721] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 263-267.

sanitaria. Los entrevistadores también presentaron a los encuestados una vitola genérica en la que no figuraba información alguna, y les pidieron que la compararan con una vitola en la que figuraba toda la marca.[1722]

7.621. Como señalan Cuba y la República Dominicana, en Parr *et al.* 2011b se explican las razones de algunas de esas deficiencias. Según este estudio, el método utilizado para los fumadores de cigarros (puros) premium era cualitativo, y el número de entrevistados se limitó a ocho debido a la dificultad que revestía reclutar un número elevado de fumadores de cigarros premium en Australia.[1723] En Parr *et al.* 2011b se añade que para los cigarritos y cigarros pequeños con empaquetado genérico se eligió el nombre de marca "Mayfair" porque en ese momento no había ningún otro producto de tabaco con un nombre similar en el mercado australiano, y no habría entre los investigados una asociación latente con el nombre de la marca.[1724] Según Parr *et al.* 2011b, en el caso de los tubos para cigarros (puros) no era posible producir imágenes de productos con marca que mostraran tanto la advertencia sanitaria entera como la marca, debido al requisito de que la advertencia sanitaria ocupara un 60% de la circunferencia y un 95% de la longitud del tubo. Se determinó que imágenes que solo mostraran la advertencia sanitaria o la marca parcialmente no serían útiles a efectos de la investigación. Además, debido a las limitaciones temporales, no era posible crear réplicas físicas de tubos para cigarros (puros).[1725]

7.622. Consideramos que estas explicaciones proporcionan razones pertinentes por lo que respecta a las limitaciones específicas del método utilizado en Parr *et al.* 2011b criticadas por Cuba, la República Dominicana y Honduras. Habida cuenta de ello, y si bien convenimos con los reclamantes en que habría sido preferible utilizar un método mejor, observamos que, como señalan Cuba y la República Dominicana, el estudio de Parr *et al.* 2011b es el único 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 cigarritos (puritos).[1726] Por lo tanto, en nuestro análisis subsiguiente tendremos en cuenta sus conclusiones -en la medida en que estas contengan observaciones pertinentes para evaluar aspectos específicos de la manera en que el empaquetado genérico, en el diseño utilizado por Parr *et al.* 2011b, puede contribuir al logro del objetivo de las medidas TPP, y en particular a determinados mecanismos enunciados por dichas medidas.

7.623. Los reclamantes identifican otros casos que, a su juicio, pueden haber afectado a la validez de los estudios contenidos en las publicaciones TPP, como el uso de muestras no representativas que incluyen a no fumadores o no reflejan las características demográficas de la población[1727], presentando a los sujetos una "falsa elección" entre paquetes con marca y paquetes genéricos, cuando tras la implementación solo podrá disponerse de paquetes genéricos[1728], o el uso de un paquete con marca desconocido en lugar de un paquete con marca existente/conocido.[1729] Sin embargo, aun suponiendo que varios factores hayan repercutido en la validez de determinados estudios contenidos en las publicaciones TPP, como aducen los reclamantes, no siempre está claro qué efectos pueden haber tenido esos factores en los resultados del estudio y las conclusiones que pueden extraerse de ellos, individualmente o en su conjunto. Señalamos a este respecto de la observación del Profesor Fong de que en la mayoría de los casos esos factores tienen una repercusión indeterminada en los resultados del estudio.[1730]

[1722] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 530-537; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 628-639; y primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 263-267.
[1723] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 6.
[1724] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 6. Véase también *ibid.*, página 19.
[1725] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 18.
[1726] Observamos a este respecto que la propia Cuba, aun poniendo en entredicho la solidez metodológica de este estudio, se apoya en él particularmente en el contexto de su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.
[1727] Véase, por ejemplo, el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 14.
[1728] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 614; y el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 12.
[1729] Véanse, por ejemplo, el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.iii, página 29; y el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), página 40.
[1730] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 507-509 y 553-555.

7.624. Los reclamantes y sus expertos también destacan las respuestas socialmente deseables y los efectos de demanda como problemas comunes en los estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco.[1731] Las respuestas socialmente deseables surgen cuando los encuestados en un estudio simplemente dan la respuesta que a su entender es coherente con determinadas normas y expectativas sociales -en este caso concreto, acerca del hábito de fumar y las políticas de control del tabaco- en lugar de exponer sus verdaderas actitudes.[1732] El experto de los reclamantes, Profesor Ajzen explica la manera en que las respuestas socialmente deseables pueden influir en los resultados de la investigación sobre el empaquetado genérico del tabaco, y añade que es responsabilidad de los investigadores asegurarse de que los resultados obtenidos no puedan ser explicados por efectos reactivos.[1733] Los reclamantes aducen que el riesgo de que se den respuestas socialmente deseables está especialmente presente en contextos de investigación que implican cuestiones relacionadas con normas y expectativas sociales firmes, conductas adictivas u ostracismo social, como la investigación en materia de control del tabaco, y puede controlarse midiendo la tendencia de cada participante a dar respuestas socialmente deseables e incluyendo los datos resultantes en el análisis. En ninguno de los documentos examinados como parte del proyecto de examen por homólogos se declara haber tenido en cuenta la posibilidad de respuestas socialmente deseables.[1734] Australia responde que en varios de los estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco se empleó un diseño "intra-sujetos", un método respaldado por el experto de los reclamantes Profesor Ajzen para reducir la posibilidad de sesgo[1735], y alega que los reclamantes están aplicando a la investigación sobre el empaquetado genérico del tabaco un criterio mucho más riguroso que el que prevalece en el ámbito de la mercadotecnia.[1736]

7.625. Los efectos de demanda se producen cuando determinadas características del diseño de la investigación pueden llevar a los participantes a prever cuáles son las hipótesis de los investigadores y, en consecuencia, a inclinarse a responder como creen que el investigador desea que respondan, en lugar de hacerlo de conformidad con sus propias actitudes y preferencias.[1737] Los expertos de los reclamantes sugieren que si bien la necesidad de investigar esos efectos reactivos está bien reconocida en las ciencias del comportamiento y, más concretamente, en las publicaciones sobre control del tabaco, no en todos los estudios sobre el empaquetado genérico se indica que se han tenido en cuenta esos efectos. Los reclamantes también explican cómo los estudios podían haberlos tenido en cuenta.[1738] Australia responde que los reclamantes no han presentado ninguna prueba que demuestre que efectivamente hay sesgos y, en su caso, cómo podrían influir en los resultados de algún estudio en particular, y añade que en muchos casos esos supuestos sesgos no podían haber influido en las constataciones.[1739] El experto de Australia también mantiene que, en varios de los estudios en los que los efectos reactivos supuestamente constituyeron una "preocupación", un posible sesgo no podía explicar los resultados; y presenta ejemplos de casos en los que las normas de examen aplicadas por los expertos de los reclamantes

[1731] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 496; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 598-600; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 176; informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), página 1; informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafos 18(i) y 61.ii; examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 4.2.5, página 36; informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafos 32 y 34; informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafos 179-188; informe de réplica relativo al proyecto de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-12), párrafos 41-51; e informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4), párrafo 61.h.

[1732] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 598; examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), cuadro 3, página 36; e informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.i, página 26.

[1733] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafos 179-188; e informe de réplica de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-5), párrafos 150-152.

[1734] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.i, páginas 26-27; y examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), página 48.

[1735] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 484.

[1736] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 479.

[1737] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.ii. Véase también el informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 180.

[1738] Véanse por ejemplo, el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 61.ii; el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), página 48; y el informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafos 179-188.

[1739] Australia explica que esto es así porque el diseño del estudio habría impedido que esos sesgos repercutieran en los resultados, o que las constataciones del estudio serían aún más sólidas si se hubiese constatado la existencia de relaciones entre medidas a pesar de la presencia de supuestos sesgos. Primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 6; informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 480-484; e informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-531), párrafos 144-151.

para los estudios sobre el empaquetado genérico no son coherentes con las normas de examen utilizadas en este ámbito de investigación.[1740] El experto de los reclamantes Profesor Ajzen no está de acuerdo en que los diseños de diversos estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco excluyan el riesgo de que los efectos reactivos introduzcan sesgos en los resultados del estudio[1741], y aduce que sea cual sea la repercusión que se observe que tiene el empaquetado genérico, entre otras cosas sobre el atractivo de los productos de tabaco, es concebible que no se deba más que a esos efectos reactivos.[1742] Inman *et al.* alegan que las respuestas socialmente deseables y/o los efectos de demanda pueden estar presentes en más del 70% de los 56 trabajos examinados.[1743] Las respuestas socialmente deseables y/o los efectos de demanda parecen ser una preocupación sistemática de Inman *et al.* con respecto a estudios que comprenden grupos focales, entrevistas telefónicas o diseños intra-participantes. También se señalan como posibles fuentes de sesgo en estudios que afectan a niños y en aquellos en los que los participantes comunican ellos mismos los resultados.[1744]

7.626. Observamos que los examinadores independientes del informe de Chantler reconocieron la existencia de posibles efectos de deseabilidad social en algunos de los estudios que examinaron.[1745] Entre los 37 estudios cuantitativos objeto del informe de Chantler, los examinadores independientes destacaron un "sesgo de deseabilidad social" como una observación o una "limitación clave" en relación con 4 de los estudios.[1746] Parece, por tanto, que los efectos de demanda y las respuestas socialmente deseables pueden haber afectado a un subconjunto de estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco, entre ellos algunos de los relacionados con la repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los productos de tabaco. Observamos, no obstante, que a pesar de esas preocupaciones, los expertos independientes asignaron a cada uno de esos estudios puntuaciones de calidad *globales* "altas", lo que indica que la presencia de esos riesgos puede haber tenido una repercusión limitada en la calidad global del estudio.[1747] Observamos asimismo que el examen de Stirling y/o los examinadores independientes encargados del informe de Chantler asignaron puntuaciones globales de calidad favorables a varios otros estudios para los que el proyecto de examen por homólogos de la República Dominicana y Honduras se identificó un riesgo de sesgo debido a respuestas socialmente deseables o efectos de demanda.[1748] Anteriormente hemos determinado que el informe de Stirling, confirmado por los

[1740] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 482-483.
[1741] Informe de réplica de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-5), párrafos 153-156.
[1742] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 182.
[1743] Véase el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), apéndice C.
[1744] Véase el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), apéndice C.
[1745] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-55.
[1746] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-55. Se señaló un "sesgo de deseabilidad social" en anotaciones correspondientes a Doxey y Hammond 2011 (Pruebas documentales AUS-156, JE-24(17)); Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)); y Hammond *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-157, JE-24(30)). La deseabilidad social también se mencionó con respecto a un estudio que se presentó en la decimoséptima reunión anual de la SRNT en Toronto en 2011, y que era objeto de examen en una revista examinada por homólogos en el momento del examen de Stirling. El título y el autor del documento posteriormente publicado, Hammond *et al.* 2013b (Pruebas documentales AUS-158, JE-24(31)) son similares a la descripción de este estudio, y una nota al pie de la página 151 indica que se presentó en la Conferencia Anual de la Sociedad para la Investigación de la Nicotina y el Tabaco celebrada en Toronto en 2011.
[1747] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 48 y 50. A cada uno de los estudios identificados en la nota 1746 *supra* como afectados por el riesgo de respuestas socialmente deseables se asignaron puntuaciones de calidad/evaluación globales de cinco sobre un total posible de seis, lo que se considera "alto".
[1748] Compárense el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 54 (donde se asigna a Borland *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9)) una puntuación global de 5 sobre seis en la evaluación de la calidad/el sesgo), con el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), página 606 (donde se observa que el diseño intra-sujetos utilizado en Borland *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9)) genera amenazas "imposibles ... de evitar" para la validez en forma de respuestas socialmente deseables y efectos de demanda); el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-8 CUB-61), anexo D, página 54 (donde se asigna a Ford *et al.* 2013a (Pruebas documentales AUS-137, JE-24(20)) una puntuación global de 5,5 sobre 6 en la evaluación de la calidad/el sesgo), con el informe de examen por homólogos) (Prueba documental DOM/HND-3), página 620 (donde se observa que los sesgos de deseabilidad social en Ford *et al.* 2013a (Pruebas documentales AUS-137, JE-24(20)) pueden ser "sistemáticos y grandes"); el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 50 (donde se asigna a Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)) una puntuación de 5,5 sobre 6 en la evaluación global de la calidad/el sesgo); y el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 28 (donde se asigna a Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)) una puntuación de calidad "Media") con el informe de

expertos independientes del informe de Chantler, constituye un examen de las publicaciones de gran calidad que fue ejecutado de conformidad con las mejores prácticas.[1749] Así pues, aun suponiendo que en determinados estudios no se tuvieron en cuenta esos efectos, no consideramos que tengamos una base suficiente para extraer conclusiones sobre la medida en que esos sesgos pudieron afectar, o efectivamente afectan, a los resultados de los estudios en cuestión y, como consecuencia de ello, poner en entredicho el valor probatorio de las publicaciones TPP.

7.627. En definitiva, no consideramos que estemos en condiciones de extraer conclusiones definitivas acerca de las ventajas metodológicas de cada uno de los estudios mencionados en relación con la repercusión del empaquetado genérico en los diversos resultados que dichos estudios miden, incluidos los tres "resultados proximales" reflejados en la Ley TPP. Tampoco consideramos que sea adecuado que lo hagamos. Antes bien, como se señala *supra*, lo que tenemos que examinar es la medida en que el corpus de pruebas que tenemos ante nosotros, en su conjunto, proporciona un fundamento razonable en apoyo de la proposición para la que se invoca. En esta evaluación, en la medida en que se está recurriendo a testimonios científicos, debemos determinar si esos testimonios tienen "el rigor científico y metodológico necesario para que se considere[n] información científica digna de crédito" con arreglo a las normas de la comunidad científica de que se trate[1750], así como hasta qué punto su uso en apoyo de las medidas en litigio es "objetivo y coherente".[1751]

7.628. De lo anteriormente expuesto se deduce claramente que en el presente caso se realizó un conjunto de investigaciones, en su mayor parte antes de la implementación de las medidas TPP en Australia, con objeto de evaluar la posible repercusión del empaquetado genérico del tabaco en diversos resultados, entre ellos el atractivo de los productos de tabaco, la saliencia de las ASG y la capacidad del empaquetado de tabaco para inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de los productos de tabaco. Estas investigaciones dieron lugar a diversas publicaciones, realizadas por una gama de instituciones reconocidas dedicadas a la investigación sobre el control del tabaco, en apoyo de la proposición de que el empaquetado genérico de los productos de tabaco daría lugar, entre otras cosas, a una reducción del atractivo de los productos de tabaco para los consumidores, a un aumento de la eficacia de las ASG y a una reducción de la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de los productos de tabaco.

7.629. Se reconoce, incluso por parte de Australia, que determinados estudios contenidos en este corpus de publicaciones pueden tener limitaciones en lo que respecta a su diseño o su ejecución. Sin embargo, también se nos han presentado pruebas creíbles que sugieren que la realización de este tipo de investigaciones conlleva determinadas restricciones éticas y prácticas. Como se señala *supra*, esto incluye restricciones de la capacidad para realizar el tipo de experimentos que en principio se considerarían óptimos, como experimentos aleatorizados de gran escala[1752], así como

examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), página 293 (donde se observan posibles sesgos en Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)) debido al reclutamiento parental de determinados sujetos así como a posibles efectos de demanda debidos a la novedad de los paquetes); el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 50 (donde se asigna a Donovan 1993 (Pruebas documentales AUS-151, JE-24(16)) una puntuación de 5 sobre 6 en la evaluación global de la calidad/el sesgo) y el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 26 (donde se asigna a Donovan 1993 (Pruebas documentales AUS-151, JE-24(16)) una puntuación de calidad "Media"), con el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), páginas 176-177 y 180 (donde se observa la posibilidad de existencia de sesgo de deseabilidad social en Donovan 1993 (Pruebas documentales AUS-151, JE-24(16))); y el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 61 (donde se asigna a Hoek *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-163, JE-24(35)), una puntuación de 6 sobre 6 en la evaluación global de la calidad/el sesgo), y el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 34 (donde se asigna a Hoek *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-163, JE-24(35)), una puntuación de calidad "media") con el informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), páginas 463-464 (donde se indica que no se sabe si determinados efectos de demanda han influido en los resultados de Hoek *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-163, JE-24(35))).

[1749] Véanse los párrafos 7.595-7.596 *supra* y 7.633 *infra*.

[1750] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la suspensión*, párrafos 591-592. Véase también *ibid.*, párrafos 598 y 601.

[1751] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la suspensión*, párrafos 592, 598, y 601.

[1752] Véanse los párrafos 7.557-7.562 relativos a las limitaciones prácticas y éticas de la realización de experimentos aleatorizados de gran escala, con respecto al empaquetado genérico del tabaco.

limitaciones de la capacidad para diseñar y ejecutar un estudio de tal manera que este dé cuenta eficaz y simultáneamente de todos los posibles sesgos y factores de confusión.[1753]

7.630. Como se señala *supra*, aparte de los tres exámenes encargados por Honduras, la República Dominicana y Ucrania (en el que se apoya Cuba) a efectos de los presentes procedimientos, anteriormente se han efectuado como mínimo dos exámenes globales de las publicaciones TPP, con inclusión de un examen sistemático y una evaluación independiente de ese examen y los estudios subyacentes (el examen de Stirling y el informe de Chantler). Ambos se llevaron a cabo en el contexto de las consultas del Gobierno del Reino Unido con respecto a la posible introducción del empaquetado genérico del tabaco.[1754]

7.631. Los diversos exámenes que tenemos ante nosotros, si bien no abarcan exactamente el mismo grupo de estudios, se solapan de manera significativa: 42 de los 55 trabajos incluidos en el proyecto de examen por homólogos se incluyeron en el examen de Stirling y su ulterior actualización[1755], y 37 en el informe de Chantler. De los 58 trabajos en los que se centró el examen sistemático de Kleijnen, 45 fueron incluidos en el examen de Stirling y su ulterior actualización[1756], y 40 fueron evaluados en el informe de Chantler.[1757] Entre los 48 estudios examinados por el Profesor Klick, 39 fueron incluidos en el informe de Stirling y su posterior actualización[1758], y 34 fueron evaluados en el informe de Chantler.

7.632. Observamos asimismo que los exámenes realizados en el contexto de las consultas del Reino Unido, al igual que los presentados por los reclamantes en estos procedimientos, analizan tanto estudios individuales como las conclusiones que pueden extraerse de las publicaciones TPP en su conjunto. Esos exámenes se centran en cuestiones fundamentales de interés para nuestra propia evaluación, como la repercusión prevista del empaquetado genérico del tabaco en los tres resultados "no conductuales" o "proximales" que corresponden a los tres mecanismos reflejados en las medidas TPP, y, en menor medida, en las conductas relacionadas con el tabaco.

7.633. Observamos también que las principales críticas metodológicas expresadas por los reclamantes en estos procedimientos en relación con las publicaciones TPP duplican las críticas que se hicieron a Sir Cyril Chantler durante su consulta para el Gobierno del Reino Unido, que no le llevaron a concluir que la base probatoria para el empaquetado genérico estuviera viciada.[1759] Como se señala *supra*, la elaboración del informe de Chantler incluía un proceso en el que examinadores independientes evaluaron la calidad de estudios individuales contenidos en las publicaciones TPP, así como la calidad del examen sistemático de esas publicaciones realizado en el examen de Stirling". Esos examinadores independientes concluyeron no solo que la metodología aplicada en el examen de Stirling era conforme a las mejores prácticas, sino también que las investigaciones subyacentes eran "sólidas".[1760]

7.634. Como se señala *supra*, los examinadores de los estudios cuantitativos concluyeron que el examen de Stirling fue realizado con arreglo a criterios rigurosos, y que las conclusiones extraídas constituyen "un reflejo razonable de las pruebas disponibles".[1761] Concretamente, constataron que "los tres principales resultados, atractivo, advertencia sanitaria y daño, se abordaban sobre todo

[1753] Véanse los párrafos 7.615-7.622 *supra*.

[1754] Véanse el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59); y el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61).

[1755] Uno de los trabajos del proyecto de examen por homólogos fue excluido del examen de Stirling debido a que contenía datos de mala calidad, y seis se publicaron después de la fecha de corte de mediados de septiembre de 2013 para el examen de Stirling actualizado en 2013. Dos de los estudios incluidos en el proyecto de examen por homólogos pero no incluidos en el examen de Stirling eran estudios no publicados realizados por GfK Bluemoon a petición de Australia.

[1756] Cuatro trabajos evaluados en el examen sistemático de Kleijnen fueron publicados después de la fecha de corte de mediados de septiembre de 2013 para el examen de Stirling actualizado en 2013.

[1757] Véanse el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes.

[1758] Cuatro documentos evaluados por el Profesor Klick fueron publicados después de la fecha de corte de mediados de septiembre de 2013 para el examen de Stirling actualizado en 2013.

[1759] Véase el informe de Chantler, párrafos 4.5-4.10. En particular, el informe de Chantler tuvo en cuenta las críticas de que el examen de Stirling y su actualización: a) constituían una síntesis descriptiva en lugar de un meta-análisis que mostrara la magnitud global de los efectos; b) estaban viciados por sesgos; y c) mostraban resultados coherentes debido a las deficiencias recurrentes en los estudios subyacentes.

[1760] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.18.

[1761] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 49.

en los trabajos de gran calidad".[1762] En lo que respecta a los estudios cualitativos, la examinadora observa que este trabajo "es necesariamente de pequeña escala e indicativo de factores que probablemente son pertinentes para la conducta o influyen en ella, en lugar de ofrecer los tipos de exactitud predictiva asociados a los ensayos aleatorizados o los análisis cuantitativos de gran escala".[1763] La examinadora señala que, a falta de estudios o experimentos poblacionales, "esto constituye probablemente la mejor prueba disponible".[1764] Concluye lo siguiente:

> Mis conclusiones son que a falta de sólidos análisis experimentales o cuantitativos de la conducta real, las investigaciones cualitativas examinadas proporcionan un resumen razonable de las actitudes y percepciones relacionadas con el empaquetado genérico. Este trabajo sugiere que:
>
> • Tanto fumadores como no fumadores consideran que el empaquetado genérico es menos vistoso/atractivo.
>
> • El color y los elementos de marca son importantes: los colores oro y plata transmiten marca y calidad, y tanto fumadores como no fumadores pueden tener una visión más negativa del color marrón/gris "cenagoso".
>
> • El empaquetado genérico aumenta la visibilidad/prominencia de las advertencias sanitarias (aunque hay pruebas de que tanto fumadores como no fumadores - incluidos los jóvenes- no son conscientes de los mensajes sobre los riesgos para la salud y/ no pueden recordarlos si bien esto puede no alterar la conducta).
>
> • El empaquetado genérico puede tener efectos distintos en las poblaciones de fumadores y no fumadores (puede no disuadir a quienes ya fuman o reducir la familiaridad/fidelidad respecto a una marca, y no es probable que aumente los tiempos de transacción).[1765]

7.635. Otorgamos un peso especial a estas evaluaciones, que representan una opinión independiente (basada en fuentes cualificadas[1766]) de la calidad de los estudios subyacentes en el examen de Stirling, así como de la calidad del propio examen de Stirling, por lo que dan credibilidad a sus conclusiones globales acerca de la repercusión prevista del empaquetado genérico del tabaco.

7.636. Las conclusiones de este examen independiente y del examen de Stirling, que conjuntamente analizaban 49 de los mismos 69 trabajos (71%) considerados en los tres exámenes de las publicaciones TPP de los reclamantes (el examen sistemático de Kleijnen, el proyecto de examen por homólogos y el examen realizado por el Profesor Klick), difieren de las de los expertos de los reclamantes. El proyecto de examen por homólogos concluye que "las publicaciones sobre el empaquetado genérico en su conjunto no logran aportar pruebas convincentes del efecto del empaquetado genérico en la demanda de productos de tabaco".[1767] Sin embargo, no vemos claramente en qué manera, habida cuenta de la naturaleza y las limitaciones de las investigaciones en cuestión, habría cabido razonablemente esperar que se obtuvieran esas "pruebas convincentes", especialmente antes de la adopción de las medidas relativas al empaquetado genérico del tabaco en Australia o en otra parte. Antes bien, como se señala *supra*, cabe esperar que algunas deficiencias y limitaciones afecten inevitablemente a determinados estudios, lo que no invalida necesariamente la totalidad de sus conclusiones.

7.637. En los dos exámenes externos globales de las publicaciones descritos *supra*, el examen de Stirling y el informe de Chantler, se reconoce la existencia de esas limitaciones en las publicaciones TPP, entre ellas algunas del tipo identificado en los exámenes de expertos encargados por los reclamantes a efectos de los presentes procedimientos. Pese a ello,

[1762] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 49.
[1763] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 49.
[1764] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 56.
[1765] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 57.
[1766] Señalamos que este informe independiente fue realizado por profesores comisionados por Sir Cyril Chantler que no son en sí mismos autores de los estudios examinados. En contraste, algunos de los coautores del examen de Stirling fueron coautores de algunas de las publicaciones examinadas.
[1767] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), párrafo 68.

constataron que esos estudios, en su conjunto, constituían las "mejores pruebas disponibles" y justificaban las conclusiones extraídas de ellos. Señalamos asimismo que los reclamantes no han presentado un conjunto de otros estudios que pudiera sugerir conclusiones contrarias a las conclusiones convergentes a que se llega en el principal conjunto de publicaciones relacionadas con el empaquetado genérico.

7.638. En conclusión, bien podría ser que las publicaciones TPP "fueran más sólidas en cuanto al diseño de los estudios", como se indica en el examen sistemático de Kleijnen.[1768] Sin embargo, habida cuenta de los elementos descritos *supra*, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que este corpus de pruebas, considerado en su conjunto, carezca de rigor metodológico hasta el punto de que debe considerarse que no constituye información científica digna de crédito con arreglo a los criterios de la comunidad científica pertinente, o que el recurso de Australia a él en los presentes procedimientos no es "objetivo y coherente". Por el contrario, en un examen sistemático se otorgaron a una mayoría importante de los estudios sobre el empaquetado genérico del tabaco entonces disponibles calificaciones de la calidad y la pertinencia entre medias y altas[1769], evaluaciones estas que fueron a su vez justificadas por un informe independiente en el que se confirmó que los estudios eran "metodológicamente sólidos".[1770]

Conclusión general sobre la crítica de las publicaciones TPP

7.639. En definitiva, habida cuenta de lo anterior, constatamos que los estudios que componen las publicaciones TPP provienen de fuentes respetadas y cualificadas y se centran en resultados pertinentes, y que no se ha demostrado que estén, en general, tan viciadas metodológicamente que deban descartarse en su totalidad por tratarse de una base probatoria no fiable en apoyo del empaquetado genérico del tabaco.

7.640. Por consiguiente, en esta etapa de nuestro análisis, destacamos la existencia de un corpus de estudios publicados, anteriores a la implementación por Australia de las medidas TPP, que apoyan la hipótesis de que el empaquetado genérico del tabaco tiene efectos en el atractivo de los productos de tabaco, la eficacia de las ASG y la capacidad de los paquetes de inducir a error al consumidor acerca de los efectos perjudiciales del hábito de fumar, así como sobre determinadas conductas relacionadas con el tabaco.

7.641. Aunque algunos de esos estudios pueden adolecer de deficiencias o limitaciones metodológicas, algunas de las cuales se identifican en las propias publicaciones pertinentes, en un examen independiente se consideró que no eran letales. Observamos a este respecto las observaciones de Australia de que "los estudios individuales que componen un corpus de publicaciones variarán en su solidez metodológica"[1771] y de que en una evaluación de la calidad de las publicaciones TPP debe tenerse en cuenta la totalidad de las pruebas pertinentes, en lugar de tratar de desagregar el análisis de manera que cada estudio sea juzgado aisladamente en lo que respecta a su capacidad para proporcionar la base para extraer conclusiones generales.[1772] De esta opinión se hacen eco el examen de Stirling y el informe de Chantler, que tienen en cuenta, en su evaluación, no solo la calidad de los estudios individuales objeto de examen, sino también su solidez combinada y su compatibilidad con publicaciones más amplias y, en el caso del informe de Chantler, otras pruebas pertinentes, entre ellas documentos de la rama de producción de tabaco.[1773] En ese sentido, Sir Cyril Chantler observa lo siguiente:

[1768] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), sección 4.2.3, página 33.

[1769] Véase el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 25-37.

[1770] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.24 y página 5, párrafo 13.

[1771] Informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), página 33. Véase también el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 489, 493, y 527 (donde se señala que reconocer las limitaciones de un estudio, y después extraer de los datos conclusiones adecuadas a las que pueda llegarse a pesar de las limitaciones, constituye una práctica normal).

[1772] Véase el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 492-493. Véase también el informe de Hammond (Prueba documental AUS-555), páginas 33-34 ("La causalidad rara vez, o nunca, se establece sobre la base de un solo estudio; antes bien, debe evaluarse sobre la base de un corpus de investigaciones").

[1773] Véanse el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 20-23 (donde se describe el método mediante el cual se sintetizaron los resultados del estudio); y el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 1.20 (donde se señala que se tuvo en cuenta un

> A mi entender, las críticas de las investigaciones primarias muestran una tendencia a adoptar un "enfoque binario", descartando estudios en su totalidad sobre la base de que cada uno de ellos tiene algunas limitaciones (por lo general identificadas). El enfoque correcto debería ser la limitación al considerar los resultados descritos. Pocos estudios de investigación carecen de limitaciones, e indudablemente muchos podrían mejorarse con aportaciones de esferas relacionadas, pero esto no parece ser una base razonable para descartar por completo las constataciones de más de 50 estudios publicados y examinados por homólogos. Para ser realista, un estudio científico solo puede intentar reducir al mínimo los riesgos de sesgo para contribuir a una estimación global de un efecto probable.[1774]

7.642. Destacamos asimismo que, en la medida en que sean de fecha anterior a la implementación de las medidas TPP, las publicaciones TPP podrían fundamentar el diseño de las medidas de Australia, pero no pretenden reflejar los resultados reales de las medidas TPP adoptadas por Australia. Las publicaciones TPP, en particular el corpus de estudios realizados antes de la introducción de las medidas TPP y al que se recurre en los presentes procedimientos, no es sino un componente más de las pruebas pertinentes que tenemos ante nosotros. Australia, al reconocer que estos estudios se centran principalmente en resultados "proximales", así como la dificultad que reviste la medición de resultados en un caso en el que el diseño de estudio ideal es impracticable o no es ético, admite esta limitación inherente, que igualmente es reconocida en un examen temprano de las publicaciones sobre el empaquetado genérico.[1775]

7.643. No obstante las posibles limitaciones de estos estudios, considerados individualmente o en su conjunto, tenemos también ante nosotros, además de las publicaciones TPP, investigaciones cualitativas y cuantitativas y pruebas procedentes de diversas fuentes y ámbitos, así como pruebas empíricas relacionadas con la aplicación de las medidas TPP en Australia desde su entrada en vigor. Esto incluye estudios empíricos que abordan la repercusión real de las medidas TPP en los tres resultados proximales que son objeto de la mayoría de los estudios comprendidos en las publicaciones TPP examinados. Como han observado los reclamantes, en nuestra evaluación debe atribuirse el peso adecuado a las pruebas relacionadas con la aplicación real de las medidas.

7.644. Examinamos estas pruebas adicionales en la sección 7.2.5.3.6 *infra* y, en consecuencia, no pretendemos inferir, en esta etapa de nuestro análisis, ninguna conclusión general sobre la repercusión de las medidas TPP en los resultados pertinentes abordados en la literatura TPP. El peso probatorio que debe otorgarse a este corpus de estudios en nuestra evaluación dependerá no solo de su calidad intrínseca, sino también de su pertinencia para nuestra evaluación global, a la luz, también, de otras pruebas pertinentes que se nos han presentado.

7.645. Teniendo presentes esas determinaciones iniciales, pasamos a examinar las pruebas de que disponemos en relación con cada uno de los tres "mecanismos" identificados en la Ley TPP, así como los resultados conductuales asociados que se pretende deriven de ellos, que subyacen en el diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas.

---

volumen considerable de pruebas presentadas por las partes interesadas en todos los ámbitos del debate, complementados por otras publicaciones en materia de control del tabaco, documentos internos de la rama de producción de tabaco, y publicaciones y prácticas de mercadotecnia más amplias). Véase también Stead *et al.* 2013 (Prueba documental CUB-58), página 8 (donde se describen las investigaciones disponibles "globalmente" y se comparan las constataciones con las publicaciones sobre mercadotecnia y otras publicaciones más amplias sobre advertencias sanitarias).

[1774] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 4.14.

[1775] Véase Goldberg *et al.* 1995 (Pruebas documentales AUS-221, JE-24(26)), página 4:

> En el ámbito de las investigaciones sociológicas y sobre mercadotecnia, ningún estudio o método de investigación puede por sí mismo proporcionar respuestas definitivas a la pregunta, "¿Qué harán los consumidores si ...?" Sin la ventaja de los experimentos de campo, esas investigaciones solo pueden determinar lo que los consumidores "dirían" que harían si .... En el presente caso, el Grupo Especial tenía que preguntar a los consumidores qué harían si todos los cigarrillos solo estuvieran disponibles en los mismos paquetes genéricos y neutros. El Grupo Especial no podía medir lo que los consumidores harían, solo podía medir lo que dicen que harían, lo que dicen que piensan acerca del empaquetado genérico, lo que dicen que piensan acerca de esa idea, etc. Así pues, este tipo de pregunta de investigación es mucho más difícil de responder que los tipos de preguntas de investigación que los científicos físicos normalmente hacen. Estos pueden medir lo que las moléculas hacen si ..., pero no pueden preguntar a las moléculas qué harían si ...

7.2.5.3.5.2 Primer mecanismo: repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores

7.646. Como hemos señalado antes, el primer "mecanismo" mediante el cual las medidas TPP están destinadas a contribuir al logro de su objetivo es "reduci[endo] el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores", lo cual, a su vez, se espera influya en las conductas tabáquicas y en consecuencia contribuya a una reducción del consumo de productos de tabaco y de la exposición a estos productos.

7.647. Un supuesto pertinente que subyace en este mecanismo es que las características de la marca, cuando figuran en los productos de tabaco o en su empaquetado para la venta al por menor, pueden actuar como publicidad y en consecuencia influir en las percepciones acerca de los productos de tabaco. Los reclamantes no están de acuerdo en que el empaquetado del tabaco funcione como publicidad. Como se señala *supra*, consideran también, en términos generales, que la base probatoria de la aseveración de que la *eliminación* de las características de la marca en virtud de la presentación uniforme de los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor (el empaquetado genérico) dará lugar a una reducción del atractivo de los productos de tabaco está viciada. Aducen asimismo que el empaquetado genérico no reducirá el factor "guay" que tienen los paquetes con marca para los adolescentes[1776] y, en el mejor de los casos, hará que las actitudes con respecto a algunas marcas sean menos positivas y las actitudes con respecto a otras marcas sean más positivas.[1777] Los reclamantes aducen además que, aun suponiendo que el atractivo de los productos de tabaco pudiera reducirse mediante el empaquetado genérico, esto no tendría el efecto de "subsiguiente" previsto en las conductas tabáquicas, porque el empaquetado no es un determinante de las conductas pertinentes, a saber, el inicio del hábito de fumar, la cesación o la recaída.

7.648. A la luz de los argumentos de las partes, y teniendo en cuenta los elementos constitutivos de la "cadena causal" en el marco del primer mecanismo de las medidas, examinamos a continuación los siguientes aspectos del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP, en relación con este "primer mecanismo"[1778]:

- el papel del empaquetado del tabaco como forma de publicidad o promoción, y su repercusión en la percepción de los productos de tabaco;
- la repercusión del empaquetado *genérico* del tabaco en el atractivo de los productos de tabaco; y
- la repercusión de una reducción del atractivo del producto en las *conductas* tabáquicas.

El empaquetado del tabaco como forma de promoción o publicidad

7.649. Australia considera que el empaquetado del tabaco es una forma de comercialización y publicidad que puede generar percepciones positivas acerca de un producto, y que la publicidad aumenta la demanda de productos de tabaco.[1779] Explica que "al eliminar una de las últimas fronteras restantes para la publicidad del tabaco en Australia mediante la introducción del empaquetado genérico de los productos de tabaco, Australia trató de romper el vínculo entre el empaquetado de los productos de tabaco y la conducta tabáquica, especialmente en el caso de los jóvenes".[1780] Los reclamantes consideran, sin embargo, que el empaquetado no es una forma de publicidad y no tiene efectos en la decisión de fumar.[1781] Por consiguiente, a su entender, la

[1776] Véase el informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafos 54-57.
[1777] Véase el informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafos 27-32.
[1778] Como se señala *supra*, examinaremos las pruebas relativas a la aplicación de las medidas TPP en la siguiente parte de nuestro análisis. Véase la sección 7.2.5.3.6 *infra*.
[1779] Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 66-91 y 615-626.
[1780] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 61. (no se reproduce la nota de pie de página).Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 227-236.
[1781] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 443-454; la respuesta de Honduras a la pregunta 102 del Grupo Especial; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 671-686; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 102 del Grupo Especial; la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 27-28; la respuesta de Indonesia a la pregunta 102 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 197-200; y la respuesta de Cuba a la pregunta 102 del Grupo Especial.

adopción del empaquetado genérico no elimina "una de las últimas fronteras restantes para la publicidad".[1782]

Principales argumentos de las partes

7.650. Los reclamantes aducen que hay diferencias importantes entre los medios publicitarios generales, que son muy versátiles en cuanto a su capacidad para crear imaginería de una marca, y el limitado papel que el empaquetado con marca puede desempeñar en la comunicación de mensajes.[1783] Aducen asimismo que el empaquetado tiene que cumplir funciones de identificación que necesariamente limitan su capacidad para transmitir mensajes en la forma en que lo hacen los medios publicitarios de masas.[1784] Australia responde que el empaquetado puede crear un efecto de "valla publicitaria" que puede actuar como una serie de "anuncios de cinco segundos para el producto"[1785], y que el empaquetado logra resultados similares a los de muchas formas de publicidad en los medios de difusión, y "en algunos casos mejores".[1786]

7.651. Las partes analizan también la medida en que el empaquetado con marca actúa como una forma de publicidad en el sector de tabaco. Los reclamantes aducen que el empaquetado con marca en los productos de tabaco se utiliza a efectos de "diferenciación de la marca", es decir, para influir en la decisión del consumidor de comprar una marca con preferencia a otra, no para influir en la decisión de comprar un producto de tabaco.[1787] Australia responde que el empaquetado del tabaco "puede comunicar a un consumidor información descriptiva y convincente de una manera que influye en sus percepciones acerca de la marca, la imagen de la marca y el propio producto".[1788] Presenta ejemplos de documentos de la rama de producción de tabaco para demostrar que las propias empresas tabacaleras han reconocido que el empaquetado se utiliza como medio publicitario.[1789]

7.652. Las partes también discrepan acerca de la medida en que el empaquetado del tabaco puede actuar como publicidad en el contexto australiano, es decir, en presencia de, entre otras cosas, una prohibición total de la publicidad, restricciones a los puntos de venta, y ASG que ocupan un 75% de la superficie del paquete.[1790] Los reclamantes consideran que las diferencias entre el empaquetado y la publicidad en los medios de difusión son especialmente notables en el "mercado oscuro" de Australia, donde ASG "dominantes y feas" dejan muy poco espacio para la marca; no hay ninguna posibilidad de que el empaquetado recuerde o evoque la publicidad como parte de una combinación de comunicaciones; y no hay prácticamente ninguna oportunidad para que un posible consumidor vea el limitado espacio disponible para la marca.[1791] A juicio de los reclamantes, en este contexto "no es creíble sugerir que la utilización de marcas de fábrica o de

[1782] Primera comunicación escrita de la república Dominicana, párrafo 671.

[1783] Véase, por ejemplo, el informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 12 y 66-75. Observamos que tanto Cuba como Indonesia se han apoyado en ese informe, que fue presentado por la República Dominica y Honduras. Véanse la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 27-28; la respuesta de Indonesia a la pregunta 102 del Grupo Especial; y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 198.

[1784] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 676; el informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafo 69; y el informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafo 25.

[1785] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 72 (donde se hace referencia al informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 16).

[1786] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 17.

[1787] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación de Honduras, párrafo 453; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 304; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 666; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 102 del Grupo Especial, párrafo 77; y el informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 9, 50-60, 110 y 114.

[1788] Informe de Dubé (Prueba documental AUS-11), párrafo 13.

[1789] Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 67-69; la declaración inicial de Australia en la primera reunión con el Grupo Especial, párrafo 18; y la declaración inicial de Australia en la segunda reunión con el Grupo Especial, párrafo 32.

[1790] Véanse las secciones 2.2.1-2.2.2 y 2.2.4.

[1791] Este argumento se desarrolla especialmente en un informe de experto elaborado por el Profesor Steenkamp, en el que se apoyan los reclamantes. Véase el informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 13, 76-86 y 116.

comercio no engañosas en el resto del paquete convertiría este en un instrumento publicitario" o crearía asociaciones positivas.[1792]

7.653. Australia considera, por el contrario, que el hecho de que Australia sea un mercado oscuro "probablemente aumenta" la capacidad del paquete para servir como un instrumento publicitario eficaz.[1793] Este argumento se desarrolla en dos informes de expertos presentados por Australia, redactados por los Profesores Dubé y Tavassoli, respectivamente. El Profesor Dubé aduce que las impresiones de mercadotecnia son creadas por el empaquetado principalmente en el punto de consumo (y no en el punto de venta), y que hay pruebas que indican que los medios publicitarios pueden ser elementos sustitutivos en lugar de complementarios.[1794] El Profesor Tavassoli considera que el empaquetado proporciona "un poderoso medio de publicidad" en el contexto australiano, y analiza varios conceptos ("atención selectiva"[1795], "tamaño-invarianza") en apoyo de la idea de que el poder de la imaginería de la marca en el empaquetado no depende de su tamaño.[1796] El Profesor Steenkamp responde que los ejemplos del Profesor Tavassoli no pueden explicar la repercusión del empaquetado genérico de los productos de tabaco en la demanda global, ya que se refieren a condiciones de mercado que no reflejan el contexto australiano.[1797] El Profesor Steenkamp también responde a la crítica del Profesor Dubé, afirmando que los estudios en que el Profesor Dubé se apoya para concluir que el empaquetado del tabaco sería más efectivo en un "mercado oscuro" no respaldan esa conclusión.[1798]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.654. No estimamos necesario, a efectos de nuestras constataciones, determinar en abstracto lo que constituiría una caracterización de libro de texto adecuada del empaquetado de los productos en relación con la publicidad y, en particular, si en términos generales puede considerarse que el "empaquetado" es un medio de publicidad y promoción[1799] o debe más bien caracterizarse como algo relacionado principalmente con el propio producto.[1800]

7.655. Antes bien, a nuestro entender, la cuestión pertinente que se nos plantea es más concretamente la medida en que puede considerarse que los aspectos de los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos regulados por las medidas TPP pueden desempeñar un papel de promoción y comunicación acerca de los productos de tabaco[1801], y la medida en que esto puede, como tal, tener repercusión en las percepciones relativas a esos productos. Esta cuestión es pertinente para nuestra determinación, en la medida en que una comprensión de la posible repercusión del empaquetado del tabaco en las percepciones acerca de los productos de tabaco informará nuestra evaluación de la capacidad de las medidas TPP, que reglamentan los productos del tabaco mediante la *eliminación* de diversas características de la marca en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor, de afectar al atractivo de estos productos para el consumidor (y, como consecuencia de ello, de afectar a las conductas tabáquicas y

[1792] Véanse, por ejemplo, las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafo 196.
[1793] Declaración inicial de Australia en la segunda reunión con el Grupo Especial, párrafo 39.
[1794] Informe de Dubé (Prueba documental AUS-11), párrafo 13; e informe de réplica de Dubé (Prueba documental AUS-583), párrafo 1.
[1795] Con arreglo a la descripción del Profesor Tavassoli, por "atención selectiva se entiende el proceso de determinación de cuál de los elementos de información competidores debe procesarse". Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 110. Véase también *Ibíd*., párrafos 111-113.
[1796] Informe de réplica de Tavassoli (Prueba documental AUS-588), encabezamiento 2 y párrafos 21-24. Véase también el informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafos 25-34.
[1797] Informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafos 46-47.
[1798] Segundo Informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-19), párrafos 26-31.
[1799] Véanse el informe de Dubé (Prueba documental AUS-11), párrafos 25-26; y el informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 16.
[1800] Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 673; el informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 26-33 y figura 3.1; y el informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafos 50-54.
[1801] En ese sentido, Honduras considera que el debate sobre si el empaquetado es o no un medio de publicidad no es pertinente, en cuanto que acepta que el empaquetado puede ser un vehículo de comunicación, pero no todas las formas de comunicación son medios de publicidad. Véanse las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafo 195. Véanse también las observaciones de Cuba sobre las respuestas de Australia a las preguntas 166, 170 y 204 del Grupo Especial, párrafo 30 (donde se indica que la determinación de si el uso de una marca de fábrica o de comercio o una IG es un medio de "publicidad" es "irrelevante").

contribuir a reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos en Australia, entre otras cosas reduciendo su atractivo para el consumidor).

7.656. Observamos en primer lugar que algunos de los reclamantes, si bien hacen hincapié en la distinción entre comunicación y publicidad[1802], reconocen que el empaquetado del tabaco "puede ser un vehículo para comunicar percepciones de calidad a los consumidores".[1803] De hecho, los reclamantes por lo general explican la naturaleza de la repercusión económica de las medidas TPP para los fabricantes por referencia a su influencia en la posibilidad de comunicar al consumidor, mediante la marca en el empaquetado del tabaco, las cualidades de los productos de tabaco.[1804]

7.657. Observamos también que en varios escritos a que se hace referencia o que se han presentado como pruebas en estos procedimientos se identifican varios documentos de la industria que indican que la industria tabaquera ha utilizado efectivamente el empaquetado como un instrumento de comunicación, incluso en el mercado australiano:

> "A falta de cualquier otro mensaje de mercadotecnia, nuestro empaquetado ... es el único comunicador de la esencia de nuestra marca."[1805]
>
> "El medio más eficaz que ha tenido Australia para lograr que el consumidor observe algo nuevo después de las restricciones ha sido una consideración nueva/distinta del empaquetado."[1806]
>
> "En algunos mercados clave las restricciones legislativas significan que el único medio disponible para comunicarse con los consumidores es a través del empaquetado. El paquete se convierte en el principal vehículo de comunicación para transmitir la esencia de la marca. Para asegurarse de que la marca siga siendo pertinente para los consumidores a los que está destinada, especialmente en estos mercados cada vez más oscuros, es esencial que el propio paquete genere el nivel óptimo de modernidad, imagen juvenil y atractivo entre los consumidores ASU30 [Fumadores adultos menores de 30 años]".[1807]

7.658. Observamos asimismo que el uso del empaquetado con marca como instrumento publicitario para productos de tabaco fue reconocido en fechas tan recientes como 2014 en una declaración hecha por *British American Tobacco Australia* (BATA) en el contexto de las consultas sobre el empaquetado genérico realizadas para el Gobierno del Reino Unido: "las empresas tabacaleras, como otras empresas de bienes de consumo, ven el empaquetado con marca como un instrumento publicitario".[1808]

[1802] Véanse las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafo 195.

[1803] Observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafo 195. Véanse también las observaciones de Cuba sobre las respuestas de Australia a las preguntas 166, 170 y 204 del Grupo Especial, párrafo 34 (donde se hace referencia a una "función de comunicación de la marca de fábrica o de comercio" y se afirma que describir la exposición de una marca de fábrica o de comercio en un paquete como una "promoción" en lugar de una "comunicación" carece de importancia); observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafos 60 y 63 (donde se afirma, como un "hecho", que "la marca es un elemento de mercadotecnia y abre una vía de comunicación con los consumidores" y que "utilizar marcas de fábrica o de comercio para distinguir un producto incluye intrínsecamente la comunicación con los consumidores"); e informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (ICC), sección 4.1, página 19 ("Desde una perspectiva económica, la marca es una forma de comunicación").

[1804] Véase, por ejemplo, el párrafo 7.1092 *infra*.

[1805] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 67 (donde se cita Philip Morris, "*Marketing Issues Corporate Affairs Conference*" (Prueba documental AUS-82), página 21). Véase también el informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 70.

[1806] RJ Reynolds, *Australia Trip: Topline Learning* (Prueba documental AUS-83), página 2 (citado en la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 68). Véase también el informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 70.

[1807] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 8 (donde se cita British American Tobacco, Informe de 2001 relativo al empaquetado (Prueba documental AUS-23)). Véase también el informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 71.

[1808] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 69 (donde se hace referencia al informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 3.22). Véase también *JTI v. Commonwealth*, Transcripción (Prueba documental AUS-84), línea 735 (donde el asesor jurídico de *Japan Tobacco International*

7.659. A nuestro juicio, estos aspectos establecen suficientemente que el "empaquetado con marca" puede servir como un instrumento publicitario o de promoción de los productos de tabaco, y que de hecho así lo han considerado las empresas tabacaleras que operan en el mercado australiano, incluso en presencia de importantes restricciones a la publicidad en el período conducente a la entrada en vigor de las medidas TPP.[1809] Efectivamente, como observa Australia y sugieren las declaraciones de la industria citadas *supra*, el empaquetado del producto se ha convertido en el único medio disponible para la comunicación de la marca, en un contexto donde no se permite ninguna otra forma de promoción o publicidad de los productos de tabaco.[1810] Respaldan esta opinión un informe de 2012 del Director General de Sanidad de los Estados Unidos titulado *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults* en el que se considera que el empaquetado del tabaco es una "forma sumamente visible de comercialización" que adquiere mayor importancia como instrumento de promoción a medida que se van restringiendo más y más otras formas de mercadotecnia.[1811]

7.660. Las pruebas mencionadas *supra*, en particular las declaraciones de la propia industria tabacalera, indican también que una finalidad clave del uso de marcas en los productos de tabaco, incluido el empaquetado, es generar determinadas percepciones positivas del producto a ojos del consumidor, entre otras cosas, como se indica más arriba, para "generar el nivel óptimo de modernidad, imagen juvenil y atractivo" entre los consumidores.[1812] No estamos persuadidos de que las marcas en el empaquetado del tabaco no puedan cumplir esta función de promoción o generar determinadas percepciones positivas en presencia de las ASG ampliadas de Australia, que ocupan un 75% de la cara anterior del paquete.[1813]

7.661. Observamos asimismo que se ha documentado que el uso de determinadas características del diseño del empaquetado, como los colores, los elementos gráficos, la textura, la tipografía, los mecanismos de apertura y las formas, constituyen parte integrante del uso de las marcas en los paquetes de tabaco para la venta al por menor, a efectos de crear una imagen de marca y asociaciones positivas con los productos. Australia hace referencia a un corpus "considerable" de investigaciones que indican que determinados rasgos de la marca, como el color del paquete, un

---

hace referencia al paquete de cigarrillos como "nuestro tablón de anuncios"); e informe sobre Salud Pública de Chaloupka (Prueba documental AUS-9), párrafo 58.

[1809] Por lo que respecta a los cigarros (puros) y los cigarritos (puritos), observamos que en Parr *et al.* 2011b no se aborda directamente si el empaquetado del tabaco es una forma de publicidad en lo que respecta a los cigarritos y los cigarros. Pese a ello, sí se demuestra que la importancia del empaquetado para establecer percepciones y asociaciones relativas a la marca de tabaco también afecta a los fumadores de cigarritos, cigarros pequeños así como a los fumadores menos frecuentes de cigarros premium, y en menor medida también a los fumadores más frecuentes de cigarros premium: "Como en el caso de otras investigaciones sobre el empaquetado genérico, las asociaciones existentes tenían una repercusión significativa en la manera en que los fumadores veían determinadas marcas. En particular, el empaquetado es un medio importante de inspirar esas percepciones. Así ocurre en el caso del tabaco para liar, los cigarritos/cigarros pequeños y los fumadores menos frecuentes de cigarros premium. Por lo que respecta a los fumadores más frecuentes de cigarros, lo que sirve de marca de legitimidad y contiene información esencial sobre el producto, especialmente cuando se trata de cigarros vendidos sueltos, no es tanto el empaquetado como la vitola del cigarro". Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 11. Además, en Parr *et al.* 2011b se destaca la adhesión y fidelidad a la marca de los fumadores de cigarritos objeto del estudio: "Los fumadores de cigarritos considerados en el presente estudio tenían normalmente relaciones establecidas con la marca, y solo fumaban marcas específicas. Dicho esto, aunque había alguna sensación de que determinadas marcas eran de mejor calidad que otras, los fumadores de cigarritos no tenían por lo general mucho conocimiento anterior de marcas distintas de la que preferían". *Ibid.*, página 8.

[1810] Véase la sección 2.2.2 *supra*.

[1811] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 535.

[1812] British American Tobacco, Informe de 2001 relativo al empaquetado (Prueba documental AUS-23).

[1813] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 25 (donde se señala que los publicistas invierten en publicidad por emplazamiento que, al ser vista por los telespectadores, puede ser tan pequeñas como una marca que solo abarque el 25% del paquete) y párrafo 62 (donde se explica que la imaginería de marca en el empaquetado tendrá el mismo poder para dar sentido a los productos cuando cubren el 25% del paquete, porque el tamaño de la imagen no afecta al reconocimiento de la identidad de la imagen o a su repercusión en el ulterior procesamiento conceptual); informe de Dubé (Prueba documental AUS-11), párrafo 56 (donde se compara la marca en un paquete de cigarrillos con los anuncios transmitidos por Internet en los dispositivos móviles); informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 79 (es probable que "incluso un pequeño logotipo de marca en la parte inferior de un paquete produzca un afecto positivo que se ve reforzado miles de veces cuando el fumador saca un cigarrillo de un paquete con marca"); e informe de réplica de Tavassoli (Prueba documental AUS-588), párrafo 26 (donde se afirma que señales sutiles en el paquete pueden tener poderosos efectos).

elemento clave de la identidad de la marca[1814], afectan a las percepciones de los productos de tabaco y de quienes los fuman.[1815] Se ha demostrado que paquetes llamativos de colores brillantes, con diseños prominentes y atrevidos, evocan las imágenes positivas más potentes[1816], mientras que características como la forma del paquete pueden fortalecer la marca y hacer que los productos sean más atractivos.[1817]

7.662. Se hace referencia, por ejemplo, a investigaciones realizadas por la industria tabacalera que demostraron que los paquetes que se desviaban de la tradicional cajetilla dura recurriendo a características como gavetas deslizantes o esquinas redondeadas o biseladas se asociaban a atributos de imagen positiva.[1818] Pequeños y estrechos "paquetes perfumados" destinados a las mujeres han sido descritos como "glamurosos", mientras que un paquete con un logotipo en relieve se asoció a altos niveles de elegancia.[1819] Se han usado texturas o lacados para crear una sensación táctil que permita una conexión emocional o afectiva con el producto o el paquete, y se ha constatado que el uso de fragancias establece conexiones con las emociones, el humor y la memoria.[1820] Así pues, las características del empaquetado se han utilizado en apoyo de la "identidad de la marca", en virtud de la cual las marcas apelan al "yo ideal" o al "tipo" de persona que el consumidor aspira a ser.[1821]

7.663. Habida cuenta de lo anterior, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que el empaquetado del tabaco no puede actuar como un instrumento de publicidad o promoción, incluso en el "mercado oscuro" de Australia.[1822] Por el contrario, las pruebas que tenemos ante nosotros indican que el empaquetado del tabaco puede utilizarse como un instrumento de promoción. Más concretamente, las pruebas que tenemos ante nosotros también indican que puede ser utilizado, y de hecho lo ha sido, para generar percepciones positivas de los productos de tabaco.

7.664. Estas constataciones concuerdan con determinadas declaraciones que figuran en las Directrices relativas al artículo 3 del CMCT.[1823] El párrafo 3 c) del apartado "Finalidad y Objetivos" de esas Directrices dispone que "una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco se aplica a toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial y toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco".[1824] El párrafo 8 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT establece además que "[l]a publicidad y la promoción del tabaco' no se limitan a 'comunicaciones', sino que comprenden también

[1814] Véase *Cancer Research UK* (Prueba documental AUS-90), párrafo 1.5.1.

[1815] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 145. Véase también informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafos 74-77; informe de Dubé (Prueba documental AUS-11), párrafos 28-29 y 32; Monográfico del NCI sobre el control del Tabaco Nº 19 (Prueba documental AUS-77), páginas 107-108; J.R. Difranza, D.M. Clark y R.W. Pollay, "*Cigarette Package Design: Opportunities for Disease Prevention*", *Tobacco Induced Diseases*, volumen 1, Nº 2 (2003) (Difranza *et al.* 2003) (Prueba documental AUS-92), página 101; y Hoek *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-163, JE-24(35)), páginas 632, 634 y 636.

[1816] *Cancer Research UK* (Prueba documental AUS-90), párrafo 4.3.6. Véase también el informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 98.

[1817] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 13.

[1818] K. Kotnowski y D. Hammond, "*The Impact of Cigarette Pack Shape, Size and Opening: Evidence from Tobacco Company Documents*", *Addiction*, volumen 108, Nº 9 *(2013)*, página 1658 (Kotnowski y Hammond 2013) (Prueba documental AUS-139), página 1660. Véase también el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 168.

[1819] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 169-170 y 226.

[1820] Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 14-15.

[1821] Véase el informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafos 74-85.

[1822] Véase la nota 1338 *supra*.

[1823] Como se señala *supra*, estas Directrices fueron adoptadas en 2008 por la Conferencia de las Partes en el CMCT en 2008 para ayudar a cada parte a aplicar, "de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales", una "prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco", conforme al artículo 13 del Convenio. CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 13, párrafo 2; y artículo 13 de las Directrices relativas al artículo 13 del MCTC, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21). Las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT "[d]an ... orientaciones" a las Partes en el CMCT para introducir y hacer cumplir esa prohibición (o, a las Partes que no estén en condiciones de implantar una prohibición total, para aplicar restricciones lo más completas posible a la "publicidad, la promoción y el patrocinio"). Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 1. Véanse también las secciones 2.4 y 7.2.5.2 *supra*.

[1824] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 3c). (no se reproducen las cursivas)

'recomendaciones' y 'acciones', que deberían abarcar al menos las categorías siguientes: [...] d) *empaquetado promocional y características de diseño de productos*".[1825] Por otra parte, el párrafo 9 detalla las formas en que "[l]os efectos promocionales, tanto directos como indirectos, pueden ser resultado" de la utilización, entre otras cosas, de:

> [P]alabras, dibujos, imágenes, sonidos y colores, incluidos nombres de marcas, nombres comerciales, logotipos, nombres de fabricantes o importadores de tabaco y colores o combinaciones de colores asociados con productos, fabricantes o importadores de tabaco, o de la utilización de una o más partes de palabras, dibujos, imágenes o colores. La promoción de las empresas tabacaleras mismas (llamada a veces promoción empresarial) es una forma de promoción de productos de tabaco o del consumo de este, aunque no se presenten nombres de marcas o nombres comerciales. La publicidad, incluida la exhibición, y el patrocinio de accesorios para fumar, como papeles o filtros para cigarrillos o equipo para enrollar cigarrillos, así como las imitaciones de productos de tabaco, también pueden tener el efecto de promover productos de tabaco o el consumo de estos.[1826]

7.665. A su vez, el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 CMCT declara lo siguiente:

> El empaquetado es un elemento importante de la publicidad y la promoción. Los paquetes de tabaco o rasgos distintivos de productos de tabaco se utilizan de diversas maneras para atraer a los consumidores, promover productos y cultivar y promover una identidad de marca, por ejemplo recurriendo a logotipos, colores, tipos de letras, imágenes, formas y materiales adjuntados a paquetes o a cigarrillos u otros productos de tabaco sueltos, o insertados en el interior de los paquetes.[1827]

7.666. Teniendo presentes esas determinaciones, procedemos a examinar los argumentos de los reclamantes de que el empaquetado *genérico* del tabaco no puede *reducir* el atractivo de los productos de tabaco para el consumidor y, como consecuencia de ello, influir en las conductas tabáquicas. Como se señala *supra*, en esta etapa de nuestro análisis nos centramos en las pruebas relacionadas con el diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas. Luego, en la sección 7.2.5.3.6 *infra*, procederemos a examinar las pruebas pertinentes relacionadas con la aplicación efectiva de las medidas TRANSPORTE.

Repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los productos de tabaco

7.667. Como se señala *supra*[1828], los reclamantes consideran por lo general que las publicaciones que apoyan el empaquetado genérico del tabaco (las publicaciones TPP) carecen del rigor metodológico necesario para sostener la aseveración de que las medidas TPP pueden contribuir al logro de su objetivo. Este corpus de publicaciones incluye varios estudios relacionados parcial o totalmente con la repercusión prevista del empaquetado genérico del tabaco en el atractivo de los productos de tabaco. Australia discrepa de esas críticas y responde que numerosos estudios han establecido que el empaquetado genérico del tabaco reduce el atractivo de los productos de tabaco reduciendo la vistosidad del empaquetado, reduciendo las percepciones positivas del gusto, y reduciendo las percepciones positivas de los fumadores.[1829]

7.668. Australia se remite a varios estudios empíricos[1830], así como al examen de Stirling analizado *supra*[1831], los cuales, según aduce, han constatado que los fumadores, especialmente los

---

[1825] Directrices relativas a la aplicación del artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 8. (las cursivas son nuestras)

[1826] Directrices relativas a la aplicación del artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 9.

[1827] Directrices relativas a la aplicación del artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 15. El párrafo 15 figura bajo el epígrafe "Empaquetado y rasgos distintivos de productos", en el que, como se señala *supra*, el "envasado sencillo" se describe en el párrafo 16 y se recomienda en la "*Recomendación*" que sigue al párrafo 17. *Ibid*., anexo, párrafos 15-17. Véanse también la sección 2.4 y los párrafos 7.314-7.315 *supra*.

[1828] Véase "Principales argumentos de las partes" en la sección 7.2.5.3.5.1 *supra*.

[1829] Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 148-162.

[1830] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 151, nota 250 (donde se hace referencia a Centre for Health Promotion 1993 (Pruebas documentales AUS-142, JE-24(14)); Bondy *et al.* 1994 (Pruebas documentales AUS-143, JE-24(7)); d'Avernas *et al.* 1997 (Prueba documental AUS-144)); Rootman y Flay

jóvenes, consideran que los productos de tabaco con empaquetado genérico son por lo general menos atractivos que los productos equivalentes sin empaquetado genérico.[1832] Australia aduce también que lo mismo cabe decir en lo que respecta a determinados segmentos de la población, como las mujeres que son el objetivo de elementos de diseño femeninos en paquetes asociados con mayores niveles de atracción[1833], y sujetos de diversas culturas y condiciones demográficas.[1834]

7.669. Australia destaca que el examen de Stirling resumió esos datos probatorios y constató lo siguiente:

> Por lo que respecta a la vistosidad, los paquetes genéricos se perciben como menos atractivos, excitantes, actuales, guay, estilosos, llamativos, bonitos y coloridos que los paquetes con marca, y eran menos susceptibles de ser escogidos en las pruebas de preferencia. Determinados estudios que testaron una gama de paquetes con marca y sin ella constataron que los paquetes eran calificados más negativamente a medida que se eliminaban más elementos de la marca.[1835]

7.670. Australia concluye que el empaquetado genérico del tabaco, al modificar las percepciones positivas de los consumidores con respecto a los productos de tabaco, tiene por consecuencia una reducción del atractivo global de los productos de tabaco y de las percepciones positivas de quienes los fuman.[1836]

7.671. El experto de Australia Profesor Fong identifica a su vez varios estudios que, según sostiene, han demostrado que los productos de tabaco en empaquetado genérico son sustancialmente menos atractivos para los fumadores jóvenes, así como para fumadores de todas las edades.[1837] El Profesor Fong se remite a las constataciones del informe inicial del examen de Stirling y observa lo siguiente:

1995 (Pruebas documentales AUS-145, JE-24(53)); Boletín del ISR (Prueba documental AUS-146)); Beede *et al.* 1990 (Pruebas documentales AUS-147, JE-24(4)); Hoek *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-148, JE-24(34)); Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)); Bansal *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-150, JE-24(3)); Donovan 1993 (Pruebas documentales AUS-151, JE-24(16)); y Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-152, JE-24(23))).

[1831] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 151, nota 249 (donde se hace referencia al informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), y un predecesor del informe de Stirling, C. Moodie, G. Hastings y A. Ford, "*A Brief Review of Plain Packaging Research for Tobacco Products*", *Institute for Social Marketing*, Universidad de Stirling (2009) (Moodie *et al.* 2009) (Prueba documental AUS-141)).

[1832] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 151, nota 251 (donde se hace referencia a Beede *et al.* 1990 (Pruebas documentales AUS-147, JE-24(4)); Beede y Lawson 1991 (Pruebas documentales AUS-153, JE-24(5)); Centre for Health Promotion 1993 (Pruebas documentales AUS-142, JE-24(14)); Rootman y Flay 1995 (Pruebas documentales AUS-145, JE-24(53)); Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)); Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)); y Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44))).

[1833] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 151, nota 252 (donde se hace referencia a Doxey y Hammond (Pruebas documentales AUS-156, JE-24(17)); y a Hammond *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-157, JE-24(30)).

[1834] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 151, nota 253 (donde se hace referencia a Hammond *et al.* 2013b (Pruebas documentales AUS-158, JE-24(31)); a Al-hamdani 2011 (Prueba documental AUS-159); a White *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-160, JE-24(66)); a Van Hal *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-161, JE-24(60)); a Gallopel-Morvan *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-162, JE-24(24)); y a Hoek *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-163, JE-24(35))).

[1835] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 151 (donde se cita el informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 84).

[1836] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 152.

[1837] Véase el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 200 (donde se hace referencia, en lo tocante a los fumadores jóvenes, a: Beede *et al.* 1990 (Pruebas documentales AUS-147, JE-24(4)); Bondy *et al.* 1994 (Pruebas documentales AUS-143, JE-24(7)); Centre for Health Promotion 1993 (Pruebas documentales AUS-142, JE-24(14)); d'Avernas *et al.* 1997 (Prueba documental AUS-144); Northrup and Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)); y Rootman y Flay 1995 (Pruebas documentales AUS-145, JE-24(53)); y con respecto a los fumadores de todas las edades: Bansal-Travers *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-150, JE-24(3)); Donovan 1993 (Pruebas documentales AUS-151, JE-24(19)); Hoek *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-148, JE-24(34)); y Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)), y donde se afirma que dos de los estudios señalan una mayor repercusión en el caso de los jóvenes).

> 1) Los 19 estudios identificados constataron todos que tanto los adultos como los niños consideraban que los paquetes genéricos eran menos atractivos que los paquetes con marca equivalentes, o nada atractivos; 2) Los 12 estudios en los que se compararon percepciones de los paquetes genéricos y con marca constataron que tanto los adultos como los niños percibían los paquetes genéricos como productos de inferior calidad; 3) Los paquetes genéricos obtuvieron reiteradamente calificaciones más bajas que los paquetes con marca en lo que respecta a los atributos de personalidad proyectados (por ejemplo, "popular" y "guay"); 4) Determinados experimentos visuales que midieron la fuerza de la asociación entre marcas específicas y tipos de personas constataron que la asociación entre ciertas marcas y la identidad de los fumadores se debilitaba o desaparecía con el empaquetado genérico; 5) Algunos estudios constataron que se percibía que era más probable que los fumadores de paquetes genéricos fueran personas "más viejas" o "menos a la moda" que los fumadores de paquetes con marca; y 6) En los 10 estudios cualitativos que examinaron el atractivo se constató que: a) los colores de los paquetes genéricos tienen connotaciones negativas; b) los paquetes genéricos debilitan la adhesión a las marcas; c) los paquetes genéricos proyectan una identidad del fumador menos deseable; y d) los paquetes genéricos ponen de manifiesto la realidad del hábito de fumar.[1838]

7.672. Como se señala *supra*, los reclamantes rechazan la pertinencia y la calidad de las publicaciones TPP en general. El ámbito del examen y la crítica que hacen los reclamantes de las publicaciones TPP coincide en parte con el de los estudios relativos a la repercusión de las medidas TPP en el atractivo de productos de tabaco en que se apoya Australia, pero no es idéntico. Globalmente, 40 de los 51 trabajos identificados por el examen de Stirling y/o el informe de Chantler como relacionados con la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en el atractivo de los productos de tabaco[1839] también fueron evaluados en al menos uno de los tres exámenes de las publicaciones TPP presentados por los reclamantes, el proyecto de examen por homólogos[1840], el examen Sistemático de Kleijnen[1841], y/o el examen realizado por el Profesor Klick.[1842] Australia se ha apoyado en 29 de ellos[1843] en el curso de los presentes procedimientos, como pone de manifiesto el hecho de que se presentaran al Grupo Especial como pruebas documentales.[1844] Australia también hace referencia a varios otros trabajos que no fueron examinados en uno de los tres exámenes de las publicaciones TPP presentados por los reclamantes.[1845]

[1838] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 201.

[1839] Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes. Observamos que los examinadores de los estudios cuantitativos del informe de Chantler no identificaron el "atractivo" como un "resultado principal" con respecto a uno de los documentos, Pechey *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(51)). Hemos incluido ese trabajo en nuestro recuento porque el examinador de los estudios cualitativos del informe de Chantler, que también examinó dicho trabajo, sí consideró que el "atractivo" era uno de los "principales resultados abarcados". Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 55; y anexo E, página 61. Señalamos asimismo que el examen de Stirling no identificó el "atractivo" como un "tipo de constatación" en Carter S M, Chapman S (2006). Los fumadores y los no fumadores hablan de opciones reglamentarias para el control del tabaco. *Tobacco Control*, 15(5): 398-404. http://dx.doi.org/10.1136/tc.2006.015818 (no figura en el expediente). También hemos incluido este trabajo en nuestra cuenta ya que el examinador de los estudios cualitativos del informe de Chantler sí consideró que el "atractivo" era uno de los "principales resultados abarcados". Véanse el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 32; y el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 60.

[1840] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3).

[1841] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4).

[1842] Informe de Klick sobre los escritos TPP (Prueba documental UKR-6).

[1843] Señalamos, además, que Australia ha presentado un artículo, en el que se ha apoyado, de un boletín cuyos autores eran los mismos investigadores, y aparentemente se refiere al mismo estudio como otro trabajo que fue examinado en los tres exámenes de las publicaciones TPP presentados por los reclamantes, y evaluado en el examen de Stirling y el informe de Chantler por su medición de la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en el atractivo de los productos de tabaco. Compárese Northrup y Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)), con el Boletín del ISR (Prueba documental AUS-146).

[1844] Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes.

[1845] Véase, por ejemplo, Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176); Wakefield 2011 (Prueba documental AUS-172); Hammond y Parkinson 2009 (Prueba documental AUS-165); Wakefield *et al.* 2002 (Pruebas documentales AUS-93, CUB-28); Gendall *et al.* 2012 (Prueba documental AUS-178);

7.673. Como se ha señalado *supra*, no creemos que estemos en condiciones de extraer conclusiones definitivas acerca de las ventajas metodológicas de cada estudio individual a que se hace referencia en relación con la repercusión del empaquetado genérico en varios resultados medidos pertinentes, ni que sea apropiado que lo hagamos. Como se indica *supra*, lo que hemos de examinar más bien es la medida en que el corpus de pruebas que tenemos ante nosotros, en su conjunto, proporciona un fundamento razonable para apoyar la aseveración para la que se invoca, es decir, en este caso, la aseveración de que el empaquetado genérico de los productos de tabaco resultará en una reducción del atractivo de dichos productos para los consumidores. Como se señala *supra*, en esta evaluación nos parece pertinente tener en cuenta la medida en que los testimonios científicos invocados tienen "el rigor científico y metodológico necesario para que se considere[n] información científica digna de crédito"[1846], así como la medida en que el uso que se está haciendo de ellos es "objetivo y coherente".[1847]

7.674. Por lo que respecta al rigor metodológico de los estudios pertinentes, y a pesar de las posibles limitaciones de algunos estudios individuales, consideramos que el examen de Stirling y el informe de Chantler proporcionan pruebas dignas de crédito en lo que respecta a la idoneidad del rigor metodológico de los estudios que evaluaron la posible repercusión de empaquetado genérico del tabaco en el atractivo de los productos de tabaco, considerados en su conjunto. De los 40 trabajos en los que se medía la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en el atractivo de los productos de tabaco (determinados por el examen de Stirling y/o el informe de Chantler), y que fueron examinados en uno o más de los exámenes de las publicaciones TPP presentados por los reclamantes[1848], 29 fueron calificados por su calidad en el curso del examen de Stirling inicial. Dos de ellos obtuvieron una calificación "alta", y 27 obtuvieron una calificación "media".[1849] Cuatro de los trabajos que obtuvieron una calificación media obtuvieron también una calificación "baja" en lo tocante a la parte de sus estudios subyacentes relativa al grupo focal.

7.675. Treinta y cinco de los 40 trabajos examinados en uno o más de los 3 exámenes de las publicaciones TPP presentados por los reclamantes e identificados en el examen de Stirling y/o el informe de Chantler como relacionados con el "mecanismo" de atractivo, también fueron calificados por los examinadores independientes del informe de Chantler. A 23 de ellos se asignó una puntuación de entre 5 y 6 (que indica alta calidad/bajo riesgo de sesgo), mientras que los restantes 12 obtuvieron una puntuación de entre 3 y 4,5 (que indica calidad moderada/sesgo moderado).[1850] Así pues, el examinador independiente de los estudios cualitativos concluyó que "globalmente los documentos son satisfactorios" mientras que los examinadores de los estudios cuantitativos afirmaron que las conclusiones extraídas en el examen de Stirling (que incluían, entre otras cosas, que el empaquetado genérico del tabaco reduciría el atractivo de los productos de tabaco) "reflejaban razonablemente las pruebas disponibles".[1851]

7.676. Destacamos asimismo que las características del empaquetado normalizadas por las medidas TPP están en la línea de las que fueron evaluadas en las publicaciones TPP y en otros estudios en que Australia se apoya. Concretamente, en los estudios se consideraba la presencia, el tamaño, la ubicación y el uso de, entre otras cosas, colores, tipos de letra, diseños, formas, mecanismos de apertura, elementos descriptivos y advertencias en el empaquetado del tabaco.[1852]

Kotnowski 2013 (Prueba documental AUS-138); Kotnowski y Hammond 2013 (Prueba documental AUS-139); d'Avernas *et al.* 1997 (Prueba documental AUS-144); Difranza *et al.* 2003 (Prueba documental AUS-92); y Hammond 2010 (Pruebas documentales AUS-91, JE-24(28)).

[1846] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la suspensión*, párrafos 591-592. Véase también *ibid*., párrafos 598 y 601.

[1847] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la suspensión*, párrafos 592, 598 y 601.

[1848] Véanse el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4); el proyecto de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3); y el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6).

[1849] Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes; y el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), cuadro 4.1.

[1850] Véanse el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes; y el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-55 y anexo E, páginas 60-62.

[1851] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 49, y anexo E, página 56.

[1852] Véase, por ejemplo, el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), cuadro 4.1, páginas 25-37.

En la medida en que la descripción en la Ley TPP del primer "mecanismo" subyacente al diseño y la estructura de las medidas TPP es muy acorde con el resultado medido en los estudios pertinentes, constatamos también que el recurso de Australia a esta base probatoria en apoyo de la capacidad de las medidas TPP para contribuir a su objetivo reduciendo el atractivo de los productos de tabaco es "coherente y objetivo".[1853]

7.677. Observamos asimismo que Australia ha tratado de asegurarse de que las características que todavía se permiten en los paquetes de tabaco con arreglo a las medidas TPP, en particular el color de fondo y el tipo de letra en el 25% del paquete no cubierto por las ASG, se seleccionen con miras a reducir al mínimo su atractivo.[1854] También a este respecto, en la medida en que Australia ha adoptado prescripciones TPP que tienen por objeto actuar sobre el tipo de diseño y otras características que en las publicaciones TPP se señala afectan al atractivo de los productos de tabaco, y reducir al mínimo su vistosidad, constatamos asimismo que el recurso de Australia a este corpus de pruebas es "coherente y objetivo".

7.678. Tomamos nota de que en uno solo de los estudios citados, Parr *et al.* 2011b[1855], se abordó concretamente la repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los cigarros (puros) y los cigarritos. Por lo que respecta a los fumadores de cigarritos/cigarros pequeños, se señala que los paquetes genéricos se consideran los "menos atractivos"[1856] o "menos agradables al paladar".[1857] Además, en debates cualitativos reseñados en ese estudio se constató reiteradamente que el paquete genérico no era sugestivo ni atractivo, lo cual estaba fuertemente vinculado con percepciones de baja calidad. En particular, se tenía la impresión de que el empaquetado genérico tiene un efecto significativo en la disminución del atractivo de fumar cigarritos.[1858] Por lo que respecta a los fumadores de cigarros (puros) premium, en Parr *et al.* 2011b se constató que "diferían considerablemente en su actitud con respecto a los cigarros en comparación con los fumadores de otros productos de tabaco", ya que "se considera que fumar cigarros es una opción, y no una adicción o un hábito", y "se ve como un lujo, y la mayoría de las veces se hace en conjunción con una actividad específica, en una ocasión específica, o en una ubicación específica".[1859]

7.679. Dentro del grupo de fumadores de cigarros (puros) premium, en Parr *et al.* 2011b se hacía una distinción entre fumadores menos frecuentes[1860] y fumadores más frecuentes y experimentados[1861], identificándolos como dos "tipos muy distintos de fumadores de cigarros".[1862]

[1853] Destacamos asimismo que las medidas TPP abordan, además del empaquetado de los productos de tabaco, la apariencia de los propios productos, incluidas las vitolas de los cigarros (puros). Esto, a nuestro entender, es coherente con el objetivo de impedir que las características de diseño abordadas por las medidas TPP sirvan como instrumentos de promoción y publicidad y creen los tipos de asociaciones con los productos analizadas *supra*, produciendo así un efecto comparable al del empaquetado.

[1854] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 118; y Parr *et al.* 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49), página 6.

[1855] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)).

[1856] Concretamente, en ensayos cuantitativos se observó por lo general que la lata de cigarritos genérica era la menos atractiva y la que contenía los cigarritos de menor calidad. Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50), página 8.

[1857] En los debates cualitativos, los participantes opinaron que los cigarrillos contenidos en el paquete genérico eran los menos agradables al paladar, y los que menos desearían fumar ellos mismos. Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 9.

[1858] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 9.

[1859] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 9.

[1860] Según Parr *et al.* 2011b "los fumadores menos frecuentes de cigarros (puros) premium incluidos en el estudio tendían a fumar un cigarro (puro) premium unas dos veces al mes en promedio (los fumadores que fumaban cigarros menos frecuentemente fueron excluidos de participar en el estudio). Algunos de los fumadores menos frecuentes de cigarros también fumaban otros productos de tabaco, incluidos cigarrillos. Aunque se sentían movidos a fumar cigarrillos por el hábito, fumar cigarros se consideraba un placer ocasional. El fumar cigarros estaba generalmente asociado a una actividad específica, como un juego de naipes, o una ocasión específica, como un logro en el trabajo. Estos fumadores de cigarros sabían menos acerca de los cigarros premium y de la manera de determinar la calidad, por lo que estaban más influidos por los nombres de las marcas. Tenían más probabilidades de asumir la calidad sobre la base del origen, que conocer con más detalle la diferencia como los fumadores más frecuentes de cigarros". Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 9.

[1861] Según Parr *et al.* 2011b, "los fumadores más frecuentes de cigarros (puros) estaban sumamente bien informados sobre los distintos tipos de cigarros, y fumaban regularmente distintas marcas de cigarros para disfrutar y para aprender. La preferencia por una marca específica dependía de una combinación de factores, como la mejor relación calidad-precio, el tiempo disponible para disfrutar del cigarro, la compañía, y

En lo tocante a los fumadores menos frecuentes de cigarros, en Parr *et al.* 2011b se constata que "obsequiar" o regalar cigarros podría desempeñar un papel importante en el atractivo percibido, y que el tubo genérico tiene un efecto notable en la percepción del atractivo del hábito de fumar cigarros.[1863] A la inversa, en Parr *et al.* 2011b se concluye que los tubos de cigarros genéricos no tenían la misma repercusión en cuanto a reducir el atractivo o la atracción de fumar cigarros entre los fumadores de cigarros más frecuentes o entendidos.[1864]

7.680. En general, en Parr *et al.* 2011 se concluye que "hay ... diferencias en la magnitud de la repercusión [del empaquetado genérico, incluidas las ASG] en función de los tipos de fumadores de cigarros (puros) de que se trate":

> En general, los fumadores de cigarros más frecuentes y entendidos señalaron que tenían la impresión de que el empaquetado genérico sería más bien un estorbo, pero en última instancia no afectaría a su conducta tabáquica. En contraste, los fumadores de cigarros menos frecuentes y más ocasionales registraron una impresión mucho más fuerte de que el empaquetado genérico puede tener un efecto significativo en su conducta tabáquica debido a una reducción del atractivo de los cigarros.[1865]

7.681. Por consiguiente, en definitiva, el único estudio previo a la implementación que aborda concretamente la repercusión del empaquetado genérico en los cigarros (puros) y los cigarritos (puritos) sugiere que los fumadores de cigarritos o cigarros pequeños y los fumadores menos frecuentes de cigarros premium consideraban que los productos con empaquetado genérico eran

---

la calidad percibida del tabaco utilizado en el cigarro puro. El nombre de la marca y la variante del cigarro (puro) proporcionan una indicación de este tipo de información sobre el producto. Los fumadores más frecuentes de cigarros entrevistados no fumaban ningún otro producto de tabaco". Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página. 9.

[1862] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 9.

[1863] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10:

> Los fumadores menos frecuentes muestran especial interés por la marca y el empaquetado de los tubos para cigarros (puros). Sobre todo fuman con ocasión de encuentros sociales en los que "ofrecer" u obsequiar cigarros puede desempeñar una función importante en el atractivo percibido. La marca también tiene un poderoso efecto en sus percepciones de la calidad en cuanto a sus compras, y en consecuencia el tubo genérico tiene un efecto notable en el atractivo percibido de fumar cigarros. Restan glamur a la ocasión y reducen su atractivo como obsequios o cuando se ofrecen a amigos. La falta de asociación con una marca de los productos empaquetados genéricamente, en contraste con los productos existentes, los deja sin nada "para continuar" aparte del color del tubo, que se describió como "cenagoso", "alquitranado" y muy poco atractivo. Esta falta de atractivo está fuertemente vinculada a una percepción de baja calidad.

[1864] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10:

> En el caso de los fumadores de cigarros más frecuentes y entendidos, los tubos [de los cigarros] no tenían la misma repercusión en términos de reducción de la atracción o el atractivo de fumar cigarros. Esto es así porque esos fumadores determinan la calidad de los cigarros basándose en criterios distintos de la marca, que pueden incluir el tipo de tabaco, la forma de enrollado, la fecha de fabricación y el país y la región de origen en particular. Se considera que el nombre de la marca constituye una señal de autenticidad o legitimidad del producto.

El Informe también examina la repercusión específica, para fumadores de cigarros frecuentes y entendidos, de las vitolas genéricas que no contienen información sobre el nombre de la marca:

> Lo más frecuente es que esta información figure en la vitola. En ese sentido, una vitola genérica (la cual no aporta ninguna información) que enmascara la vitola con marca tiene una repercusión más significativa en cuanto que priva a los fumadores de la información sobre el producto en que se basan para fundamentar sus compras. Esto reduce la deseabilidad de cualquier cigarro en particular, ya que los fumadores no pueden comprobar qué producto están recibiendo, en contraste con una reducción del atractivo global del hábito de fumar cigarros, que sigue siendo alto.

Ibid., Señalamos, no obstante, que las medidas TPP permiten que el nombre de la marca aparezca en las vitolas (véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.2.1(3)(a)), de manera que estas constataciones específicas no son directamente pertinentes para una evaluación de la repercusión de las medidas TPP en los cigarros.

[1865] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 40.

menos atractivos, si bien los tubos de cigarros genéricos no tenían la misma repercusión en los fumadores de cigarros premium frecuentes o entendidos.

7.682. A la luz de lo expuesto *supra*, observamos la existencia de un corpus de estudios, procedentes de fuentes cualificadas, que respaldan la aseveración de que el empaquetado genérico de los productos del tabaco reduciría su atractivo para el consumidor. Observamos asimismo que las pruebas sobre esta cuestión son más limitadas en relación con los cigarros (puros) que en relación con los cigarrillos.

7.683. A pesar de cualesquiera posibles limitaciones de los estudios mencionados *supra*, considerados individualmente o en su conjunto, recordamos que también tenemos ante nosotros pruebas relacionadas con la aplicación efectiva de las medidas TPP en Australia desde su entrada en vigor, entre las que figuran estudios empíricos relacionados con su repercusión en el atractivo de los productos de tabaco. Examinamos estas pruebas en la sección 7.2.5.3.6 *infra*, y en consecuencia no pretendemos inferir, en esta etapa de nuestro análisis, una conclusión general sobre la repercusión de las medidas TPP en el atractivo de los productos de tabaco para el consumidor.

Repercusión de la reducción del atractivo del producto en las conductas tabáquicas

7.684. Como se señala *supra*, la "cadena causal" a lo largo de la cual las medidas TPP están destinadas a contribuir al objetivo de Australia presupone que los mecanismos de las medidas TPP (incluida la reducción del atractivo del producto) tienen efectos consiguientes en *las conductas* tabáquicas. Concretamente, se prevé que los "resultados proximales" de las medidas, incluida una reducción del atractivo de los productos de tabaco, desalienten a los consumidores australianos de empezar a fumar (*inicio*) o volver a fumar (*recaída*), y los alienten a dejar de fumar (*abandono*).[1866]

7.685. Australia mantiene que la mejor forma de medir el efecto de las políticas de control del tabaco en esas conductas consiste en determinar su influencia en "variables psicosociales ulteriores como los conocimientos, las creencias, las actitudes y las intenciones, y en las subsiguientes conductas con respecto al consumo de tabaco".[1867] A juicio de Australia, las pruebas, que incluyen modelos de comportamiento teóricos, confirman que las intenciones conductuales son precursoras inmediatas de la conducta y constituyen uno de los predictores más sólidos de la conducta futura.[1868] En opinión de Australia, "las intenciones están estrechamente relacionadas con la medición de la conducta futura", de manera que "las actitudes, las percepciones y las creencias de los consumidores -muy especialmente los consumidores jóvenes- aportan pruebas contundentes sobre el efecto de la medida relativa al empaquetado genérico del tabaco".[1869]

7.686. Honduras aduce que solo puede realizarse una evaluación precisa de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia determinando en qué forma estas afectan a la *conducta tabáquica real*, y, en particular, que "varios factores sustitutos, como los cambios en las actitudes y creencias de los consumidores acerca del hábito de fumar, no pueden demostrar en sí mismos que una medida de control del tabaco es efectiva".[1870] La República Dominicana mantiene que la teoría del comportamiento no demuestra que las medidas TPP reducirán la conducta tabáquica[1871], y que Australia no ha testado adecuadamente las presuposiciones que hizo en lo que respecta a la capacidad del atractivo de los productos y la percepción de los riesgos sanitarios para afectar a la conducta tabáquica.[1872] Cuba argumenta que Australia no ha presentado datos probatorios del "único parámetro que es importante para evaluar la repercusión de [las medidas TPP], a saber, su

[1866] Observamos que el artículo 3(1)(a)(iv) de la Ley TPP también dispone que un objetivo de la Ley TPP es reducir la exposición al humo de los productos de tabaco. Véase la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1).

[1867] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 146 (donde se cita a Fong *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-132), página iii10).

[1868] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 145.

[1869] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 164.

[1870] Respuesta de Honduras a la pregunta 2 del Grupo Especial 2, página 2.

[1871] Respuestas de la República Dominicana a las preguntas 2, párrafo 19, y 41, párrafos 176-178, del Grupo Especial. Véase también la respuesta de Indonesia a la pregunta 2 del Grupo Especial ("que incorpora por referencia la respuesta de la República Dominicana a esta pregunta").

[1872] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 123 del Grupo Especial.

efecto en la conducta tabáquica real y en el consumo de tabaco".[1873] Indonesia mantiene, de manera análoga, que "Australia simplemente dio por sentado que la teoría de comportamiento 'demostraba' que las actitudes con respecto al atractivo de los productos de tabaco y los riesgos para la salud afectan a la conducta tabáquica real, lo cual dio lugar a una serie de deficiencias en la subsiguiente investigación sobre el empaquetado genérico".[1874]

7.687. La cuestión que se nos plantea en esta etapa es si la reducción del atractivo de los productos de tabaco que hipotéticamente tendría lugar como consecuencia del empaquetado genérico de dichos productos podría tener una repercusión en las conductas relacionadas con el tabaco ulteriores, como se presupone en el modelo mediacional subyacente al diseño y la estructura de las medidas TPP. Los reclamantes consideran que Australia no ha demostrado que una reducción del atractivo efectivamente daría lugar a cambios en las conductas reales. En apoyo de este argumento, consideran que las teorías del comportamiento en que se apoya Australia no respaldan sus presuposiciones sobre la capacidad de las percepciones del producto (y los riesgos para la salud) relacionadas con productos de tabaco para lograr cambios en las conductas, y añaden que el empaquetado del tabaco no es un determinante de las conductas tabáquicas pertinentes.

7.688. A efectos de esta parte del análisis, no hay desacuerdo entre los expertos de los reclamantes y los de Australia en cuanto a que puede considerarse que el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores constituye una "actitud" hacia dichos productos.[1875] Sin embargo, las partes discrepan acerca de la repercusión que un cambio en esas actitudes puede tener en las conductas tabáquicas. Los reclamantes rechazan las afirmaciones de Australia relativas a la correlación prevista entre actitudes y conductas futuras en general. Aducen, asimismo, que un cambio en el atractivo de los productos de tabaco no puede tener efectos en las conductas de interés con respecto a esos productos (es decir, las conductas tabáquicas), dado que el empaquetado no es un determinante de esas conductas. Examinaremos esos dos aspectos sucesivamente.

Relación entre actitudes y conductas

7.689. El experto de Australia Profesor Fong considera que "las variables psicológicas no conductuales son variables crucialmente importantes para predecir y comprender la conducta de los consumidores, tanto en los modelos conceptuales de la conducta de los consumidores como en las investigaciones relativas a la conducta de los consumidores".[1876] El Profesor Fong afirma que "el punto de partida para las investigaciones sobre la relación actitud-conducta es que esa relación efectivamente existe".[1877] Además, "los modelos de conducta de los consumidores están dominados por modelos mediacionales que presuponen que los esfuerzos de mercadotecnia influyen en las variables psicológicas que afectan a la persona, y que esas variables psicológicas, a su vez, causan cambios en la conducta futura".[1878] El Profesor Fong afirma lo siguiente:

> Las teorías de la psicología social, en especial la "teoría de la acción razonada" [TAR] (Fishbein & Ajzen 1975), y las investigaciones derivadas de esas teorías, han demostrado claramente que las actitudes están efectivamente relacionadas con la conducta. Una parte considerable de esos estudios sobre actitud-conducta se ha dedicado a examinar las condiciones en las que las actitudes pueden estar más o menos estrechamente relacionadas con la conducta.[1879]

7.690. Los reclamantes consideran que el recurso de Australia a la teoría del comportamiento para establecer una correlación entre el funcionamiento de los mecanismos en la Ley TPP y las conductas tabáquicas es inadecuado. La República Dominicana, Honduras e Indonesia recurren a este respecto a un informe de experto del Profesor Ajzen.[1880] En lo tocante a la aseveración de que

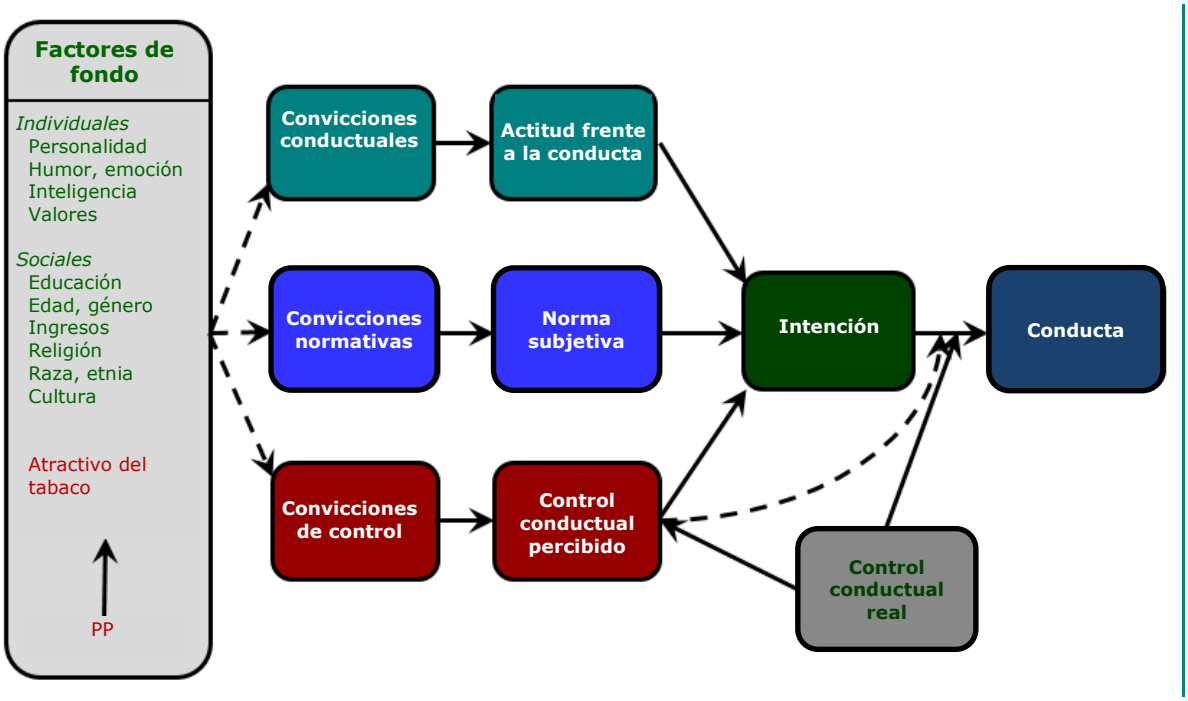
[1873] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 261.
[1874] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 190.
[1875] Véanse el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 250; y el informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 45.
[1876] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 94.
[1877] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 252.
[1878] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 95.
[1879] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 252.
[1880] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3). Observamos que Cuba no se ha apoyado en este informe en sus comunicaciones. Sin embargo, ha puesto en tela de juicio el valor de las teorías

"el punto de partida para las investigaciones sobre la relación actitud-conducta es que esta relación efectivamente existe", el Profesor Ajzen mantiene que "lo cierto es precisamente lo contrario".[1881] Aduce lo siguiente:

> En el decenio de 1970, el punto de partida para desarrollar mi [TAR] era precisamente tener en cuenta el hecho de que hay una relación débil entre las actitudes y la conducta, tal que las actitudes no predicen de manera fiable la conducta, y ofrecer una solución para ese hecho. ... [M]is investigaciones revelaron que las actitudes generales hacia objetivos no conductuales (por ejemplo, los productos de tabaco) son malos predictores de la conducta real con respecto a esos objetivos. En contraste, es más probable que las actitudes hacia una conducta específica (por ejemplo, el inicio del hábito de fumar) predigan esta conducta.[1882]

7.691. El Profesor Ajzen también señala que la teoría de la acción razonada estaba limitada por su presuposición de que la conducta en cuestión "está directamente en función de la intención de proceder a la conducta". Ello llevó entonces a desarrollar la teoría de la conducta planificada (TCP), "reconociendo que ... a las personas a menudo les resulta difícil o imposible actuar con arreglo a las intenciones que manifiestan".[1883] Así pues, la TCP presupone que una decisión de llevar a cabo una conducta está guiada por creencias "conductuales", "normativas" y de "control", que después tienen efectos consecutivos en, respectivamente, la actitud del sujeto frente a la conducta de que se trate, sus normas subjetivas y su percepción de su propio control de la conducta[1884] El Profesor Ajzen ilustra esta relación de la siguiente forma:

Figura 12: Diagrama de la TCP[1885]



Fuente: Informe Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), figura 3, página 19.

conductuales invocadas por Australia. Respuesta de Cuba a la pregunta 146 del Grupo Especial, página 2. Cuba argumenta que Australia está tratando de "ocultarse detrás de teorías abstractas y rebuscadas" que "pueden desarrollarse para justificar cualesquiera conclusiones", mientras que el "mejor enfoque para medir la eficacia de [las medidas TPP] es mediante un análisis de los hechos tal como se reflejan en los datos reales sobre el consumo ...". Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 289; y declaración inicial en la segunda reunión con el Grupo Especial, párrafo 11.

[1881] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 50.

[1882] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 50. (las cursivas figuran en el original)

[1883] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 59.

[1884] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 61.

[1885] Nos referiremos con más detalle a estos pasos en nuestro análisis *infra*.

7.692. En opinión del Profesor Ajzen, "las relaciones entre sucesivos eslabones de la cadena, aunque a menudo son bastante importantes, distan mucho de ser perfectas", de manera que "la repercusión de los cambios en los factores de fondo o en las convicciones -que no son determinantes directas de las intenciones, y mucho menos de las conductas- puede tener que ser bastante grande para recorrer todo el camino hasta la conducta real".[1886] Además, "incluso si hay cambios en un determinante directo de las intenciones conductuales (por ejemplo, la actitud frente a la conducta), puede que esos cambios no modifiquen las intenciones si, por ejemplo, las actitudes no tienen mucho peso en la predicción de las intenciones; y, aun en el caso de que las intenciones conductuales se modifiquen en cierta medida, puede que esto no influya en la conducta real, por ejemplo, debido a una correlación débil entre las intenciones y la conducta o debido a la influencia del control conductual real (o a ambas cosas)".[1887]

7.693. Señalamos en primer lugar que no entendemos que el recurso de Australia a "teorías de psicología social", con inclusión de la TAR y las investigaciones conexas, indique o implique que un cambio en la actitud con respecto a un objeto en particular dará lugar *en todos los casos* a un cambio en la conducta relativa a ese objeto. Tampoco entendemos que Australia discrepe de la proposición general, reflejada en la descripción del Profesor Ajzen que figura *supra*, de que la correlación entre creencias, actitudes, intenciones conductuales y conductas reales depende de sucesivos "eslabones de la cadena", y de que las relaciones entre esos eslabones en un contexto dado son producto de una combinación de factores que afectarán a la solidez de la correlación. Este aspecto aparece claramente en la observación del Profesor Fong de que una "proporción considerable de esos estudios sobre actitud-conducta se ha dedicado a examinar las condiciones en las que las actitudes pueden estar *más o menos* estrechamente relacionadas con la conducta". En este sentido, el Profesor Fong afirma que los mediadores psicosociales de nivel ulterior se ven afectados de muchas maneras.[1888]

7.694. Observamos asimismo la descripción que hace el propio Profesor Ajzen, en una publicación reciente, de la manera en que la TCP aporta información sobre la forma en que las actitudes y las percepciones influyen en las intenciones y las conductas:

> Todo lo que la teoría estipula es que las actitudes, las normas subjetivas y las percepciones del control de las personas son consecuencia razonable y coherente de sus creencias, sin importar cómo se formaron esas creencias, y que de este modo influyen en las intenciones y la conducta.[1889]

7.695. Globalmente, lo anterior indica que un conjunto importante de investigaciones está dedicado al estudio de la correlación entre actitudes, intenciones y conductas, y que todas las partes reconocen, en relación con estas investigaciones, que la solidez de la correlación entre actitudes y conductas está afectada por la interacción de múltiples factores.[1890] Como destaca el Profesor Fong, citando otros trabajos del Profesor Ajzen, "las relaciones actitud-conducta leves no son inesperadas ni implican que las actitudes sean irrelevantes para la predicción de la conducta".[1891]

7.696. El Profesor Fong explica además que al hacer este uso de la teoría no "propugnaba una línea argumental que 'dispensara' de la necesidad de pruebas empíricas o alegara que las teorías 'demuestran', la importancia del atractivo y de los riesgos para la salud percibidos para la conducta tabáquica", sino que "utilizaba las teorías del comportamiento como un medio para proporcionar contexto y sentido a las pruebas empíricas disponibles sobre la repercusión del empaquetado genérico en las creencias, las percepciones la y conducta".[1892] El Profesor Ajzen afirma, de manera análoga, que "las teorías no demuestran ni prueban la existencia de un vínculo

[1886] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 82.
[1887] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 83.
[1888] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 252. Véase también Fong *et al.* 2006, páginas ii4-ii5.
[1889] I. Ajzen, "*The Theory of Planned Behaviour is Alive and Well*, *and Not Ready to Retire: A Commentary on Sniehotta*, *Presseau*, *and Araújo-Soares*",*Health Psychology Review (2014) (*Ajzen, *Health Psychology Review 2014)* (Prueba documental HND-134), página 3.
[1890] Véase Ajzen, *Health Psychology Review* 2014 (Prueba documental HND-134), páginas 3-4.
[1891] Informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-531), párrafo 60 (donde se hace referencia a M. Fishbein y I. Ajzen, *Predicting and Changing Behavior: The Reasoned Action Approach* (Psychology Press, 2010), no incluido en el expediente de estos procedimientos).
[1892] Informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-531), párrafo 39.

entre los constructos no conductuales (por ejemplo, las creencias, las actitudes, las intenciones) y la conducta" pero sí "generan *hipótesis* útiles acerca de la posible presencia o ausencia de un vínculo causal" que "tiene que confirmarse o rechazarse sobre la base de investigaciones debidamente realizadas".[1893] A este respecto, observamos también que el Profesor Ajzen reconoce que si bien "la TCP ... no es ... una teoría del cambio conductual", sino que "tiene por objeto ayudar a explicar y predecir las intenciones y la conducta de las personas", puede pese a ello "servir como un marco útil para diseñar intervenciones efectivas para lograr cambios de conducta".[1894]

7.697. Entendemos que el recurso de Australia a "teorías de psicología social", con inclusión de la TAR y las investigaciones conexas, en el contexto de su intervención sobre el empaquetado genérico del tabaco tiene por objeto respaldar su argumento de que es razonable esperar que exista una correlación entre una reducción del atractivo de los productos de tabaco y las subsiguientes conductas tabáquicas, de manera que la reducción del atractivo hará que *al menos algunos* consumidores se vean influidos en sus conductas tabáquicas. Esto se refleja en la descripción que hace el Profesor Fong de la repercusión prevista de las medidas TPP de Australia:

> Pueden hacerse predicciones razonables y fidedignas de que si se demuestra que la medida relativa al empaquetado genérico disminuye el atractivo y/o aumenta la eficacia de las advertencias sanitarias y/o disminuye la capacidad del paquete de inducir a engaño a los consumidores acerca del carácter nocivo de los productos de tabaco, es probable que los objetivos de la Ley se alcancen.[1895]

7.698. El Profesor Ajzen, no obstante, aduce que con arreglo a la TCP, "los tres constructos de actitud frente a una conducta, norma subjetiva y control conductual percibido predicen bastante bien las *intenciones* de empezar a fumar y de dejar de fumar", ya que esos constructos "representaban del 26% al 48% de la varianza en las *intenciones de empezar a fumar ...*"[1896], pero que la "predicción de la *conducta real* basada en las intenciones y en control conductual percibido tuvo mucho menos éxito".[1897]

7.699. Por consiguiente, a nuestro entender, el desacuerdo entre las partes está principalmente relacionado con la *medida* en que cabe esperar o suponer que las actitudes y las percepciones, y los cambios en esas actitudes y percepciones, pueden influir en las intenciones y en las subsiguientes conductas, en el contexto específico de las medidas TPP. Concretamente, la cuestión a resolver en esta etapa de nuestro análisis es la medida en que cabe esperar que una reducción del atractivo de los productos de tabaco repercuta en las conductas tabáquicas.

7.700. Teniendo presente este punto de vista, examinaremos las pruebas que tenemos ante nosotros por lo que respecta a la repercusión en las conductas tabáquicas de una reducción del atractivo de los productos de tabaco en virtud de las medidas TPP.

Repercusión de una reducción del atractivo de los productos de tabaco en las conductas tabáquicas

7.701. El artículo 3(1) de la Ley TPP identifica conductas específicas en las que Australia trata de influir mediante las medidas TPP, es decir, "desalentando de empezar a fumar o de consumir productos de tabaco" (a lo que aludimos como inicio); "alentando a dejar de fumar y a dejar de consumir productos de tabaco" (a lo que aludimos como abandono); y desalentando a quienes han

---

[1893] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 13. (las cursivas figuran en el original) (citado por Honduras en el párrafo 147 de su segunda comunicación escrita)

[1894] Ajzen, *Health Psychology Review* 2014 (Prueba documental HND-134), página 3. El Profesor Ajzen explica que la medida en que los cambios conductuales puedan ser inducidos por esas intervenciones dependerá de las circunstancias: "Para que una intervención tenga un efecto apreciable en las intenciones ... tiene que producir grandes cambios en las creencias; y para que la intención desemboque en la conducta deseada, las personas tienen que disponer de los recursos necesarios, y hay que eliminar los posibles obstáculos a la actuación conductual". *Ibid.*, páginas 3-4.

[1895] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 90. Véase también *ibid*., párrafo 306.

[1896] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 100. (las cursivas figuran en el original)

[1897] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 102. (las cursivas figuran en el original)

dejado de fumar, o dejado de consumir productos de tabaco, de recaer en ello (a lo que aludimos como recaída).[1898]

7.702. Los reclamantes consideran que las medidas TPP no pueden influir en esas conductas porque estas están determinadas por factores distintos del empaquetado, que es poco probable que se vean contrarrestados por un cambio en el empaquetado de los productos de tabaco. Concretamente, los reclamantes aducen que las investigaciones sobre los determinantes del inicio del hábito de fumar no identifican el empaquetado como un factor que influya en la decisión de empezar a fumar. También sostienen que el empaquetado genérico no puede repercutir en las conductas de abandono o recaída. Examinaremos estas diferentes conductas sucesivamente.

Iniciación del hábito de fumar

Determinantes del inicio del hábito de fumar

7.703. Los reclamantes aducen que el inicio del hábito de fumar está determinado por factores distintos del empaquetado, por lo cual este no puede influir en la decisión de fumar.[1899] Honduras hace referencia a investigaciones que especifican como determinantes del inicio del hábito de fumar a las características psicológicas, las influencias interpersonales y el contexto comunitario (con inclusión del precio y la disponibilidad de productos de tabaco).[1900] La República Dominicana sostiene que la propensión a correr riesgos, combinada con factores sociales como la influencia de la presión de los pares, aumenta las posibilidades de que los jóvenes emprendan conductas de riesgo, entre ellas la de fumar.[1901] Cuba aduce que el hábito de fumar es una manifestación específica de la categoría más general de búsqueda de riesgos.[1902] Indonesia aduce que los principales factores de riesgo por lo que respecta al hábito de fumar entre los adolescentes incluyen características psicológicas que inclinan a las personas a fumar (búsqueda de sensaciones, tendencias a las emociones negativas, impulsividad y falta de atención); pares y miembros de la familia que fuman; y el acceso a cigarrillos.[1903]

7.704. Las pruebas de que disponemos sobre los factores que afectan al inicio[1904] del uso de tabaco se centran en los adolescentes y los adultos jóvenes. Como señaló el experto de Australia, Dr. Biglan, esto se debe a que "casi siempre se empieza a fumar durante la adolescencia o a principios de la edad adulta".[1905] El Dr. Biglan fundamenta esta aseveración en constataciones del Director General de Sanidad de los Estados Unidos, que revelan lo siguiente:

> Entre los adultos que habían probado alguna vez un cigarrillo, un 81,5% declaró que lo había hecho antes de cumplir 18 años, mientras que un 16,5% lo había hecho antes de cumplir 26. Entre los adultos que habían fumado alguna vez cigarrillos diariamente, un 88,2% declaró que habían probado su primer cigarrillo antes de cumplir 18 años, mientras que un 10,8% lo había hecho antes de cumplir 26. Unas dos terceras partes (65,1%) de los adultos que habían fumado diariamente alguna vez empezaron a hacerlo antes de cumplir 18 años, y casi una tercera parte de esos adultos (31,1%) comenzó a fumar diariamente entre los 18 y los 26 años. Así pues, entre los adultos

[1898] Ley TPP (Pruebas documentales JE-1, AUS-1), artículo 3(1)(a).
[1899] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 418-425. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 689-700; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 208-213; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 412.
[1900] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 412-416.
[1901] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 691.
[1902] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 213.
[1903] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 412.
[1904] El Director General de Sanidad de los Estados Unidos define "inicio" como el hecho de haber probado alguna vez el tabaco. Esto se distingue del consumo experimental (es decir, el consumo ocasional) y del consumo habitual (es decir, un aumento de la frecuencia y la cantidad del consumo). En la adolescencia, el consumo habitual "está a menudo caracterizado por una pauta de consumo mensual o semanal, y puede incluir la dependencia psicológica y física del tabaco". Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 429. Esa definición es también utilizada por el USIOM. Véase R. Bonnie, K. Stratton y L. Kwan (editores), *Public Health Implications of Raising the Minimum Age of Legal Access to Tobacco Products*, Instituto de Medicina de los Estados Unidos (The National Academies Press, 2015) (Informe del USIOM de 2015) (Prueba documental DOM-232), página 2-11.
[1905] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 14.

> de más de 26 años no hay prácticamente *ningún caso* de inicio del hábito de fumar cigarrillos (<1-2%), y pocas transiciones a fumar diariamente (<4%).[1906]

7.705. Esta observación coincide con constataciones del USIOM según las cuales:

> La utilización de tabaco por adultos jóvenes (los que tienen entre 18 y 24 años) también plantea graves preocupaciones. Aunque casi el 90% de las personas que han fumado diariamente alguna vez probó por primera vez un cigarrillo antes de cumplir los 19, el hecho de que otro 9,4% hubiera probado su primer cigarrillo antes de cumplir 26 no debe pasarse por alto ... Además, solo un 54% de los fumadores diarios fuman diariamente antes de cumplir 18 años, pero un 85% lo hacen antes de cumplir 21, y un 94% antes de cumplir 25 ... Estos datos indican claramente que si alguien no es un usuario habitual de tabaco antes de los 25 años, es sumamente improbable que pase a serlo.[1907]

7.706. En el contexto australiano, el Profesor Samet hace referencia a datos de la NDSHS que "demuestran que la edad media de inicio del hábito de fumar en la horquilla de los 14 a los 24 años ha aumentado regularse desde el 14,2 en 1995 al 15,9 en 2013" y que "la horquilla de edad de 14 a 24 es ahora el período de mayor riesgo para empezar a fumar, y la adolescencia sigue siendo un período en el que tiene lugar el inicio".[1908]

7.707. El Director General de Sanidad de los Estados Unidos resume[1909] así los factores de riesgo asociados al inicio y el uso de productos de tabaco: un estatus socioeconómico relativamente bajo;

[1906] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 134. En este informe también se hace referencia a "una de las constataciones más importantes -y ampliamente citadas- del informe del Director General de Sanidad de 1994 sobre el consumo de tabaco y la salud", que "era que el hábito de fumar cigarrillos comienza prácticamente siempre antes de la edad adulta". *Ibid.,* El informe del Director General de Sanidad de 1994 constató, remitiéndose a datos obtenidos en encuestas, que:

> Un 88% de todas las personas que alguna vez habían probado un cigarrillo lo había hecho por primera vez antes de los 18 años. La edad medida en que se había probado por primera vez un cigarrillo era de 14,5 años. Un 35% de los encuestados ya eran fumadores diarios a los 18 años. Entre los que alguna vez habían fumado diariamente, un 71% lo había hecho antes de cumplir los 18. La edad media de convertirse en fumador diario era de 17,7 años.

Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994 (Prueba documental CUB-66), página 51. Véase también el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994,Resumen (Prueba documental AUS-73), página 9.

[1907] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 1-2.

[1908] Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 45. Véase también el informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 14. Observamos que una encuesta de 2014 de la empresa Vision One, encargada por Cuba y que evaluó una muestra considerablemente más reducida, determinó que la edad media para la iniciación en el hábito de fumar cigarrillos en Australia es 17,7 años. Informe Vision One (Prueba documental CUB-79), párrafo 14, gráfico 2-3. Cuba señala, no obstante, que este informe reconoce que sus datos relativos al inicio del hábito de fumar cigarrillos no es necesariamente representativa de la población fumadora de cigarrillos de Australia, ya que se centró en un subconjunto de la población fumadora de cigarrillos, a saber, los fumadores actuales de cigarros (puros) LHM que han fumado cigarrillos habitualmente alguna vez. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 249, donde se hace referencia al informe de Vision One (Prueba documental CUB-79), párrafo 18.

[1909] Este resumen figura en el informe del Director General de Sanidad de 2012 y se basa en conclusiones extraídas en su informe de 1994. Señalamos que las partes no nos han presentado como prueba la totalidad del informe de 1994, incluido el capítulo relativo a los determinantes del inicio del consumo de tabaco. Cuba ha proporcionado extractos de ese informe y Australia ha proporcionado extractos de su resumen. Véanse el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994 (Prueba documental CUB-66); y el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994, Resumen (Prueba documental AUS-73). Un resumen de las constataciones sobre la epidemiología del consumo de tabaco entre jóvenes indica lo siguiente:

> Factores sociodemográficos, ambientales, conductuales y personales pueden fomentar el inicio del consumo de tabaco entre los adolescentes.
> ...
> Los factores conductuales son especialmente importantes durante la adolescencia, un período de transiciones múltiples a la madurez física, a un sentido coherente del yo y a la independencia emocional. Así pues, los adolescentes son especialmente vulnerables a una serie de conductas y actividades peligrosas, entre ellas el consumo de tabaco, que podría parecer que los ayudan en

el relativamente fácil acceso a productos de tabaco y su disponibilidad; las percepciones de los adolescentes de que el uso de tabaco es normal (es decir, una conducta habitual o aceptable); la utilización de tabaco por otras personas significativas y la aprobación del uso de tabaco por esas personas; la falta de apoyo parental; los bajos niveles de logro académico y de participación en la escuela; la falta de las capacidades necesarias para oponer resistencia a las influencias para usar tabaco; la relativamente baja autoeficacia para la negativa[1910]; el uso anterior de tabaco y la intención de usar tabaco en el futuro; una autoimagen relativamente deprimida; y la convicción de que el uso de tabaco es funcional u obedece a algún fin.[1911]

7.708. Varios otros informes de expertos presentados por las partes analizan los determinantes del inicio del hábito de fumar y muestran una similitud con la amplia gama de factores que influyen en el inicio del hábito de fumar entre los jóvenes identificada por el Director General de Sanidad de los Estados Unidos.[1912] El Profesor Viscusi resume los principales factores que contribuyen al inicio del hábito de fumar en el caso de los jóvenes señalando que en ello participan los propios padres, los hermanos, los amigos y los pares, el acceso a los cigarrillos, las características personales y el costo.[1913] El Profesor Mitchell hace referencia a estudios sobre el hábito de fumar entre menores de edad que se centran en factores a nivel individual (características genéticas, cognitivas, afectivas y demográficas), proximal (familiares, interpersonales, redes sociales) y ambiental (vecindario, comunidad, estado, nación), y observa que en cada nivel de análisis se ha constatado que una amplia gama de variables predice el inicio y la continuación del hábito de fumar entre menores de edad.[1914] El Profesor McKeganey afirma

---

> esas transiciones. Los jóvenes que declaran que fumar desempeña funciones positivas o puede ser útil corren un mayor riesgo de convertirse en fumadores. Esas funciones están asociadas con la vinculación con los pares, con el hecho de ser independiente y maduro, y con la proyección de una imagen social positiva. Dado que los informes sobre adolescentes que empiezan a fumar indican que estos tienen una autoestima más baja y una imagen del yo más baja que sus pares no fumadores, fumar puede convertirse en un mecanismo de autofortalecimiento. De manera análoga, el no tener la confianza necesaria para poder resistir a ofertas de tabaco por los pares parece ser un factor de riesgo importante para el inicio. Las intenciones de consumir tabaco y los experimentos reales también predicen claramente un ulterior consumo habitual.

Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de *1994*,Resumen (Prueba documental AUS-73), páginas 7-8. Véase también el informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), página 17-20.

[1910] La autoeficacia se describe como algo "relacionado con la confianza de un individuo en alcanzar metas mediante esfuerzos personales, como la capacidad para resistirse a fumar o para seguir sin fumar después de dejarlo". Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 447.

[1911] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 427.

[1912] Observamos que el Profesor Heckman, en un informe presentado por Ucrania, se centra en las capacidades cognitivas (como predictor del logro educativo, los salarios y muchas otras formas de éxito económico y social, incluida la salud física y mental, y las conductas y resultados sanos, entre ellos evitar fumar, la obesidad y comer alimentos fritos) y en capacidades no cognitivas "que afectan al rendimiento escolar y a los salarios en una etapa posterior de la vida, así como al hábito de fumar, la salud física, la salud mental, los embarazos de adolescentes y la participación en el crimen), destacando asimismo la importancia del precio y del hábito de fumar en los padres y los pares. Concluye que entre los factores causales que afectan a la conducta tabáquica de los jóvenes cabe destacar los precios, los pares (redes sociales), los progenitores, los entornos familiares tempranos y las inversiones en los niños. Informe de Heckman (Prueba documental UKR-144), párrafos 21-42.

[1913] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 111. Véase también *ibid*., párrafos 112-119.

[1914] Informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 52. El Profesor Mitchell explica lo siguiente:

> Varios factores observables a nivel individual están asociados con el aumento del riesgo de que los menores de edad consuman tabaco. Por ejemplo, los varones de estatus socioeconómico más bajo con menor rendimiento académico corren un mayor riesgo de fumar que las mujeres en general u otros varones que pertenecen a una clase distinta o que rinden mejor en la escuela. Los adolescentes afectados por determinados trastornos conductuales y psiquiátricos corren el mayor riesgo, al igual que las víctimas de abusos sexuales. Se han encontrado marcadores genéticos que indican el carácter hereditario del consumo de tabaco, y correlatos neurológicos del consumo de tabaco (en regiones cerebrales asociadas con la adopción de decisiones y el control de los impulsos).

que el uso de tabaco "comienza en virtud de una interacción compleja de factores psicosociales de riesgo, que en términos amplios entrañan factores sociodemográficos, ambientales, conductuales, personales e interpersonales".[1915] En ese sentido, el Profesor McKeganey se remite al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012.[1916]

7.709. Tomamos nota de las opiniones compartidas que tenemos ante nosotros por lo que respecta a los factores relacionados con la edad que contribuyen a la conducta tabáquica de la juventud y los adultos jóvenes. El Director General de Sanidad de los Estados Unidos, por ejemplo, señala que "la adolescencia es un período de desarrollo sensible, caracterizado por cambios cerebrales y altos niveles de emotividad, impulsividad y búsqueda de riesgos", y que "la plasticidad del cerebro adolescente, junto con los relativamente inmaduros sistemas neuroconductuales necesarios para el autocontrol y la regulación del afecto, genera una gran vulnerabilidad para el desarrollo de la conducta tabáquica".[1917] Añade que el período que sigue a la adolescencia temprana y media (18-25 años) es especialmente significativo para el desarrollo de la conducta tabáquica, ya que muchas conductas de riesgo alcanzan su nivel máximo durante este período de la vida, como es el caso del uso de estupefacientes, el consumo de tabaco, la conducción arriesgada y las relaciones sexuales inseguras.[1918]

7.710. El Director General de Sanidad de los Estados Unidos, al hacer esas observaciones, se remite (en otras cosas) a anteriores trabajos del Profesor Steinberg.[1919] En su informe de 2015, el USIOM, al llegar a conclusiones similares a las del Director General de Sanidad de los Estados Unidos por lo que respecta a los determinantes del inicio del hábito de fumar, también hace referencia a investigaciones del Profesor Steinberg.[1920] En su informe de experto para Honduras y la República Dominicana en estos procedimientos, el Profesor Steinberg expone el "modelo dominante" de búsqueda de riesgos por los adolescentes, el "desequilibrio madurativo" o modelo de "sistemas duales". Con arreglo a ese modelo:

> El aumento de la toma de riesgos en la adolescencia es un subproducto *natural* de la maduración asincrónica de dos sistemas cerebrales distintos: un "sistema de recompensas" (al que a veces se hace referencia como "sistema de procesamiento de incentivos" o "sistema socioemocional"), que responde a la emoción, la recompensa y la novedad, y un "sistema de control cognitivo" que es crucial para el control de los impulsos, la regulación de la emoción y la adopción de decisiones planificadas. En breve, el modelo de "sistemas duales" presupone que el sistema de procesamiento de incentivos se activa especialmente en la adolescencia temprana, poco después de la pubertad, y que esa activación lleva al adolescente a buscar sensaciones para obtener recompensas inmediatas, pero tiene lugar antes de que el sistema de control

---

> Varios factores en el entorno inmediato de un adolescente pueden aumentar el riesgo de fumar. Por ejemplo, la presencia de un fumador en el hogar aumenta el riesgo de que los menores de edad fumen, al igual que lo hace la presencia de un fumador dentro de un grupo de pares. Las mujeres son aparentemente más susceptibles a las influencias de sus pares, pero la influencia de los pares de todas las personas dependerá del estatus de esos pares dentro de la posible red social del fumador, de las opiniones de la familia sobre el hábito de fumar y de las convicciones individuales sobre los costos y los beneficios de fumar, así como de otros factores individuales, proximales y ambientales.
>
> Entre los ejemplos de correlatos a nivel ambiental cabe señalar el precio y las reglamentaciones de compra: se ha constatado que el aumento del precio de los cigarrillos debido a la reglamentación gubernamental es un medio eficaz para reducir la demanda entre los fumadores menores de edad, y que la formación de los comerciantes por lo que respecta a las restricciones a la venta a menores de edad y la severidad en la aplicación forzosa de las leyes que prohíben las ventas a menores están asociadas a una reducción del consumo de tabaco entre los menores de edad.

Ibid., párrafos 53-55. (no se reproducen las notas de pie de página)

[1915] Informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), página 15.

[1916] Informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), páginas 20-22.

[1917] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 428. (no se reproducen las referencias)

[1918] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 428.

[1919] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 428.

[1920] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas 3-2 a 3-8.

> cognitivo haya madurado lo suficiente para aportar el muy necesario autocontrol. La combinación de un sistema de procesamiento de incentivos sumamente responsivo y un sistema de control cognitivo todavía inmaduro establece las condiciones para la toma de riesgos.[1921]

7.711. El Profesor Steinberg identifica tres conjuntos de factores de riesgo en relación con el consumo de tabaco durante la adolescencia: características psicológicas que inclinan a los individuos a fumar[1922], influencias interpersonales que fomentan y apoyan el hábito de fumar[1923], y un contexto comunitario en el que el hábito de fumar se considera normal y en el que los cigarrillos son asequibles y están fácilmente disponibles.[1924] Esto lleva al Profesor Steinberg a opinar que la conducta de los adolescentes está muy influida por sus relaciones con sus pares y su intenso deseo de aprobación por estos últimos, que se manifiesta en conductas que asocian con personas adultas, como el hecho de fumar. El Profesor Steinberg aduce que "dada la manera en que funciona el cerebro de los adolescentes, hay un atractivo intrínseco en conductas que son excitantes, que se perciben como gratificantes, y que se espera susciten la aprobación de los pares".[1925] El Profesor Steinberg concluye que el interés de los adolescentes por fumar deriva principalmente del acto mismo de fumar y su influencia en el estatus social y la aprobación de los pares, y no de otros factores, como el empaquetado. Añade que es poco probable que el cambio del empaquetado del tabaco contrarreste el motivo básico de la búsqueda de aprobación por los pares.[1926]

7.712. El experto de Australia, Profesor Slovic, conviene con el Profesor Steinberg en que la elevada tasa de toma de riesgos en la adolescencia es el resultado natural de la madurez asincrónica de dos sistemas cerebrales: un sistema de recompensas que responde a emociones y placeres inmediatos y un sistema de control cognitivo esencial para el control de los impulsos, la regulación de las emociones y la adopción de decisiones planificadas.[1927] El Profesor Slovic detalla que "el sistema de recompensas alcanza su prominencia poco después de la pubertad, pero el sistema de control no está plenamente desarrollado hasta la edad adulta", y añade que esta "asincronía lleva a los jóvenes a ser especialmente sensibles a las recompensas, las consecuencias inmediatas de una decisión y la influencia de sus pares".[1928] Además, la "inmadurez de las regiones cerebrales asociadas al control cognitivo lleva a los adolescentes a actuar sin pensar y a no hacer ni llevar a cabo planes". El Profesor Slovic aduce que "la experimentación con el fumar es probablemente una manifestación de la tendencia general a buscar nuevas experiencias y a lanzarse impulsivamente a correr riesgos en aras de la búsqueda de sensaciones y de diversión con los amigos".[1929]

7.713. Otro de los expertos de Australia, el Dr. Biglan, alude también a anteriores trabajos del Profesor Steinberg en el contexto de sus argumentos de que los adolescentes están motivados para usar tabaco por preocupaciones sobre su encaje con sus pares, así como por un aumento de los niveles de búsqueda de sensaciones, toma de riesgos, rebeldía y ansiedad y depresión.[1930] El Dr. Biglan señala asimismo que durante el comienzo de la edad adulta la tendencia a tomar altos niveles de riesgo puede disminuir, si bien no hasta los niveles a los que llegará más tarde[1931], y añade que los adultos jóvenes siguen estando preocupados por la aceptación social, y que esa preocupación puede afectar a los niveles de soledad, depresión y vergüenza.[1932]

7.714. Basándonos en las descripciones expuestas *supra*, observamos una cierta coherencia en las pruebas que tenemos ante nosotros por lo que respecta a los determinantes del hábito de

[1921] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 19. (las cursivas figuran en el original)
[1922] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 36.
[1923] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafos 37-38.
[1924] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 39.
[1925] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 52.
[1926] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 53.
[1927] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 21. Véanse también los párrafos 107-111. El Profesor Slovic alude también a los informes de los Profesores Viscusi, Mitchell y McKeganey en su propio examen de los "factores afectivos experienciales vinculados a la necesidad de los jóvenes de excitación, aprobación por sus pares y otras influencias sociales". Véase *ibid*., párrafos 50, 88-104 y 115-120.
[1928] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 21. Véanse también los párrafos 107-111.
[1929] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 21. Véanse también los párrafos 107-111.
[1930] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafos 15-19.
[1931] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 20.
[1932] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafos 21-24.

fumar, incluidos los factores de desarrollo que afectan a la medida en que esos determinantes pueden dar lugar al inicio de dicho hábito entre los adolescentes y los adultos jóvenes.

7.715. No obstante esta convergencia, tomamos también nota de la observación del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de que "el hábito de fumar cigarrillos entre los adolescentes y los adultos jóvenes es una conducta multideterminada, influida por combinaciones únicas y superpuestas de factores biológicos, psicosociales y ambientales".[1933] El USIOM también señala que "el uso de tabaco es consecuencia de una interactuación compleja y dinámica de múltiples factores de desarrollo, sociales y ambientales convergentes" y que "muchos de esos factores están relacionados con el desarrollo, siendo la adolescencia y la edad adulta temprana un período crucial de vulnerabilidad para el uso del tabaco y la progresión hacia la dependencia de la nicotina".[1934]

7.716. El Profesor Steinberg observa que, aunque los adolescentes tienen más probabilidades que los niños o los adultos de adoptar conductas de riesgo, solo una minoría de adolescentes fuma debido a diferencias individuales de personalidad y disponibilidad[1935]; "por lo general, cuantos más factores de riesgo se den para un individuo, más probable será que este fume".[1936]

7.717. Así pues, mientras que las pruebas indican que hay opiniones compartidas entre los diversos expertos e instituciones por lo que respecta a los factores que, individualmente o en combinación, pueden tener efectos en el inicio del consumo de productos de tabaco por la juventud, también se comparte la opinión de que ningún factor es por si solo determinante de esa conducta.

7.718. Ni los informes de los diversos órganos de salud pública a que se hace referencia *supra* ni los informes de expertos que tenemos ante nosotros identifican el empaquetado del tabaco como un determinante del inicio del hábito de fumar de la misma manera en que enumeran los demás factores de inicio identificados *supra*.[1937] Sin embargo, no creemos que Australia aduzca que el empaquetado del tabaco sea un factor independiente que active el inicio del consumo de tabaco. Antes bien, lo que aduce es que el empaquetado desempeña un papel influyendo en algunos de los factores que son los determinantes del inicio del hábito de fumar.[1938] Concretamente, Australia aduce que el empaquetado del tabaco es una forma de mercadotecnia que influye en la conducta tabáquica generando percepciones positivas de los productos de tabaco, entre otras cosas comunicando a los jóvenes que fumar la marca de que se trate los ayudará a satisfacer determinadas necesidades psicológicas.[1939]

7.719. Por consiguiente, lo que hay determinar no es si el empaquetado del tabaco *causa* que los adolescentes y los adultos jóvenes inicien el hábito de fumar, o es en sí mismo un determinante independiente de dicho inicio. Antes bien, nuestra indagación debe centrarse en si las pruebas que tenemos ante nosotros indican que el empaquetado del tabaco afecta a la compleja interacción de factores que se entiende que determinan el inicio del hábito de fumar, incluso entre los jóvenes,

---

[1933] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 428.

[1934] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 3-1. De esta opinión se hace eco el Profesor Heckman, que afirma lo siguiente:

> A lo largo de los últimos decenios, especialistas en muchas disciplinas, entre ellas neurociencia, psicología, sociología, política sanitaria y economía, han estudiado ampliamente la participación de los jóvenes y los adultos en diversas conductas de riesgo, entre ellas el hábito de fumar. Los numerosos estudios sobre el hábito de fumar y su inicio entre los jóvenes a los que han dado lugar esas investigaciones no han podido identificar ningún factor único que explique plenamente la conducta tabáquica de los jóvenes. Hay una opinión consensual de que existen muchas influencias complejas e interactivas en el hábito de fumar entre los jóvenes.

Informe de Heckman (Prueba documental UKR-144), párrafo 18. Véase también el informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 52.

[1935] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 42.

[1936] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 35. (no se reproducen las referencias). Véase también el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 275-276.

[1937] Véase el informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), páginas 16 y 41.

[1938] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 60.

[1939] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 60-102.

de manera que podría tener influencia en la decisión de fumar. Así lo expresa muy claramente el USIOM, con respecto a la publicidad y la promoción en general:

> La pregunta no es, "¿Son la publicidad y la promoción *las* causas del inicio entre los jóvenes?" sino más bien, "¿Indica la mayoría de las pruebas que determinadas características de la publicidad y la promoción tienden a alentar a los jóvenes a fumar?"[1940]

7.720. De manera análoga, lo que tenemos que determinar es si las pruebas de que disponemos indican que las características del empaquetado del tabaco pueden repercutir en los factores que determinan el inicio del hábito de fumar, incluso entre los jóvenes. Examinamos esta cuestión a continuación.

Influencia del empaquetado en los determinantes del inicio del hábito de fumar

7.721. Como se señala *supra*, los expertos de los reclamantes aducen, en esencia, que el uso de tabaco por los adolescentes (incluido, muy pertinentemente, el inicio) debe sobre todo analizarse en el contexto de las conductas de alto riesgo, como el uso de estupefacientes y el consumo de alcohol, que los adolescentes a menudo adoptan como consecuencia de su desarrollo neurológico. El Profesor Viscusi aduce que los factores que determinan esas conductas son muy similares, ya que entrañan influencias de los pares, antecedentes familiares incluidas las influencias paternales y fraternales, el entorno escolar y el estatus socioeconómico.[1941] El Profesor Mitchell argumenta que una explicación de la conducta de riesgo puede encontrarse en enfoques de la adopción de decisiones por los adolescentes basados en el desarrollo, que constatan que si bien estos poseen la habilidad para razonar lógicamente acerca de los resultados, es más probable que atiendan a las recompensas inmediatas en lugar de a los costos futuros que pueden derivarse de la adopción de una conducta de riesgo, precisamente cuando su deseo de nuevas sensaciones y experiencias aumenta.[1942]

7.722. El Profesor Steinberg detalla que los jóvenes fuman porque el acto de fumar confiere en sí mismo la aprobación de sus pares y la sensación de ser adulto porque es una actividad reservada para los adultos, y añade que la marca que escojan carece de importancia.[1943] Dicho de otra manera, según el Profesor Steinberg, la recompensa deseada del acto de fumar está intrínseca en el propio acto de fumar, y en consecuencia "es sumamente improbable que un adolescente que esté interesado en tratar de fumar rechace un cigarrillo ofrecido por un amigo debido al empaquetado en el que se ofrece el cigarrillo".[1944] El Profesor Steinberg detalla que la conducta de riesgo de los adolescentes, incluido fumar, deriva del deseo de obtener la aprobación de sus pares, y que es improbable que un cambio del empaquetado contrarreste esos motivos.[1945]

7.723. El Profesor Steinberg también aduce que en el caso de los adolescentes la marca en los productos de tabaco es menos importante debido a la manera en que los jóvenes obtienen los cigarrillos, o sea, de sus amigos, "a menudo sin ver necesariamente el paquete en el que se vendieron".[1946] El Profesor Steinberg aduce que el efecto de la marca solo puede ser importante "en un mundo en el que se dispone de paquetes con marca", ya que "a primera vista es sumamente improbable" que "el valor 'guay' adicional añadido por el empaquetado sea tan grande que la gente no fumará si los paquetes de cigarrillos que compran llevan una marca aún menor

---

[1940] Informe del USIOM de 1994, capítulo 4 (Prueba documental AUS-78), página 131. El informe concluye que, "la respuesta es sí, y esto es una base suficiente para adoptar medidas incluso a falta de una cadena causal precisa y definitiva". *Ibid.,* En ese sentido, observamos que el Profesor Ajzen parece convenir en que una compleja serie de factores activa el inicio del hábito de fumar. Véanse el informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 92; y el informe de réplica de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-5), párrafo 205. Nos sorprende, por consiguiente, que a pesar de ello ambos consideren que Australia tiene que demostrar la existencia de un vínculo causal directo entre el empaquetado del tabaco y el inicio del hábito de fumar.

[1941] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 113. Véase también el informe de Heckman (Prueba documental UKR-144), párrafos 19-29.

[1942] Informe de Mitchell (Prueba documental UKR-154), párrafo 25.

[1943] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), página 4 y párrafos 31 y 52-53.

[1944] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafos 31 y 53.

[1945] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 53.

[1946] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafos 55-56 y 59.

que la que llevan actualmente".[1947] Añade que a los fumadores menores de edad a los que preocupa proyectar una imagen particular les resultaría fácil personalizar el empaquetado de los cigarrillos que fuman.[1948]

7.724. Como hemos señalado, el experto de Australia Profesor Slovic conviene con el Profesor Steinberg en varias cuestiones importantes relativas al desarrollo neurológico de los adolescentes, la toma de riesgos, la experimentación con el tabaco y la sensibilidad a las recompensas y la influencia de los pares.[1949] En lo que difieren es en que el Profesor Slovic aduce que la "caracterización que el Profesor Steinberg hace de la toma de riesgos por los adolescentes es en realidad un argumento sólido en favor del empaquetado genérico".[1950]

7.725. El Profesor Slovic alude a "la importancia del afecto en la orientación de los juicios, las decisiones y todas las formas de conducta motivada". Utiliza "afecto" en el sentido de la cualidad específica de "bondad" o "maldad" que puede ser "a) experimentada como una sensación (con o sin conocimiento consciente) y b) delimita una cualidad positiva o negativa de un estímulo". El Profesor Slovic observa que "las respuestas afectivas se producen rápida y automáticamente".[1951] La dependencia de esos sentimientos puede caracterizarse como "heurística del afecto" y, a juicio del Profesor Slovic, la mayoría de las conductas de riesgo están motivadas por el afecto antes que por un análisis deliberativo de probabilidades o estadísticas cuantitativas.[1952] El Profesor Slovic lo detalla así:

> Aunque el análisis es desde luego importante en muchas circunstancias, el recurso al afecto y la emoción es una forma más rápida, más fácil y más eficiente para navegar en un mundo complejo, incierto y a veces peligroso… Muchos teóricos han atribuido al afecto un papel directo y principal en la motivación de la conducta. Epstein opina al respecto lo siguiente:
>
> > Se supone que el sistema experiencial está íntimamente relacionado con la experiencia del afecto… que guarda relación con sutiles sensaciones de las que las personas a menudo no son conscientes. Cuando una persona responde a un evento emocionalmente significativo ... el sistema experiencial busca automáticamente en sus bancos de memoria eventos relacionados, incluidos su acompañamiento emocional ... si las sensaciones activadas son agradables, motivan acciones y pensamientos que se prevé reproducirán las sensaciones. Si las sensaciones son desagradables, motivan acciones y pensamientos que se prevé evitarán las sensaciones.[1953]

7.726. En lo que respecta al inicio del hábito de fumar, el Profesor Slovic hace referencia a pruebas derivadas de datos de encuestas y de la industria tabacalera que a su juicio indican que "fuerzas experienciales y afectivas, y no la adopción analítica de decisiones, están llevando a muchos jóvenes a empezar a fumar, una conducta que posteriormente consideran equivocada".[1954] En relación con la publicidad y la promoción del tabaco, el Profesor Slovic mantiene que un número considerable de anuncios de tabaco y otras promociones han sido diseñado para asociar imágenes positivas y un afecto positivo con el acto de fumar. Además, continúa, los estímulos afectivos que emanan del entorno social influyen poderosamente en la conducta tabáquica (por ejemplo, pasarlo bien con los amigos y evitar el riesgo de la desaprobación de los pares son ejemplos de factores sociales en los que el afecto o el pensamiento experiencial domina a cualquier tendencia a pensar de manera analítica o deliberativa).[1955] En ese sentido, el Profesor Slovic aduce que las empresas tabacaleras invierten considerables recursos en el desarrollo de los paquetes para asegurarse de que estos atraigan a los jóvenes, y añade que el sentimiento producido por las imágenes de marca

[1947] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 57.
[1948] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 58.
[1949] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 107.
[1950] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 21. Véase también *ibid*., párrafos 107-111.
[1951] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 27.
[1952] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 27.
[1953] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 31 (donde se hace referencia a *Epstein, S. (1994). Integration of the cognitive and the psychodynamic unconscious*. *American Psychologist*,*49*, página 716, que no figura en el expediente de estos procedimientos).
[1954] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 46.
[1955] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 60. Véase también *ibid*., párrafo 90.

y las asociaciones puede ejercer en las conductas poderosas influencias que no son reconocidas conscientemente.[1956] Así pues, el Profesor Slovic critica la comunicación del Profesor Steinberg porque en esta no se "examina el papel que desempeñan miles de millones de dólares de cuidada mercadotecnia que crea la ilusión de elegancia que lleva a los jóvenes, impulsados por el sistema de recompensas propio de la madurez temprana del cerebro, a considerar la posibilidad de fumar, y lleva a los amigos de esas personas a ofrecerles cigarrillos en situaciones en las que fumar es socialmente atractivo".[1957] Aduce asimismo que el Profesor Steinberg "se olvida de considerar la posibilidad de restringir la disponibilidad de marcas y otras imágenes de mercadotecnia que han sido diseñadas para explotar la vulnerabilidad de los cerebros inmaduros potenciando el atractivo emocional de los productos de tabaco".[1958]

7.727. Otro de los expertos de Australia, el Dr. Biglan, también conviene con el Profesor Steinberg en que el acto de fumar es importante para los jóvenes que se inician en el hábito debido a lo que "dice a los pares y al propio adolescente"[1959], y que "hasta que caen en la adicción, una de sus motivaciones primarias es la satisfacción de necesidades psicológicas como la aceptación por sus pares y una sensación de popularidad, diversión y excitación".[1960] Explica asimismo que el comienzo de la edad madura está también afectado por preocupaciones de aceptación social y adhesión social.[1961] Basándose en ello, el Dr. Biglan afirma que "cuando los jóvenes tienen o aspiran a tener una autoimagen coherente con su imagen de un fumador, es más probable que traten de fumar o que se conviertan en fumadores", y añade que es probable que los jóvenes situados en los márgenes de los grupos sociales de los que forman parte sean rebeldes y propensos a correr riesgos.[1962]

7.728. El Dr. Biglan hace referencia a estudios que, según explica, "demuestran que la imagen que los jóvenes tienen de los fumadores ejerce una importante influencia en su hábito de fumar, y que es más probable que quienes tienen o aspiran a tener esa imagen o la encuentran atractiva adquieran el hábito", y añade que en este contexto fumar puede ser un boleto de entrada a la aceptación social.[1963] Concretamente, empezar a fumar una marca en particular "puede parecer una iniciativa útil en la medida en que la marca esté efectivamente asociada en sus mentes con la aceptación social y con atributos sociales como la autonomía, la madurez y la robustez".[1964] Entre las necesidades psicológicas que inducen a los jóvenes a fumar "cabe destacar la proyección de una imagen masculina o femenina positiva, la reducción de la angustia psicológica, la rebeldía y la búsqueda de sensaciones"; es más probable que los adolescentes que sientan más esas necesidades fumen, por lo que las empresas tabacaleras tratan de asociar sus marcas con la satisfacción de una o más de esas necesidades y los fabricantes de marcas populares entre los jóvenes las asocian con la satisfacción de una o más de ellas.[1965]

7.729. A juicio del Dr. Biglan, el que los paquetes con marca disponibles en el mercado oscuro australiano influyan o no en que los jóvenes empiecen a fumar o sigan fumando depende de si las características de los paquetes con marca ejercen el tipo de influencia propio de otras características de la mercadotecnia:

> ¿Comunican a los jóvenes que la marca y los fumadores de una marca tienen características sociales a las que los jóvenes aspiran, como el estilo, la popularidad, la excitación y el atractivo sexual? ¿Influyen en que el joven crea que personas populares fuman esa marca? ¿Les parece atractivo a los jóvenes el paquete con marca? ¿Comunican los paquetes que fumar el cigarrillo con marca será fácil de fumar? ¿Buen sabor? ¿Facilidad para dejar de fumar? En la medida en que los paquetes con marca tienen esos efectos en los jóvenes, no son sino una faceta más

[1956] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafos 101-102.
[1957] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 111.
[1958] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 114.
[1959] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 157 (donde se cita el informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6, página 4)).
[1960] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 157.
[1961] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 21.
[1962] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafos 29-30.
[1963] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafos 26-32.
[1964] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 32. (no se reproduce la referencia)
[1965] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 33 (donde se hace referencia al Monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 19 (Prueba documental AUS-77); e informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76).

> de la mercadotecnia, y cabe esperar que influyan en que los jóvenes traten de fumar o sigan haciéndolo.[1966]

7.730. Observamos el desacuerdo entre los expertos sobre si esos elementos llevarían a un adolescente o a un adulto joven a empezar a fumar debido al acto de fumar en sí mismo, o si la marca añade algo adicional *independiente* al acto de fumar. Como se indica *supra*, a juicio del Profesor Slovic, la marca sí aporta algo adicional, a saber, "el caché que lleva a los jóvenes, impulsados por el sistema de recompensas propio de la madurez temprana del cerebro, a considerar la posibilidad de fumar, y lleva a los amigos de esas personas a ofrecerles cigarrillos en situaciones en las que fumar es socialmente atractivo".[1967]

7.731. Nos remitimos a nuestras constataciones *supra* de que el empaquetado con marca puede actuar como un instrumento de publicidad o promoción en relación con los productos de tabaco, así como a las pruebas que tenemos ante nosotros, en particular las declaraciones de la propia industria tabacalera, que indican que la marca en los productos de tabaco, incluido el empaquetado, puede generar a ojos del consumidor ciertas percepciones positivas relacionadas con el producto. También hemos señalado que se ha documentado que el uso de características particulares del diseño del empaquetado, como los colores, los elementos gráficos, la textura, la tipografía, los mecanismos de apertura y las formas, constituyen parte integrante del uso de la marca en los paquetes de tabaco para la venta al por menor, con el fin de crear una imagen de marca y asociaciones positivas con los productos.[1968]

7.732. Además, de una serie de documentos de la industria tabacalera a que se hace referencia en estos procedimientos se deduce claramente que esos esfuerzos relacionados con las marcas, entre ellos los que afectan al empaquetado, tienen por objeto crear imágenes que cabría esperar actúen, entre otras cosas, en las percepciones sobre la función del uso de tabaco, arriba descritas, a las que se ha determinado que los adolescentes y los jóvenes son especialmente sensibles.

7.733. En ese sentido, un "memorándum de investigación y planificación" de RJ Reynolds describe, entre otras cosas, los efectos psicológicos del acto de fumar, que identifica como "identificación con el grupo", "mitigación de la tensión y el aburrimiento", "potenciación de la autoimagen" y "experimentación".[1969] El memorándum procede seguidamente a examinar la "imagen que una nueva marca dirigida al mercado juvenil debe tener" y detalla que "los factores relacionados con la imagen del producto" deben "hacer hincapié en la participación, el compañerismo, y el hecho de formar parte de un grupo, uno de cuyos valores primarios es la

---

[1966] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 77.
[1967] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 111.
[1968] Véanse los párrafos 7.660-7.663 *supra*.
[1969] Memorándum de RJ Reynolds *de* 1973 (Prueba documental AUS-69), páginas 6-8. En el memorándum se señala que la mercadotecnia de cigarrillos "en modo alguno debe influir en que los no fumadores empiecen a fumar", pero se reconoce que "muchos o la mayoría de los miembros del grupo de '21 años y menos' se convertirán inevitablemente en fumadores, y se les ofrece una oportunidad para utilizar nuestras marcas". *Ibid*., página 1. En el memorándum se señala seguidamente que "para el pre-fumador y el 'aprendiz' los efectos físicos de fumar son en buena medida desconocidos, innecesarios o en realidad bastante desagradables o molestos". Añade que "los efectos psicológicos previstos o derivados son en gran medida responsables de influir en que el pre-fumador pruebe a fumar, y ofrecen suficientes motivaciones durante el período de 'aprendizaje' para que el 'aprendiz' no abandone, a pesar de lo desagradable y molesto de ese período". *Ibid*., página 2. En el memorándum se afirma lo siguiente:

> Las marcas diseñadas a la medida de los fumadores que comienzan a serlo deben hacer hincapié en los efectos psicológicos deseables del hábito de fumar, y también sugerir que los efectos físicos deseables se producirán más tarde. Felizmente, entonces debería ser posible centrar una promoción de cigarrillos en el fumador que comienza, y al mismo tiempo hacerla atractiva para el fumador ya decidido. La información y el esbozo que figuran en el cuadro I podrían entonces utilizarse como base para llegar a algunas especificaciones para nuevas marcas "juveniles" y para determinar en qué forma deben promoverse.

Ibid., página 4. En el trabajo, esos "efectos psicológicos" se definen como "identificación con el grupo" (es decir, "participar, compartir, aceptar, etc."), "mitigación de la tensión y el aburrimiento" (es decir "ganar tiempo, interrupción válida, sobrellevar tiempos y situaciones desagradables, algo que hacer, etc."), "potenciación de la auto-imagen" (es decir, "identificación con personas valoradas, coraje, elegancia, libertad para elegir, edad adulta, etc.") y "experimentación" (es decir, "probar algo nuevo, experimentar, etc.") *Ibid.*, páginas 6-8.

individualidad", "percibirse fuertemente como un mecanismo para mitigar el estrés, la tensión, la incomodidad, el aburrimiento y cosas semejantes", "estar asociados con hacer lo que uno quiere, correr aventuras, ser distinto, adulto o cualquier otra cosa que esté valorada individualmente", "percibirse como algún tipo de nueva experiencia, algo que despierta cierta curiosidad, y supone un cierto desafío", "ser diferente de las marcas establecidas utilizadas por los que tienen más de 30 años y quizás incluso por los grupos de más de 25", y "deben adquirir un carácter 'in' propio del grupo 'joven'"; y "no percibirse como una marca 'saludable'".[1970]

7.734. Otras pruebas relacionadas con la mercadotecnia de marcas específicas presentadas o mencionadas en estos procedimientos ponen de manifiesto el papel de la mercadotecnia de las marcas, entre otras cosas mediante el empaquetado, para transmitir el tipo de imágenes y percepciones a las que se sabe que los jóvenes son sensibles y que se han identificado *supra* como elementos que contribuyen al inicio del hábito de fumar. Por ejemplo:

- En un documento titulado "*Packaging Brief*" (Informe relativo al empaquetado) elaborado para la marca Benson & Hedges se señalaba que "es esencial que el propio paquete genere el nivel óptimo de modernidad, imagen juvenil y atractivo para el grupo de fumadores adultos menores de 30 años".[1971] Uno de los "beneficios cruciales para el consumidor" identificados es "[irradia positivamente los valores emocionales, personales, de un 'espíritu apasionado' por dentro y por fuera".[1972] Prosigue señalando que "Benson & Hedges encarna un espíritu realmente apasionado: comprendiendo que hace falta ser fuerte para lograr lo que se desea en la vida; respaldando las emociones reales del espíritu humano; alentando activamente el contacto entre personas apasionadas de todo el mundo; poseyendo una reputación de calidad que es el fundamento de su actitud confiada y progresiva".[1973]

- En un documento de 1990 de Philip Morris titulado "Marketing New Products in a Restrictive Environment" (Comercialización de nuevos productos en un entorno restrictivo) lo que se propone es "un concepto del empaquetado innovador que proyecte una apariencia masculina joven distintiva".[1974] Además, se destacan las "marcas de fábrica o de comercio no tradicionales" como una "idea de producto nuevo", para la que el "mercado al que se apunta" es el de los jóvenes adultos urbanos europeos y las marcas de fábrica o de comercio que les llaman la atención/reflejan su actual estilo de vida".[1975] Por lo que respecta a una idea de producto de "recarga", la presentación señala que la noción de recarga "modifica el ritual de fumar" al utilizar "el contenedor definitivo: un estuche exclusivo de nuevo diseño que es expresión de identidad personal" y "haría del producto algo más aceptable socialmente".[1976] Por lo que respecta a la idea de producto "hecho a medida", se señala que "hoy en día los consumidores buscan la

[1970] Memorándum de RJ Reynolds *de* 1973 (Prueba documental AUS-69), página 9. Señala asimismo que "en este sentido, el nombre y la apariencia del producto resultarán cruciales para establecer la imagen deseada". *Ibid*., página 10. Ejemplifica lo anterior observando que "el nombre escogido debe tener un doble sentido" o "suscitar respuestas distintas pero deseables de distintos grupos de edad". Ejemplifica esto último por referencia al "tema del Oeste" de Marlboro, que "sugiere independencia, aire limpio, espacios abiertos y libertad para el grupo juvenil y, al mismo tiempo, sugiere a la generación de más edad los 'buenos días de antaño', el trabajo duro, los sombreros blancos con preferencia a los negros, y cosas semejantes". *Ibid*., página 10.

[1971] British American Tobacco, Informe de 2001 relativo al empaquetado (Prueba documental AUS-23), página 1.

[1972] British American Tobacco, Informe de 2001 relativo al empaquetado (Prueba documental AUS-23), página 2.

[1973] British American Tobacco, Informe de 2001 relativo al empaquetado (Prueba documental AUS-23, página 2. El informe publicitario identifica también el "carácter de la marca" como "sustancia interior y estilo exterior; confianza interior y éxito exterior; imaginación interior y expresividad exterior; determinación interior y logro exterior; calidez interior y generosidad exterior; motivación interior y optimismo exterior; pasión interior y energía exterior; orgullo interior y alegría exterior; calidad interior y reputación exterior". *Ibid*., página 2.

[1974] Philip Morris, *"Marketing New Products in a Restrictive Environment"*, Reunión sobre mercadotecnia, Nápoles, Florida (junio de 1990), Nº Bates 2044762173/2364 (Reunión de Philip Morris sobre mercadotecnia de 1990) (Prueba documental AUS-96), página 12.

[1975] Reunión de Philip Morris sobre mercadotecnia de 1990 (Prueba documental AUS-96), página 24.

[1976] Reunión de Philip Morris sobre mercadotecnia de 1990 (Prueba documental AUS-96), páginas 29 y 31.

autorrealización y escogen conscientemente los productos que se ajustan a sus estilos de vida individuales".[1977]

- En un documento de 1992 de Philip Morris titulado "Opportunities in packaging innovation" (Posibilidades de innovación en materia de empaquetado), el "valor de lo nuevo" se identifica con "parece distinto", "aceptaría algo distinto", "parece más contemporáneo"; ahora; de los 90", "me hace sentirme especial, me hace sentir que mi marca me está prestando atención", "es atractivo a la vista", "llama la atención de los demás (con envidia)", "renueva mi atención a lo que estoy haciendo", "reaviva la adhesión, la excitación por mi marca", y "si pago todo el precio, debo obtener algo creativo, excitante, diferente".[1978]

- En un documento de 2000 relativo a los cigarrillos Alpine de Philip Morris, el autor observó que "los fumadores de este producto son vistos como 'sofisticación", "sensible a la moda", "adultos más jóvenes", "confiados", "expansivos/sociables", "más como yo", "más populares", y "relativamente innovadores".[1979]

- En otro documento elaborado para Philip Morris en 1994, al analizar a la fumadora de la marca Alpine y a "lo que ... ella desea", se hace referencia a: una "imagen femenina, de alto nivel social" (detallado en los siguientes términos: "sofisticación", éxito equilibrado como mujer", y se señala que "esto lo dan el filtro y el paquete blancos"), "gratificación emocional" (detallado en los siguientes términos: "relájate, recupera el control y la confianza"; "parece y siéntete atractiva").[1980] Bajo el encabezamiento "Reposicionando la marca Alpine para los 90", se destaca una "tendencia hacia la imagen de princesa" que se equipara a "algo más suave, menos dinámico (equilibrio), menos masculino", un poco más soñador.[1981] Por lo que respecta a los estilos del paquete y el tipo, se observa que "idealmente se desea un cruce entre la modernidad relajada y actual de Squiggles" y "la imagen de calidad refinada de Double Line".[1982]

- En un "libro blanco" para una promoción publicitaria de Camel se observa que: la "imagen actual de Camel en el mercado (es decir, las percepciones de la marca, no las percepciones publicitarias) incluye aspectos que son muy coherentes con los deseos de los varones adultos más jóvenes, y encajan perfectamente en aquello que Camel siempre ha representado".[1983] Se dice que esos aspectos incluyen "la independencia", "no sigue a la masa", "vive con arreglo a sus propias convicciones", "defiende sus convicciones", "no teme expresar su individualidad", "disfruta de ser distinto", y "no se conforma con lo ordinario".[1984]

- Australia presenta también un documento de Philip Morris titulado "Virginia Slims Rounded Corners Name/Pack Test" (Test del nombre/paquete con bordes redondeados Virginia Slims), en el que se exponen los resultados de un estudio de investigación cuantitativo con respecto a una propuesta de modificación del empaquetado de los cigarrillos Virginia Slims.[1985] Se señala que en entrevistas realizadas en 15 centros comerciales en los que se probaron distintos diseños de paquetes, el "paquete con ángulos redondeados modificado de cigarrillos pleno sabor y el paquete con ángulos redondeados de cigarrillos ligeros eran los que más probablemente se asociarían con atributos de imagen positivos como 'innovador', 'el paquete que mis amigos llevarían', 'elegante' y 'precio razonable'".[1986]

[1977] Reunión de Philip Morris sobre mercadotecnia de 1990 (Prueba documental AUS-96), página 33.
[1978] Philip Morris, "*Opportunities in Packaging Innovation*" (Prueba documental AUS-95), página 3.
[1979] Philip Morris, "*Alpine Cigarettes*" (Prueba documental AUS-107), página 12.
[1980] Colmar Brunton, "*Alpine Creative Presentation*" (Prueba documental AUS-108), páginas 9-10. (no se reproducen las cursivas)
[1981] Colmar Brunton, "*Alpine Creative Presentation*" (Prueba documental AUS-108), página 11.
[1982] *Colmar Brunton*, "*Alpine Creative Presentation*" (Prueba documental AUS-108), página 19.
[1983] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 3.
[1984] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 3.
[1985] *Philip Morris*, "*Virginia Slims Rounded Corners Name/Pack Test*" (Prueba documental AUS-168), página i.
[1986] *Philip Morris*, "*Virginia Slims Rounded Corners Name/Pack Test*" (Prueba documental AUS-168), páginas i y iv. "Era significativamente más probable que los cigarrillos pleno sabor del paquete con ángulos

- En un test de paquetes para Merit de Philip Morris, "en un esfuerzo por revitalizar la marca Merit", se realizaron investigaciones para conocer reacciones a distintos paquetes de distintas variantes de la marca. El estudio afirma que el objetivo de la investigación "era determinar el atractivo relativo de cada paquete entre los fumadores de Merit y los competidores, así como obtener información sobre las imágenes y los atributos del producto comunicados por cada paquete".[1987] Se calificaron tres alternativas de empaquetado para las tres variantes contrastándolas con una serie de percepciones, entre ellas si el paquete es "para fumadores de mi edad", "tiene un aspecto fresco, revitalizado", "parece que tiene clase", "atrae a la vista", "atractivo", "de alta calidad", "podría llegar a ser popular entre [adultos jóvenes fumadores]", es "para alguien como yo", "moderno/contemporáneo", "un paquete que me gustaría llevar", está "a la moda", es "guay/lo último", "aburrido/anodino", "genérico", "no atractivo" y "aspecto barato".[1988]

- En un estudio para RJ Reynolds concerniente a la familia de la marca Salem se pidió a los participantes que indicaran cuán bien consideraban que varias declaraciones describían a determinadas marcas, entre ellas si la marca es: "valiente y dinámica"; "cambiante a mejor"; "intrigante"; "prometedora"; "progresiva"; y "para fumadores adultos jóvenes urbanos". También se preguntó a los participantes si la marca "refleja una actitud que te gusta", "proyecta una sensación mística" y si "la recomendarían a un amigo adulto que fuma".[1989]

- En una presentación de mercadotecnia de Philip Morris que tuvo lugar en 1990 para la marca Longbeach se observa que "en investigaciones cualitativas se han identificado algunas de las razones del éxito de la marca" y que "se ha constatado que su empaquetado y publicidad proyectan un personalidad a la que aspiran muchos fumadores de valor superior, especialmente su actitud de libertad, escapada, suavidad y su genuino valor como marca de uso muy generalizado".[1990]

7.735. Estos datos nos indican que la industria tabacalera y sus empresas publicitarias consideran que el empaquetado del tabaco (incluidas las palabras, el diseño, la forma y otras características) pueden comunicar una amplia gama de imágenes que no solo están relacionadas con las características del producto, sino que también proyectan imágenes sobre su consumidor, como modernidad[1991], una imagen juvenil[1992], "sustancia interior y estilo exterior", "confianza interior y éxito exterior"[1993], "una expresión de identidad personal"[1994], "confiado", "expansivo/sociable", "muy popular"[1995], puede "destacar la participación, el compañerismo y el hecho de formar parte de un grupo"[1996]; "individualidad"[1997]; una forma de "mitigar el estrés, la tensión, la incomodidad, el aburrimiento y cosas parecidas"[1998]; "estar asociado con hacer lo propio de uno, ser capaz de aventurarse, distinto, adulto, o cualquier otra cosa que esté valorada individualmente"[1999]; "percibirse como algún tipo de experiencia nueva, algo que despierta alguna curiosidad, y algún

redondeados modificado se describieran como 'ligeros' en comparación con los paquetes con ángulos redondeados de transposición directa y la cajetilla estándar". Entre los nombres considerados para el paquete con ángulos redondeados, "se estimó que *Sleek Box* y *Contour Box* eran los más atractivos y adecuados en general", y "se les asignaron atributos de imagen más favorables, entre ellos 'estiloso', 'innovador', 'contemporáneo', 'exclusivo', 'suena distinguido' y 'sofisticado'". *Ibid*., página v.

[1987] Philip Morris, "*Merit Pack Test*" (Prueba documental AUS-170), página i.

[1988] Philip Morris, "*Merit Pack Test*: *Final Report*" (Prueba documental AUS-170), página 16.

[1989] RJ Reynolds, "*Salem A&A Study*" (Prueba documental AUS-171), página 95.

[1990] Philip Morris, Presentación sobre mercadotecnia de 1990 (Prueba documental AUS-544), página 18.

[1991] British American Tobacco, Informe de 2001 relativo al empaquetado (Prueba documental AUS-23), páginas 1-2; Philip Morris, "*Opportunities in Packaging Innovation*" (Prueba documental AUS-95), página 12; y *Philip Morris*, "*Merit Pack Test*" (Prueba documental AUS-170), página 16.

[1992] British American Tobacco, Informe de 2001 relativo al empaquetado (Prueba documental AUS-23), página 1.

[1993] British American Tobacco, Informe de 2001 relativo al empaquetado (Prueba documental AUS-23), página 2.

[1994] Philip Morris, Reunión de Philip Morris sobre mercadotecnia de 1990 (Prueba documental AUS-96), página 29.

[1995] Philip Morris, "*Alpine Cigarettes*" (Prueba documental AUS-107), página 12.

[1996] Memorándum de RJ Reynolds *de* 1973 (Prueba documental AUS-69), página 9.

[1997] Memorándum de RJ Reynolds *de* 1973 (Prueba documental AUS-69), página 9.

[1998] Memorándum de RJ Reynolds *de* 1973 (Prueba documental AUS-69), página 9.

[1999] Memorándum de RJ Reynolds *de* 1973 (Prueba documental AUS-69), página 9.

desafío"[2000]; hacer que el usuario "se sienta especial"[2001]; puede "llamar la atención de otros (con envidia)"[2002]; "gratificación emocional"[2003]; una manera de "parecer y sentirse atractivo"[2004]; "propensión al juego, la aventura social y el esfuerzo"[2005]; sensación de ser "estiloso"[2006]; "excepcional"[2007]; "guay" o "lo último"[2008]; "tradicional"[2009]; "anticuado"[2010]; "duro/robusto"[2011]; "de moda"[2012]; "aspecto caro"[2013]; "aspecto barato"[2014]; "remilgado"[2015], "valeroso y dinámico"; "intrigante"; "arriba y avanzando"; "progresivo"[2016]; y una noción de "independencia"[2017]; "no sigue a la masa"[2018]; "vive con arreglo a sus propias convicciones"[2019]; "defiende sus convicciones"[2020]; "no teme expresar su individualidad"[2021]; "disfruta siendo distinto"[2022]; "no se conforma con lo ordinario"[2023]; "libertad"[2024]; "escapada".[2025]

7.736. Esos datos nos indican que los diseñadores de las innovaciones del empaquetado de la industria tabacalera son conscientes del poder de la marca, incluidos el diseño y otros elementos del empaquetado, para suscitar determinadas respuestas en las mentes de los consumidores e imbuir a esos productos con imágenes con las que el posible consumidor querría estar asociado. Concretamente, los datos *supra* sugieren que el empaquetado del tabaco trata de capturar imágenes y asociaciones que son atractivas para el consumidor en lo que respecta a *lo que el paquete dice de* él, así como la *imagen del propietario que esos paquetes transmiten o suscitan*. En ese sentido, convenimos con el Profesor Fong en que:

> La diferenciación del producto es crucial para el empaquetado del tabaco en cuanto que aumenta el atractivo a través de un diseño (gráfico y estructural) del paquete encaminado a hacer que los productos de tabaco sean atractivos y estéticamente satisfactorios a la vista y a generar percepciones de *características de calidad* positivas del producto, *características de identidad y personalidad*, y percepciones de sabor positivas.[2026]

7.737. Las opiniones de los expertos y los documentos de la industria tabacalera resumidos *supra* proporcionan pruebas de que las imágenes y los mensajes transmitidos por el empaquetado del tabaco son de tal naturaleza que pueden transmitir la convicción de que el uso de tabaco puede satisfacer determinadas necesidades, o crear determinadas asociaciones con el usuario. Además, como se señala *supra*, se reconoce que los jóvenes y los adultos jóvenes son especialmente

[2000] Memorándum de RJ Reynolds *de* 1973 (Prueba documental AUS-69), página 9.
[2001] Philip Morris, "*Opportunities in Packaging Innovation*" (Prueba documental AUS-95), página 3.
[2002] Philip Morris, "*Opportunities in Packaging Innovation*" (Prueba documental AUS-95), página 3.
[2003] Colmar Brunton, "*Alpine Creative Presentation*" (Prueba documental AUS-108), página 10.
[2004] Colmar Brunton, "*Alpine Creative Presentation*" (Prueba documental AUS-108), página 10. Véase también Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), página 13.
[2005] Colmar Brunton, "*Alpine Creative Presentation*" (Prueba documental AUS-108), página 10.
[2006] Philip Morris, "*Virginia Slims Rounded Corners Name/Pack Test*" (Prueba documental AUS-168), página v; Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), página 13; y Philip Morris, "*Merit Pack Test*" (Prueba documental AUS-170), páginas 16-17.
[2007] Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), página 13.
[2008] Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), página 13; y Philip Morris, "*Merit Pack Test*" (Prueba documental AUS-170), páginas 16-17.
[2009] Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), página 13; y Philip Morris, "*Merit Pack Test*" (Prueba documental AUS-170), páginas 16-17.
[2010] Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), páginas 13 y 41-42.
[2011] Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), página 41.
[2012] Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), página 41; y Philip Morris, "*Merit Pack Test*" (Prueba documental AUS-170), páginas 16-17.
[2013] Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), páginas 41-42.
[2014] Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), página 41.
[2015] Philip Morris, "*New Parliament Pack Test*" (Prueba documental AUS-169), páginas 41-42.
[2016] RJ Reynolds, "*Salem A&A Study*" (Prueba documental AUS-171), página 95.
[2017] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 3.
[2018] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 3.
[2019] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 3.
[2020] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 3.
[2021] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 3.
[2022] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 3.
[2023] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 3.
[2024] Philip Morris, Presentación sobre mercadotecnia de 1990 (Prueba documental AUS-544), página 18.
[2025] Philip Morris, Presentación sobre mercadotecnia de 1990 (Prueba documental AUS-544), página 18.
[2026] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 165. (las cursivas son nuestras)

vulnerables al inicio del uso de tabaco en la medida en que crean que esas necesidades pueden satisfacerse mediante dicho uso. Así pues, las pruebas que tenemos ante nosotros, consideradas en su conjunto, respaldan la opinión de que las imágenes y las asociaciones que pueden imbuirse en los productos de tabaco en virtud de su empaquetado son de tal naturaleza que generan la convicción de que su uso atribuirá determinadas cualidades al usuario, y de que los adolescentes, en virtud de la naturaleza de sus procesos de adopción de decisiones, son especialmente vulnerables en cuanto a actuar sobre la base de esas convicciones, como se resume *supra*.[2027]

7.738. No obstante esta observación, tomamos nota de los argumentos de los reclamantes de que la repercusión de la marca, y las asociaciones positivas que puede generar, está limitada a la demanda secundaria (en contraste con la demanda primaria).[2028] Honduras describe así esta distinción:

> Como observa el Profesor Winer, para evaluar los efectos de las marcas en la demanda de un producto es fundamental tener en cuenta la distinción entre demanda primaria y secundaria. Por demanda primaria se entiende la demanda total de productos dentro de una rama de producción o categoría de productos. En el mercado de cigarrillos, la demanda primaria alude al volumen de cigarrillos de todas las marcas que los consumidores compran. La demanda secundaria mide la demanda de una determinada marca en un mercado. En el mercado de cigarrillos, la demanda secundaria representa los volúmenes de consumo de una marca específica, por ejemplo Dunhill, Marlboro, etc.[2029]

7.739. Con respecto a esta distinción y al papel que desempeña la mercadotecnia en relación con la demanda primaria y secundaria, los reclamantes hacen referencia a informes de expertos redactados por los Profesores Winer y Steenkamp. El Profesor Winer aduce que en un mercado maduro, como el de los cigarrillos, "las marcas no afectan a la demanda primaria ni a la magnitud del mercado, pero afectan a la demanda secundaria, a las opciones de los consumidores dentro del mercado".[2030] A juicio del Profesor Winer, una razón crucial por la que las marcas son muy efectivas como medio de generar una demanda secundaria en un mercado maduro es que los consumidores ya conocen el producto y las ventajas y desventajas que de él se perciben, y pueden ser clientes repetidores experimentados.[2031] En un mercado de estas características, las comunicaciones de la marca ayudan a los competidores a aumentar su cuota a expensas de otros participantes en la industria, en lugar de informar a los consumidores acerca de la existencia del producto.[2032] El Profesor Winer añade que posiblemente la mayoría de los consumidores no estarán dispuestos a cambiar de marca, pero el hecho de que algunos consumidores lo hagan constituye un poderoso incentivo para que las marcas luchen por mantener o aumentar su cuota de mercado, de manera que "el cambio o la amenaza de cambio es el fundamento de un mercado competitivo, porque las marcas tienen que esforzarse por mejorar su producto, servicios y/o propuestas de valor para crecer o, como mínimo, proteger su cuota de mercado y seguir siendo rentables y ofrecer valor a sus accionistas".[2033] El Profesor Winer hace referencia a diversos

[2027] Señalamos asimismo que las pruebas a que se hace referencia en los párrafos 7.732-7.736 indican que esa influencia puede ser creada por la marca de fábrica o de comercio, pero también por otros elementos del diseño, entre ellos, por ejemplo, los colores y las formas. Además, esos colores y formas eran aún admisibles antes de la introducción de las medidas TPP, y en consecuencia, a nuestro juicio, aún podían comunicar esos mismos mensajes. Véase también el informe de Biglan (Prueba documental AUS-13, figura 6; *United States v. Philip Morris* (Prueba documental AUS-71), párrafo 2653 (donde se citan el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994; y el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafos 3.1-3.6.

[2028] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 448-454; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 646. Véanse también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 208-209; y la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 683.

[2029] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 450 (donde se hace referencia al informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 28). Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 683 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafo 115; y el informe de Winer (Prueba documental UKR-9), página 32). Tanto Honduras como la República Dominicana se apoyan en el informe de Winer (Prueba documental UKR-9). Véanse la comunicación de Honduras al Grupo Especial fechada el 8 de julio de 2015; y las respuestas de la República Dominicana a preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva, párrafo 1.

[2030] Informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 29.

[2031] Informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 29.

[2032] Informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 30.

[2033] Informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 31.

estudios y observa que "dado que en las industrias maduras las campañas publicitarias no aumentan la demanda primaria agregada, las características del paquete protegidas por una marca de fábrica o de comercio en modo alguno pueden aumentar la demanda agregada, particularmente en un contexto en el que los riesgos para la salud son conocidos y el entorno es fuertemente contrario al tabaco", especialmente dada la falta de apoyo por parte de cualquiera de los otros "contextos promocionales habituales".[2034]

7.740. El Profesor Steenkamp, aunque rechaza la idea de que el empaquetado con marca es un instrumento publicitario específico, aduce que si el empaquetado tiene alguna función publicitaria, el efecto de esa publicidad en la demanda primaria[2035] está sobrevalorado.[2036] Pasa revista a varios estudios económicos sobre las elasticidades de la publicidad para estudiar la medida en que los aumentos de los gastos en publicidad del tabaco afectan a la demanda de los productos de tabaco. Tras concluir que la publicidad tiene en el mejor de los casos un efecto insignificante en la demanda primaria, añade que a pesar de ello las empresas se anuncian con el fin de aumentar sus ventas de distintas marcas, contribuir a la diferenciación de las marcas, cobrar un precio premium por sus marcas y crear obstáculos a la entrada de nuevos competidores.[2037]

7.741. Para oponerse a esas aseveraciones, Australia se apoya en informes de expertos redactados por los Profesores Chaloupka y Tavassoli. Concretamente, el Profesor Chaloupka analiza varios informes de, entre otros, el Director General de Sanidad de los Estados Unidos, el USIOM y el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos concernientes al papel que la publicidad y la promoción desempeñan en el uso de tabaco (y específicamente en su inicio), y critica a los expertos de los reclamantes porque no han tenido en cuenta esa información. Critica asimismo las bases sobre las que llegan a sus conclusiones sobre los efectos de la publicidad.[2038] El Profesor Tavassoli aduce que la publicidad puede ser efectiva para estimular la demanda primaria en categorías maduras, y que los efectos a nivel de la marca pueden afectar a las percepciones de las categorías de productos en su conjunto y como consecuencia de ello afectar a la demanda primaria.[2039]

7.742. Australia hace referencia a documentos internos de la industria tabacalera, a constataciones del Tribunal de Distrito para el Distrito de Columbia en el asunto Estados Unidos v. Philip Morris y a informes del Director General de Sanidad de los Estados Unidos, el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos, el USIOM y la OMS, en apoyo de la opinión de que se ha establecido la existencia de un nexo causal entre la mercadotecnia del tabaco y el uso de tabaco, incluido el inicio de dicho uso.[2040]

7.743. Tomamos nota de los estudios económicos que sugieren la existencia de "una repercusión en el mejor de los casos insignificante" de la publicidad en la demanda primaria de productos de tabaco a que hace referencia el Profesor Steenkamp.[2041] No obstante, también tomamos nota de la limitada capacidad de las pruebas econométricas basadas en datos agregados para detectar aumentos del consumo resultantes de un aumento de la publicidad, como se sugiere en un análisis

[2034] Informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafos 32-34.
[2035] El Profesor Steenkamp utiliza también la expresión "demanda de categoría".
[2036] Informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafo 90.
[2037] Informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 90-112. Tomamos asimismo nota del argumento del Profesor Neven de que, desde una perspectiva económica, la marca, como un tipo específico de estrategia de mercadotecnia, puede, en primer lugar, aumentar la disposición de los consumidores a pagar por un tipo de producto en particular; y, en segundo lugar, aumentar la inclinación de los consumidores a adquirir una *marca* en particular dentro de ese grupo de productos. El Profesor Neven argumenta que, en términos generales, es más probable que las medidas de mercadotecnia tengan efectos de expansión del mercado cuando un producto es nuevo y cuando los consumidores están aún relativamente poco informados acerca de sus características, y que a lo largo del ciclo de vida de un producto los elementos de la marca relacionados con la expansión del mercado (demanda primaria) tienden a perder progresivamente importancia, y son sustituidos por efectos de robo de negocio (demanda secundaria). Cuando los productos "son maduros, la marca puede de hecho no tener ya prácticamente ningún valor de expansión del mercado". Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), páginas 20-25. Véase también el informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafos 73-80.
[2038] Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafos 57-88.
[2039] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafos 42-53.
[2040] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 62-65.
[2041] Señalamos también a este respecto que los reclamantes han presentado estos argumentos como alternativa a su alegación principal de que no puede considerarse que el empaquetado actúe como un medio publicitario.

del Banco Mundial, citado por el Profesor Chaloupka, que es también coautor del mismo.[2042] Por consiguiente, consideramos adecuado tomar también en cuenta otras pruebas pertinentes que tenemos ante nosotros y que pueden aportar información sobre la posible repercusión de las características de la marca en el empaquetado del tabaco sobre la demanda y el consumo de productos de tabaco.

7.744. En este sentido, las pruebas que tenemos ante nosotros ponen de manifiesto que para mantener la demanda primaria de productos de tabaco a un nivel que sustente a la industria es preciso reclutar constantemente nuevos fumadores y "sustituir" a los que dejan de usar el producto porque lo han abandonado o han fallecido. Como ha observado el Director General de Sanidad de los Estados Unidos:

> Los jóvenes son un mercado estratégicamente importante para la industria tabacalera. Dado que muchos fumadores prueban su primer cigarrillo antes de cumplir los 18 años, los jóvenes son la principal fuente de nuevos consumidores de dicha industria, que año tras año tiene que sustituir a los muchos consumidores que dejan de fumar y a los muchos que fallecen como consecuencia de enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco.[2043]

7.745. Las pruebas también indican que los adultos jóvenes fumadores son un objetivo crucial de la mercadotecnia de las marcas, habida cuenta de su alto grado de fidelidad a la primera marca que escogieron. La industria tabacalera ha reconocido que este grupo de edad se caracteriza por un alto grado de fidelidad a la primera marca que ha escogido.[2044] De hecho, la industria ha señalado que "el envejecimiento de los adultos jóvenes fumadores, combinado con su fidelidad a la marca, garantiza el crecimiento de una marca durante decenios", de manera que "el futuro éxito

---

[2042] Véase el informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 79 (donde se cita a Jha y Chaloupka 1999 (Prueba documental AUS-51), páginas 49-50):

> Esos estudios pueden ser engañosos por las siguientes razones. En primer lugar, la teoría económica sugiere que la publicidad siempre tendrá una repercusión marginal decreciente en la demanda; es decir, cuando la publicidad de un producto aumenta los consumidores responderán gradualmente menos y menos a cualquier publicidad adicional y, en última instancia, la publicidad ya no producirá ningún efecto en ellos. La publicidad en la industria tabaquera tiene un nivel relativamente alto, alrededor del 6% de los ingresos por ventas, aproximadamente un 50% mayor que el promedio industrial. Así pues, es probable que cualquier aumento en el consumo que pueda derivar de un aumento de la publicidad sea muy pequeño y difícil de detectar. Esto no significa que si no hubiera publicidad el consumo sería necesariamente tan alto como lo es cuando la hay -sino únicamente que la repercusión marginal de un aumento de la publicidad es insignificante. En segundo lugar, los datos que registran la repercusión de la publicidad en las ventas suelen estar muy agregados para períodos de tiempo relativamente largos, para todos los anunciantes, en todos los medios de difusión, y a menudo para grandes poblaciones. Por consiguiente, cualesquiera cambios sutiles que pudieran ser aparentes a un nivel de análisis más desagregado quedan oscurecidos. En estudios que utilizan datos menos agregados los investigadores encuentran más pruebas de un efecto positivo de la publicidad en el consumo, pero esos estudios son costosos y requieren mucho tiempo, por lo que son raros.

Tomamos nota asimismo del ejemplo de la marca "Tropicana" utilizado por el Profesor Steenkamp en apoyo de su argumento de que los efectos de un cambio en el empaquetado están limitados a la demanda secundaria. El Profesor Steenkamp explica que un cambio en la apariencia del paquete de la marca "Tropicana" llevó a algunos consumidores a pasarse a otras marcas, lo cual, sugiere el Profesor Steenkamp, indica que la repercusión de ese cambio se manifiesta en la demanda secundaria, y no en la demanda primaria del producto (en aquel caso zumo de naranja). (Véase el informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 58-59). Destacamos, no obstante, las muy diferentes circunstancias de aquella situación comparada con la aplicación de un empaquetado uniforme a todas las marcas: en aquel ejemplo los productos competidores seguían estando disponibles para el consumidor en el empaquetado que era familiar, y algunos consumidores se pasaron a esas otras marcas. Como reconoce el Profesor Steenkamp, esta situación es muy distinta de la del empaquetado genérico del tabaco, donde *todas* las marcas son genéricas y en consecuencia no hay posibilidad de pasarse a otro producto que no haya sido afectado por el mismo cambio del empaquetado.

[2043] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994,Resumen (Prueba documental AUS-73), página 8. Véanse también el informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 50 (donde se señala que "la demanda primaria también depende de la capacidad de atraer a nuevos consumidores, sin los cuales se contraerá a largo plazo"); y el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 541.

[2044] Véase *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 1.

de cualquier marca de cigarrillos depende de su capacidad para atraer a los fumadores adultos más jóvenes, de entre 18 y 24 años de edad", y que "los fumadores de 18 a 24 años determinan las futuras tendencias de la industria tabacalera.[2045] De hecho, como observó el Instituto Nacional de Cáncer de los Estados Unidos:

> Para tener éxito, una marca de tabaco tiene que atraer a fumadores jóvenes que idealmente (desde la perspectiva del fabricante) pasen por una serie de etapas, desde la experimentación a la fidelidad a una marca en particular y al aumento del consumo a medida que cumplen años y se convierten en fumadores maduros. Dado que cada día aproximadamente 4.000 adolescentes de entre 12 y 17 años se inician en el hábito de fumar cigarrillos, los primeros años son crucialmente importantes para ayudar a los adultos jóvenes fumadores a seguir con una marca toda la vida, ayudando así a las empresas tabacaleras a aumentar la cuota de mercado total de la marca.[2046]

7.746. Teniendo en cuenta estos elementos, convenimos con la evaluación del Profesor Tavassolide que "la cuestión crucial desde la perspectiva de la adopción del producto no es si una categoría es madura o no, sino si un consumidor es nuevo dentro de la categoría".[2047] Las pruebas mencionadas *supra* indican que para sostener a la industria es fundamental reclutar a nuevos fumadores, y que la juventud es estratégicamente importante en ese sentido, dado que la adolescencia es la edad en la que generalmente tiene lugar de inicio[2048] y habida cuenta del alto grado de fidelidad a la marca que los jóvenes manifiestan cuando consumen tabaco.

7.747. Habida cuenta de lo anterior, no estamos persuadidos de que la repercusión de las marcas en los productos de tabaco, y las asociaciones positivas que puede generar, se limiten, como dicen los reclamantes, a la demanda secundaria. Por consiguiente, tampoco estamos persuadidos de que las pruebas que tenemos ante nosotros, consideradas en su conjunto, demuestren, como aducen los reclamantes, que el empaquetado del tabaco no podría desempeñar un papel influyendo en la decisión de fumar, y específicamente en el inicio del hábito de fumar, en particular entre los adolescentes y los adultos jóvenes, en virtud de las percepciones positivas y del atractivo del producto asociado creado por ese empaquetado.

7.748. Observamos asimismo que parte de las pruebas que tenemos ante nosotros sugieren que la edad de inicio de los fumadores de cigarros (puros) LHM es significativamente mayor que la de los fumadores de cigarrillos.[2049] Cuba hace referencia a una encuesta en línea del mercado de cigarros australiano (el "informe de Vision One")[2050], que constató que en su mayor parte los fumadores de cigarros LHM se inician cuando son adultos. Según este informe, se constató que en Australia la edad media de inicio del hábito de fumar cigarros LHM de los encuestados era de 31,1 años, en contraste con 17,7 años para el inicio del consumo de cigarrillos, y que la edad modal de inicio del consumo de cigarros LHM en Australia era de 30 años, en contraste con 18 años para el inicio del consumo de cigarrillos.[2051,] Cuba añade que un análisis estadístico de los resultados del informe de Vision One demuestra que solo un 2% de los fumadores de cigarros LHM empezó a fumar regularmente esos cigarros antes de cumplir los 18, y solo un 30%

[2045] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 1. (no se reproducen las cursivas)

[2046] Monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 19 (Prueba documental AUS-77), página 159.

[2047] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 52.

[2048] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 134; informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994 (Prueba documental CUB-66), página 51. Véase también el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994, Resumen (Prueba documental AUS-73), página 9.

[2049] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 244.

[2050] Informe de Vision One (Prueba documental CUB-79), párrafo 11 (al que se hace referencia en la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 245 y siguientes).

[2051] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 246 (donde se hace referencia al informe de Vision One (Prueba documental CUB-79), párrafos 14-15, gráficos 2-3). Cuba aduce, además, que el informe de Vision One demuestra que hay una pendiente aguda y pronunciada en el inicio del consumo de cigarrillos a medida que avanza la edad, y una curva más moderada en el inicio del consumo de cigarros LHM, lo cual indica que, según se constata, un 80% de los encuestados que alguna vez habían fumado cigarrillos empezaron a fumarlos regularmente cuando no habían cumplido los 19 años, mientras que un porcentaje similar de fumadores de cigarros LHM (69%) no había empezado a fumar regularmente cigarros LHM hasta los 20 a 39 años. Véase también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 247 (donde se hace referencia al informe de Vision One (Prueba documental CUB-79), párrafo 16, gráfico 4).

lo hizo antes de cumplir 24.[2052] Datos y análisis presentados por el Director General de Sanidad de los Estados Unidos en su informe de 2014 indican que el uso de cigarros entre los jóvenes y los adolescentes siguió manteniendo una pauta similar.[2053]

7.749. Cuba señala que el informe Vision One reconoce que los datos sobre inicio del hábito de fumar cigarrillos que reunió no son necesariamente representativos de la población fumadora de cigarrillos en Australia, ya que el informe se centró en un subconjunto de la población fumadora de cigarrillos, a saber, los actuales fumadores de cigarros LHM que alguna vez hubieran fumado cigarrillos de manera habitual.[2054] Por consiguiente, Cuba se apoya también en estadísticas sobre el inicio presentadas en el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994 para mostrar las mismas pautas de conducta en lo que respecta a los fumadores de cigarrillos.[2055] Con arreglo al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994, los datos relativos a la edad de inicio demuestran que si bien un 53% de las personas que hubieran fumado alguna vez diariamente cigarrillos empezaron a fumarlos diariamente antes de cumplir los 18 años, solo un 2% de las personas que actualmente fuman cigarros LHM había comenzado a fumar regularmente cigarros LHM a esa misma edad. Cumplidos los 29, casi todas (98,1%) las personas que hubieran fumado alguna vez cigarrillos diariamente habían empezado a fumar, mientras que menos de la mitad (49%) de las personas que actualmente fuman cigarrillos LHM había empezado a fumar regularmente esos productos.[2056]

7.750. Cuba añade que los fumadores de cigarros LHM son significativamente mayores que los fumadores de cigarrillos.[2057] Solo un 5% de los encuestados en la encuesta realizada por Vision One (todos los cuales respondieron que actualmente fuman regularmente cigarros LHM) tenía entre 18 y 25 años, mientras que la mayoría (47,1%) tenía entre 35 y 54 años (con un 66,9% de 35 años o más).[2058] En contraste, entre los encuestados en la Encuesta del estado de Victoria sobre consumo de tabaco y salud (VSHS) de 2013, de los que un 86,7% fumaba cigarrillos de fábrica y solo un 2,6% no fumaba cigarrillos, un 26,1% tenía entre 18 y 29 años, un 42,2% tenía entre 30 y 49 años, y un 31,7% tenía 50 años o más.[2059]

7.751. Según Cuba, la horquilla de edad de inicio más tardía para los consumidores de cigarros LHM es significativa a la luz de lo que se sabe sobre el inicio del hábito de fumar.[2060] El informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 concluyó que los esfuerzos de prevención del tabaco deben centrarse en los jóvenes, porque el consumo de tabaco comienza casi siempre en la infancia y la adolescencia (un 88% de los fumadores adultos que fuman diariamente comunican que a los 18 años ya habían empezado a fumar)[2061], y el informe de Chantler también concluyó que "la mayoría de los fumadores caen en la adicción cuando son niños o adultos jóvenes".[2062]

[2052] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 248 (donde se hace referencia al informe de Vision One (Prueba documental CUB-79), párrafo 17). Cabe comparar esto con el hecho de que poco más de la mitad (52%) de quienes alguna vez habían fumado cigarrillos empezaron a fumarlos regularmente antes de cumplir los 18 años, mientras que casi todos (92%) ya habían empezado a fumarlos regularmente al cumplir los 24.

[2053] Véase el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2014 (Prueba documental AUS-37), página 735.

[2054] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 249 (donde se hace referencia al informe de Vision One (Prueba documental CUB-79), párrafo 18).

[2055] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 249 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994 (Prueba documental CUB-66)).

[2056] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 250 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994 (Prueba documental CUB-66), párrafos 19-22, gráfico 6).

[2057] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 251.

[2058] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 251 (donde se hace referencia al informe de Vision One (Prueba documental CUB-79), párrafo 9(a)(ii) y apéndice I).

[2059] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 251 (donde se hace referencia a *Tobacco in Australia* 2012*,* fragmentos presentados por Cuba (Prueba documental CUB-13), capítulo 1, página 3 (Métodos), página 5 (cuadro 1), y página 6 (Análisis)). Esta fue una encuesta telefónica con adultos de más de 18 años residentes en el Estado australiano de Victoria, donde reside justo un poco menos de una cuarta parte de la población australiana.

[2060] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 252.

[2061] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 252 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012, fragmentos presentados por Cuba (Prueba documental CUB-26), páginas 3 y 8.

[2062] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 252 (donde se hace referencia al informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 6.11.

7.752. Cuba concluye, por consiguiente, que dado que los cigarros LHM rara vez son fumados por jóvenes, y habida cuenta de que es significativamente menos probable que los fumadores de más edad sean susceptibles al empaquetado genérico, no es probable que regular la apariencia del 25% de la cara anterior del empaquetado de los cigarros LHM contribuya algo a reducir los niveles de inicio del hábito de fumar cigarros LHM en Australia.[2063] Cuba destaca que las propuestas legislativas presentadas en la Unión Europea y el Reino Unido reflejan esas realidades demográficas.[2064] Aduce que esto tiene que haberse basado en datos compilados por la Oficina Nacional de Estadística del Reino Unido, que revelaban que en 2011, mientras que un 18% de las personas de entre 16 y 19 años fumaba cigarrillos, solo un 0,2% de este grupo de edad fumaba cigarros, y que en junio de 2014 "prácticamente todos los fumadores de cigarros tenían ... más de 25 años".[2065]

7.753. Australia señala, en respuesta, que las pruebas presentadas por la propia Cuba indican que un 30% de los fumadores de cigarros o puros grandes hechos a mano (LHM) empezaron a fumar antes de cumplir 24 años[2066], y que casi la mitad de los fumadores de cigarros LHM encuestados en el informe de Vision One encargado por Cuba había empezado a fumar esos productos entre los 20 y los 30 años.[2067] Australia añade que combinados con las tasas de inicio de otros productos, como los cigarros pequeños y los cigarritos, los cigarros ya no pertenecen al dominio de los "fumadores varones tradicionales". Antes bien, los cigarros se asocian cada vez más con un estatus superior, el lujo, la prosperidad, la sofisticación y el estilo, y la imagen de los fumadores de cigarros se ha adaptado en los últimos años para reflejar los cambios en el mercado de consumidores.[2068] Esto incluye innovaciones como la oferta de tubos de cigarros exclusivos, el empaquetado al fresco en papel de aluminio y la presentación en cajas de colores vivos.[2069] Australia añade que los consumidores a menudo conservan estas cajas de cigarros especiales, que exhiben incluso mucho después de haberlas comprado[2070], y que en lo que respecta a los cigarros la industria tabacalera es muy consciente de la importancia del empaquetado del producto.[2071]

[2063] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 254.

[2064] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 255. La propuesta de revisión de la Directiva sobre los productos de tabaco permite actualmente a los Estados miembros de la Unión Europea eximir a varios productos de tabaco que no son cigarrillos, incluidos todos los tipos de cigarros, de las prescripciones que imponen un aumento de las advertencias sanitarias gráficas y de la restricción del uso de ciertos aromatizantes, ya que esos productos "son principalmente consumidos por consumidores de más edad, cuando el objetivo de esta propuesta es reglamentar los productos de tabaco de manera que no alienten a los jóvenes a empezar a consumir tabaco". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 255 (donde se hace referencia a la Comisión Europea, "Preguntas y respuestas: nuevas normas sobre los productos del tabaco", Memo/14/134 (26 de febrero de 2014) (Prueba documental CUB-38)). De manera análoga, el documento de consulta pública concerniente a la propuesta del Reino Unido de introducir un reglamento que exige el empaquetado normalizado de los productos de tabaco explica que la reglamentación propuesta no tiene por objeto abarcar los cigarros, que se clasifican como un "producto de tabaco especializado" "dada su baja tasa de consumo, especialmente entre los jóvenes". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 255 (donde se hace referencia al Departamento de Sanidad del Reino Unido, "*Consultation on the Introduction of Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products*" (Consulta relativa a la adopción de un reglamento sobre el empaquetado normalizado de los productos de tabaco), junio de 2014 (Prueba documental CUB-67), párrafo 5.12).

[2065] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 255 (donde se hace referencia al Departamento de Sanidad del Reino Unido, "*Consultation on the Introduction of Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products*", junio de 2014 (Prueba documental CUB-67), párrafo 5.10, donde a su vez se hace referencia al sitio web de la Oficina Nacional de Estadística (2013) *Opinions and Lifestyle Survey*, *Smoking Habits Amongst Adults*, 2012).

[2066] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 160 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 248).

[2067] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 160 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 250).

[2068] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 160 (donde se hace referencia a Wenger *et al.* 2001 (Prueba documental AUS-182), página 279; y Jamner 1999 (Prueba documental AUS-183), página 188).

[2069] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 82 (donde se hace referencia a Swedish Match, "*New Launch on Game*" (Prueba documental AUS-99), página 5; Swedish Match, "*New Products*" (Prueba documental AUS-100), página 23; y Swedish Match, "*Cigars for a Trend-Conscious Generation*" (Prueba documental AUS-101), página 10).

[2070] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 82 (donde se hace referencia a Miller *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-102, DOM-315), página 4).

[2071] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 82 (donde se hace referencia a *Swedish Match*, Informe Anual correspondiente a 2013 (Prueba documental AUS-103), página 9).

7.754. Así pues, las pruebas que tenemos ante nosotros sugieren que existen determinadas diferencias demográficas y de edad que podrían reducir la importancia del inicio del hábito de fumar cigarros entre los jóvenes, especialmente los cigarros LHM, en comparación con el inicio del hábito de fumar cigarrillos entre los jóvenes. No obstante, como destaca Australia, los datos presentados por Cuba no sugieren que el consumo de cigarros LHM por jóvenes y adolescentes sería inexistente, o que el inicio de los jóvenes sería totalmente irrelevante en el contexto de los cigarros, incluidos los LHM. Esto se destaca en pruebas que tenemos ante nosotros relativas a la importancia que determinados consumidores otorgan al empaquetado de los cigarros, así como en las correspondientes políticas de comercialización de cigarros de las empresas tabacaleras a que hace referencia Australia.[2072] En particular, Australia ha presentado pruebas que indican que la mercadotecnia de cigarros también conlleva el uso de imaginería. En un estudio publicado en que se apoya Australia, los autores aducen que los aumentos en el hábito de fumar cigarros observados a final del decenio de 1990 son atribuibles a la "imagen positiva y de progreso que proyecta el hecho de fumar cigarros", que es consecuencia de publicaciones dedicadas a los cigarros como *Cigar Aficionado* y del aumento de la visibilidad y del uso por personas famosas, y destacan que el uso de cigarros se describe como "juvenil, independiente, vibrante, rebelde y frecuentemente femenino".[2073] Esta aseveración se ve respaldada por otro estudio publicado presentado por Australia, en el que se describe la promoción de los cigarros por el rapero americano Snoop Dogg, que se compara con otras campañas de publicidad de los cigarrillos que estaban dirigidas a "jóvenes varones afroamericanos y explotaban el género musical popular hip-hop para vender cigarrillos".[2074]

7.755. Estos elementos sugieren que la imaginería relacionada con las marcas de los cigarros puede ser utilizada para suscitar una conducta en a los adolescentes de manera similar a la que se ha observado en el contexto de los cigarrillos. Por consiguiente, no estamos persuadidos de que el empaquetado de los cigarros no pueda desempeñar un papel influyendo en la decisión de iniciar el consumo de cigarros, especialmente entre los adolescentes y los adultos jóvenes, en virtud de las percepciones positivas y el atractivo del producto asociado creados por ese empaquetado. En términos más generales, dada la reconocida importancia de las marcas por lo que respecta a los cigarros[2075], no vemos fundamento alguno para suponer que el empaquetado de los cigarros no podría contribuir al atractivo de los productos en forma similar a lo observado con respecto a los cigarrillos, de manera que una menor oportunidad de usar la imaginería de marca como consecuencia del empaquetado genérico de los cigarros también podría reducir su atractivo.

7.756. A pesar de estas conclusiones, tenemos presente la observación, hecha en particular por el Profesor Ajzen, de que el efecto de "arrastre" de las percepciones del producto, en este caso los productos de tabaco, a actitudes frente a dichos productos, y en última instancia a decisiones de compra, no es automático. Concretamente, por lo que respecta al empaquetado genérico del tabaco, no vemos fundamento alguno para suponer que una repercusión en los resultados proximales, incluida una reducción del atractivo de los productos de tabaco, llevaría *en todos los casos* a un cambio en las conductas tabáquicas. De hecho, no entendemos que esta sea la presuposición subyacente al diseño y la estructura de las medidas TPP. Antes bien, como se señala *supra*, entendemos que la presuposición subyacente al funcionamiento de las medidas TPP es que al menos algunos consumidores se verán influidos en sus conductas tabáquicas, y desalentados de empezar a fumar, si el atractivo de los productos de tabaco se reduce en virtud de su empaquetado genérico, en combinación con otras medidas de control del tabaco en vigor en Australia. El hecho de que esta medida sea, en virtud de su diseño, un elemento de una gama más amplia de medidas de control del tabaco destinadas a afectar a varios aspectos de la compleja y multifacética adopción de decisiones que conlleva la decisión de iniciar el hábito de fumar -

[2072] Observamos que el Director General de Sanidad de los Estados Unidos hizo referencia a datos sobre el inicio del consumo de cigarros en los Estados Unidos que mostraban una disminución entre los adolescentes en conjunto, pero un aumento entre los jóvenes adultos de origen hispánico entre 2006 y 2010. Véase el Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página149..

[2073] Jamner 1999 (Prueba documental AUS-183), página 188.

[2074] A. Richardson, O. Ganz y D. Vallone, "*The Cigar Ambassador: How Snoop Dogg uses Instagram to Promote Tobacco Use*", *Tobacco Control*, volumen 23 (2014) (Prueba documental AUS-180), página 80.

[2075] Véase la respuesta de Cuba a la pregunta 29 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

incluidas las restricciones de la publicidad y la promoción de los productos de tabaco[2076] y las campañas de mercadotecnia social[2077]- es coherente con esta interpretación.

Abandono el hábito de fumar y recaída

7.757. Los reclamantes también aducen que las medidas TPP no pueden tener influencia en las otras conductas tabáquicas a las que dichas medidas apuntan, a saber el abandono del hábito de fumar y la recaída. Honduras aduce que las medidas TPP "son fundamentalmente poco adecuadas para tener algún efecto en la conducta de los fumadores actuales o los exfumadores".[2078] La República Dominicana aduce que "no hay pruebas creíbles que respalden la posición de Australia de que las medidas relativas al empaquetado genérico podrían contribuir al abandono del hábito de fumar".[2079] Cuba sostiene que "el empaquetado del tabaco no es un factor importante para alentar al abandono o impedir la recaída".[2080] Indonesia afirma que "es sumamente improbable que [las medidas TPP] tengan un efecto significativo en el número de personas que dejan de fumar"[2081], y que "la posibilidad de que [el empaquetado genérico] llegue alguna vez a tener un efecto significativo en la prevalencia del consumo de tabaco es puramente especulativa".[2082] Australia responde que, en el contexto del abandono y la recaída, el empaquetado del tabaco "desempeña un papel importante" al "ofrecer un estímulo visual y un recordatorio a los fumadores que han dejado de fumar o lo están intentando.[2083]

7.758. Por consiguiente, a continuación examinaremos las pruebas que tenemos ante nosotros por lo que respecta a los determinantes del abandono del hábito de fumar y la recaída y si, como aducen los reclamantes, el empaquetado genérico de los productos de tabaco no podría afectarlos.

7.759. Honduras y Cuba se apoyan en un informe de experto de la Dra. Satel, que sostiene que los fumadores (como los consumidores de estupefacientes en general) prefieren obtener beneficios a corto plazo a expensas de no proteger sus intereses a largo plazo (lo que denomina "descontar")[2084], y añade que el empaquetado genérico no afectaría al fenómeno de descuento.[2085] Afirma que "en ausencia de preocupaciones concretas sobre las consecuencias negativas, de motivación para dejarlo y de confianza en la propia capacidad para dejarlo, no hay pruebas que indiquen que el empaquetado genérico contribuirá realmente a inclinar la balanza en favor de dejarlo.[2086] La Dra. Satel analiza el término "estímulos condicionados" para fumar[2087], que se refiere a una "señal -como la propia sustancia (el cigarrillo, su olor) o su contendedor (el paquete)- que provocan el deseo de fumar porque la experiencia anterior ha establecido firmemente el vínculo entre la señal y los efectos positivos de fumar".[2088] A juicio de la Dra. Satel, "esta forma de aprendizaje representa un condicionamiento pavloviano clásico", en virtud del cual el paquete, el cenicero o el propio encendedor pueden producir un deseo inmediato de fumar. La Dra. Satel añade que "en un régimen de empaquetado genérico, un paquete marrón genérico -en contraste con un paquete con marca- simplemente se convertirá en un estímulo visual normal para el fumador".[2089] Así pues, la Dra. Satel mantiene que aunque sea correcto que los fumadores y los exfumadores pueden responder a la vista de un paquete o una exhibición de cigarrillos con un deseo inmediato de comprar, "es improbable que el empaquetado genérico mitigue ese deseo", ya que "cabe suponer que se produciría una sustitución del estímulo condicionado, y el paquete genérico simplemente adquiriría el significado del anterior paquete con marca".[2090] En lo tocante a la recaída, la Dra. Satel sostiene que esa conducta es determinada por "eventos episódicos", como un divorcio, el inicio del hábito de fumar por un compañero sentimental, o conflictos con otros como factores de riesgo, y que la tensión económica, la

[2076] Véase la sección 2.2.2 *supra*.
[2077] Véanse el párrafo 2.71 *supra* y la sección 7.2.5.6.4 *infra*.
[2078] Primera comunicación escrita de la Republica Dominicana, párrafo 705.
[2079] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 442.
[2080] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 214.
[2081] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 413.
[2082] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 420.
[2083] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 87.
[2084] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafos 22-23. La Dra. Satel hace referencia a una tendencia a "descontar" y a "un sesgo cognitivo por la autogratificación en el presente".
[2085] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 25.
[2086] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 33.
[2087] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 37.
[2088] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 38.
[2089] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 39.
[2090] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 42.

inseguridad laboral, las relaciones sociales con personas que fuman y la escasez de oportunidades de descanso y recreo hacen a los que han dejado de fumar vulnerables a la recaída.[2091] Añade que los predictores de la recaída incluyen también las preocupaciones por el peso corporal y la falta de sensación de autoeficacia. Así pues, según la Dra. Satel, cuando los exfumadores recaen, "pueden desear los placeres y beneficios de fumar que han perdido".[2092] La Dra. Satel afirma que no hay pruebas convincentes de que el diseño del paquete represente un papel importante en cuanto a estimular la reanudación del hábito de fumar[2093], y que la apariencia del propio paquete "no desempeña ningún papel en la red de factores que motivan a los pacientes a seguir sin fumar y a proceder al abandono".[2094] En la medida en que un paquete de cigarrillos sirva como estímulo para sacar un cigarrillo, el paquete genérico servirá también como recordatorio, ya que adquirirá la condición de estímulo condicionado.[2095]

7.760. En un informe de experto presentado por Honduras y la República Dominicana, la Profesora Fischer aduce que la adicción al tabaco resulta en una liberación reiterada y elevada de dopamina que se produce en presencia de estímulos relacionados (o "señales ambientales que anteriormente se han asociado con el hecho de fumar").[2096] A juicio de la Profesora Fischer, esta asociación, en virtud del condicionamiento clásico o pavloviano, aumenta "hasta el punto en que la exposición a señales ambientales que están asociadas con la conducta puede inducir un fuerte deseo de tomar la droga (es decir, ansia)".[2097] Observa que esto puede estar afectado por, entre otras cosas, un ansia inducida por estímulos.[2098] Por lo que respecta al empaquetado como señal para fumar, la Profesora Fischer afirma tres cosas. En primer lugar, sostiene que el vínculo entre estímulos, ansia y conducta tabáquica es "mucho más débil de lo que cabría esperar"[2099], y que "del mero hecho de que los estímulos puedan inducir el ansia no se sigue necesariamente que esta suscite la conducta tabáquica real".[2100] En segundo lugar, la Profesora Fischer afirma que hay un amplio grado de variación en la medida en que los distintos estímulos demuestran una capacidad para inducir el ansia, y que en ese sentido hay pruebas claras de la existencia de un jerarquía entre estímulos[2101], y que "hay pruebas de que el paquete de cigarrillos era el más débil de una serie de estímulos proximales establecidos".[2102] En tercer lugar, mantiene que en el marco del empaquetado genérico del tabaco, "los fumadores simplemente verán que una forma de estímulo para fumar es sustituido por otra".[2103] Detalla que los paquetes genéricos adquirirán muy rápidamente la condición de estímulo que tenían los paquetes antiguos en virtud del mismo proceso de condicionamiento clásico, con el efecto de que "si bien determinadas características del estímulo pueden haber cambiado, su capacidad esencial para actuar como estímulo -que surge por su asociación con los cigarrillos y la conducta tabáquica- seguirá siendo la misma".[2104] La Profesora Fischer sostiene que si cigarrillos "esencialmente genéricos" pueden exhibir saliencia, "no hay ninguna razón para que los paquetes genéricos no puedan ser también fuertemente salientes sin imaginería de marca"[2105], y añade que los paquetes genéricos no funcionarían de forma diferente a la de otros estímulos genéricos fuertemente contingentes (como los cigarrillos, los ceniceros, las cerillas y el humo de tabaco ambiental). En su opinión, dado que "todos los paquetes son parecidos" los paquetes genéricos podrían tener una contingencia más fuerte que los paquetes con marca, porque el paquete genérico sería el único asociado con el hecho de fumar por todos los fumadores en todo momento.[2106] La Profesora Fischer también analiza la recaída e identifica como factores comúnmente asociados con esta el afecto (estado emocional) negativo, una mayor dependencia de la nicotina, y el síndrome de abstinencia.[2107] La Profesora Fischer destaca que hay muestras clínicas que indican que la recaída puede predecirse por la presencia de síntomas de abstinencia y mayores niveles de dependencia de la nicotina; un afecto (estado emocional)

[2091] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 34.
[2092] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 34.
[2093] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafos 34-36.
[2094] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 44.
[2095] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 39.
[2096] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 34.
[2097] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 34.
[2098] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 35.
[2099] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 64.
[2100] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafos 68-69.
[2101] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 71.
[2102] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 73.
[2103] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 76.
[2104] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 77.
[2105] Informe de réplica de Fischer (Prueba documental DOM/HND-11), párrafos 23-25.
[2106] Informe de réplica de Fischer (Prueba documental DOM/HND-11), párrafos 26-28.
[2107] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 19.

negativo; ser más joven en el momento del intento de dejar de fumar; antecedentes de trastornos psiquiátricos comórbidos, entre ellos trastornos de ansiedad pasados o actuales, depresión y esquizofrenia; e inexistencia de enfermedades relacionadas con el tabaco.[2108] Señala que, a nivel de población, la recaída se ha asociado a la presencia de síntomas de abstinencia e intentos de dejar de fumar que han fracasado recientemente; afecto negativo; un nivel inicial más alto de dependencia de la nicotina; género, estatus socioeconómico inferior; estatus social subjetivo inferior; y situaciones de alto estrés tras un período de estrés bajo.[2109] Afirma también que la incapacidad de las actuales investigaciones para identificar coherentemente factores tratables asociados con la recaída en el hábito de fumar "pone de relieve la naturaleza compleja e individual del proceso de abandono del hábito de fumar".[2110]

7.761. Australia presenta un informe de experto del Dr. Brandon, que afirma que, en lo que respecta a la "reactividad al estímulo condicionado", las señales varían en su capacidad de convertirse en estímulos condicionados efectivos en función de si se presentan o no cerca del estímulo incondicionado, en términos tanto espaciales como temporales ("proximidad espaciotemporal"), de si serán aparentes y atraerán la atención del sujeto ("saliencia"), y de si estarán emparejados de manera fiable, con relativamente pocas apariciones no emparejadas del estímulo condicionado o el estímulo incondicionado sin el otro ("contingencia fuerte").[2111] Aplicando estos criterios, el Profesor Brandon afirma que los paquetes de cigarrillos están casi siempre presentes inmediatamente antes de que un individuo fume (proximidad); la marca está destinada a atraer la atención del consumidor y despertar sus recuerdos (saliencia); y hay un emparejamiento casi perfecto entre la manipulación de un paquete y el hecho de fumar (contingencia).[2112] El Dr. Brandon señala que "hay argumentos razonables" para afirmar que los paquetes genéricos podrían adquirir la condición de estímulo condicionado, pero añade que "hay razones para creer que el empaquetado genérico sería un estímulo condicionado menos efectivo que un paquete con la marca completa".[2113] Concretamente, "mientras que la proximidad no cambiaría con el empaquetado genérico, [la saliencia y la contingencia] tal vez lo harían.[2114] El Dr. Brandon detalla que "un paquete marrón oscuro apagado con un pequeño texto normalizado está diseñado para ser menos saliente que un paquete de tabaco con la marca completa", y además "es probable que la fuerte contingencia entre el hecho de ver la propia marca y el hecho de fumar se reduzca".[2115] En lo tocante a la recaída, el Dr. Brandon señala que esta se ha "emparejado de manera fiable" con la presencia de otros fumadores, el uso de alcohol, el estrés y los estados de humor negativos "entre otras [situaciones]", y que esas observaciones corroboran las pruebas relativas a la reactividad a los estímulos en la motivación para fumar.[2116] Basándose en esta relación con la reactividad a los estímulos, el análisis que el Dr. Brandon hace de la conducta de recaída se desarrolla en buena medida en el contexto del abandono, como se resume *supra*.

7.762. Por lo que respecta a esta prueba, observamos, en primer lugar, que el abandono y la recaída, aunque en el artículo 3(2) de la Ley TPP se identifican como conductas separadas en las que se espera influir mediante el funcionamiento de los mecanismos específicos del artículo 3(1), son analizadas juntas por todas las partes y por los expertos en cuyos informes se apoyan.

[2108] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 55.
[2109] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 56.
[2110] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 58.
[2111] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 42. El Profesor Brandon también sostiene que, en el contexto del tabaco, la privación de la nicotina y la oportunidad de fumar son condiciones que se ha demostrado que mejoran la respuesta condicionada a estímulos relacionados con el hábito de fumar. Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 44. Véase también la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 97-100.
[2112] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 59. El Profesor Brandon también señala que normalmente el fumador opta por encender un cigarrillo al sentir los primeros síntomas de la falta de nicotina, que comienzan 30 minutos después del último cigarrillo, y que cuando el fumador sabe que hay una oportunidad para fumar se producen respuestas condicionadas más fuertes. Argumenta que esos factores "que amplifican la respuesta condicionada de los fumadores afectan también a los paquetes de cigarrillos", ya que los fumadores "normalmente fuman después de un período de privación de nicotina, durante las primeras etapas de falta de nicotina", y "probablemente verán su paquete cuando se encuentran en ese estado". También mantiene que "el paquete de cigarrillos -salvo que se sepa que está vacío- también señala la posibilidad de fumar". Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafos 45 y 59.
[2113] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafos 76 y 88.
[2114] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafos 76 y 88.
[2115] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafos 76 y 88.
[2116] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 49.

7.763. Señalamos, en segundo lugar, que hay algunas diferencias en la manera en que los Dres. Satel y Brandon, y la Profesora Fischer describen los determinantes del abandono del hábito de fumar. Sin embargo, también señalamos que están de acuerdo en lo que respecta a la química cerebral subyacente al condicionamiento clásico, o pavloviano, y aceptamos que esto es aplicable en el contexto de la adicción a los productos de tabaco.[2117] También convienen en que en este contexto un estímulo puede ser suficiente para instigar una reacción en el cerebro del fumador adicto: ni los reclamantes, ni Australia, ni sus respectivos expertos niegan que la reactividad a los estímulos sea uno de los muchos factores que pueden influir en la capacidad de un fumador para dejar de fumar, o la capacidad del que ha dejado de hacerlo recientemente para no recaer[2118], si bien discrepan en cuanto a la fuerza de esa relación.[2119] Por último, las partes, a través de sus expertos, también parecen convenir en que el empaquetado del tabaco puede constituir un estímulo para el consumo de productos de tabaco, en la medida en que satisface muchos de los elementos comunes de los estímulos.[2120]

7.764. La diferencia de opinión entre los expertos de las partes concierne a si la adopción de paquetes de tabaco genéricos en Australia tendrá alguna influencia en los elementos que hacen del empaquetado del tabaco un estímulo y, en consecuencia, obrará en menoscabo de la capacidad del paquete de "presentar un estímulo visual y un recordatorio a los fumadores que han dejado de fumar o están tratando de hacerlo".[2121] En ese sentido, como se indica *supra*, el Dr. Brandon afirma que "entre las características fundamentales de un estímulo condicionado por" están la proximidad espaciotemporal, la saliencia y la contingencia fuerte.[2122] La divergencia crucial entre los expertos de las partes a este respecto guarda relación con la saliencia y la contingencia -concretamente, con si es probable que los paquetes genéricos sean menos salientes y menos contingentes y, en consecuencia, menos efectivos como estímulos, que los paquetes con marca.[2123]

7.765. Por lo que respecta a la saliencia, el Dr. Brandon sostiene que "un paquete marrón oscuro apagado con un pequeño texto normalizado está diseñado para ser menos saliente que un paquete de tabaco con la marca completa".[2124] Añade lo siguiente:

> De hecho, la finalidad misma de la indicación de la marca completa y la razón por la que la industria tabacalera (y cualquier otra industria de productos de consumo) utiliza marcas y logotipos es para llamar la atención del consumidor y asociar el producto con la marca. Así pues, una marca efectiva es, por definición, saliente. Es dudoso que la industria tabacalera se opusiera al empaquetado genérico si realmente creyera que los consumidores no prestan atención a su logotipo y marca completa y los asocian con efectos inmediatos de reforzamiento de la nicotina.[2125]

7.766. De esta noción se hace eco un informe de experto del Profesor Tavassoli, presentado por Australia, en el que este aduce que las medidas TPP pueden reducir la saliencia del empaquetado de tabaco (es decir, disminuir la atención prestada al empaquetado del tabaco). Mantiene que la atención se utiliza para seleccionar información que es necesaria y/o que influirá en ulteriores juicios, de manera que los responsables de la mercadotecnia tratan de controlar la atención de los consumidores en los entornos de compra utilizando paquetes de colores vivos y otras técnicas para llamar la atención incitarles a considerar que las ofertas de un producto. Señala que "los colores, en particular, son importantes para los responsables de la mercadotecnia porque son un dispositivo que capta la atención". Añade que en el mercado oscuro de Australia para los productos de tabaco (y antes de la introducción de las medidas TPP), la saliencia podría no ser efectiva en el

[2117] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafos 38-39; informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 34 (y en general parte E); e informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafos 39-41.

[2118] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 38; informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 49; e informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafos 46-52.

[2119] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafos 44-46; informe de Fisher (Prueba documental DOM/HND-7), partes F y H; e informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 83.

[2120] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 39; informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), parte I; e informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafos 60-69.

[2121] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 87.

[2122] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 42.

[2123] Véanse el informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 66; y el informe de réplica de Brandon (Prueba documental AUS-534), párrafo 24.

[2124] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 76.

[2125] Informe de réplica de Brandon (Prueba documental AUS-534), párrafo 25.

punto de venta, pero la utilización posterior a la venta podría ser activada por la saliencia del paquete del producto.[2126]

7.767. La Profesora Fischer, por su parte, mantiene que la comparación entre la saliencia relativa de los paquetes de tabaco con marca y los genéricos pasa por alto el hecho de que los paquetes genéricos australianos están "dominados por una gran advertencia sanitaria", de manera que hay una posibilidad limitada de que la saliencia difiera debido a la diferencia residual en la imaginería de marca.[2127] De manera análoga, el Profesor Steenkamp aduce que la falta de ASG en los ejemplos utilizados por el Profesor Tavassoli (entre otros) no tiene en cuenta el mensaje negativo que las transmiten las ASG en los paquetes australianos.[2128]

7.768. En relación con estos argumentos, observamos que los expertos de los reclamantes no han contestado a la descripción que hace Australia de la noción de saliencia, que alude al nivel de atención prestada (en este contexto) al empaquetado del tabaco. Además, al menos algunos de los expertos de los reclamantes han reconocido la posibilidad de que determinadas característica del empaquetado del tabaco, como los colores o los gráficos, a los que se refiere específicamente el Profesor Tavassoli, tengan un cierto grado de saliencia[2129]; sin embargo, no están de acuerdo en cuanto al efecto que esos elementos de la marca pueden tener, dada la presencia simultánea y la saliencia de las ASG (las cuales, aducen, en última instancia transmiten un "mensaje dominante" que es "sumamente negativo"[2130]) y del papel de otros factores que se sabe afectan al abandono y a la recaída en general.[2131] A este respecto, tomamos nota del argumento de la Profesora Fischer de que, a la luz de esas ASG, "hay una *posibilidad limitada* de que la saliencia difiera debido a la diferencia residual en la imaginería de la marca"[2132], y de que el Profesor Steenkamp se centra en el *efecto relativo* de los mensajes positivos y negativos transmitidos por las partes con elementos de marca y dominadas por ASG (respectivamente) del empaquetado del tabaco a la luz de las diferencias de tamaño de esas partes de la cara del paquete, y no en la *existencia* de mensajes, tanto positivos como negativos.[2133]

7.769. Estas pruebas nos sugieren que se entiende que el uso de características visuales como colores o logotipos tiene en principio la capacidad de repercutir en la saliencia de un paquete, y que la saliencia de un paquete es un elemento de su poder como estímulo condicionado. La cuestión a resolver es, más bien, en qué medida la saliencia del paquete, y por consiguiente su capacidad de actuar como estímulo, podría al menos *reducirse* eliminando esas características en las partes del empaquetado del tabaco que no están cubiertas por las ASG. En ese sentido, aunque convenimos en que el tamaño de las ASG reduce la parte del paquete en la que las características de la marca pueden utilizarse para ganar saliencia, comparado con un paquete que no lleva esas grandes ASG, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que esta circunstancia impediría totalmente que las características de la marca contribuyeran a la saliencia del paquete y a su capacidad para actuar como estímulo.

7.770. Tomamos también nota de la afirmación del Dr. Brandon de que los paquetes de tabaco genéricos tendrían una menor "contingencia" y, por consiguiente, también constituirían un estímulo más débil que los paquetes de tabaco con marca. El Dr. Brandon describe la contingencia en este contexto en el sentido de que guarda relación con la medida en que el estímulo condicionado (el paquete) y el estímulo incondicionado (el cigarrillo) están "emparejados de manera fiable", en cuanto que hay relativamente pocas apariciones no emparejadas del estímulo condicionado o el incondicionado sin el otro.[2134] El Dr. Brandon describe la manera en que el propio cigarrillo está emparejado de manera fiable con el hábito de fumar, y observa que también hay un emparejamiento casi perfecto entre la manipulación de un paquete y el hecho de fumar.[2135] En otra parte de su informe, el Dr. Brandon destaca que la contingencia se da entre "el hecho de ver

[2126] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 101.
[2127] Informe de réplica de Fischer (Prueba documental DOM/HND-11), párrafo 21.
[2128] Informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafos 42-43.
[2129] Véase el informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafo 40, donde se reconoce el papel del "uso vivaz de colores o gráficos" examinado por el Profesor Tavassoli como un factor de saliencia del paquete.
[2130] Informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), sección 2.3.2.
[2131] Informe de réplica de Fischer (Prueba documental DOM/HND-11), párrafo 21.
[2132] Informe de réplica de Fischer (Prueba documental DOM/HND-11), párrafo 21. (las cursivas son nuestras)
[2133] Informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafos 36-39.
[2134] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 42.
[2135] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 59.

la propia marca y el hecho de fumar".[2136] En respuesta, la Profesora Fischer mantiene, basándose en un escrito de 1995 del Dr. Brandon, que este:

> Acepta que hay una fuerte contingencia ("alta correlación con la aportación de nicotina") entre el hecho de fumar y los estímulos proximales genéricos, como los cigarrillos, los ceniceros, las cerillas y el humo de tabaco ambiental. Considérense los cigarrillos y los paquetes genéricos. Un fumador verá cigarrillos en al menos tantas situaciones como en las que ve paquetes genéricos. Aunque los cigarrillos se ven por todas partes, el Dr. Brandon acepta en su informe y en su escrito de 1995 que son un poderoso -cuando no el más poderoso- estímulo condicionado.[2137]

7.771. El Dr. Brandon no aborda esta afirmación en su segundo informe. Sin embargo, sostiene, en un contexto distinto, que la idea de que los cigarrillos sin marca o con una indicación mínima de esta puedan ser potentes estímulos para fumar no indica que la marca carezca de consecuencias, sino, por el contrario, que los cigarrillos maximizan el factor de contingencia asociado con el condicionamiento clásico.

7.772. Globalmente, estas pruebas indican que la presencia de elementos de la marca en el empaquetado del tabaco puede aumentar la contingencia del paquete y del hecho de fumar (es decir, la medida en que están emparejados), de manera que la eliminación de esos elementos podría, a su vez, reducir esa contingencia y por tanto reducir la capacidad del paquete de actuar como un estímulo condicionado. No obstante, al mismo tiempo, observamos que el propio experto de Australia, Dr. Brandon, reconoce que hay "argumentos razonables" en el sentido de que los paquetes genéricos adquirirían ellos mismos la condición de estímulos condicionados, y de que también otros elementos genéricos pueden actuar como estímulos condicionados. Esto hace pensar que se reconoce que en un mercado donde solo se dispone de paquetes genéricos, y donde estos son los únicos paquetes universalmente asociados con el hecho de fumar para todos los fumadores en todo momento, la eliminación de la capacidad de los elementos de la marca de actuar como estímulos en el paquete no impediría que el paquete mismo siguiera actuando, al menos en cierta medida, como un estímulo condicionado, en cuanto que se reconoce que está estrechamente emparejado/asociado con el acto de fumar.

7.773. Tomamos nota asimismo de las pruebas que tenemos ante nosotros que subrayan el carácter adictivo de otros productos de tabaco, como los cigarros (puros).[2138] Observamos a este respecto que en Parr *et al.* 2011b se abordan las percepciones de "la facilidad de dejar de fumar" en relación con los cigarros y los cigarritos. Constata que se percibía que los cigarritos empaquetados genéricamente eran "los más fáciles de abandonar[2139] y que esto "se debía a la baja deseabilidad del paquete [genérico]".[2140] En lo que respecta a los cigarros premium, en Parr *et al.* 2011b se concluye que "en ambos tipos de fumadores de cigarros se percibió poca necesidad de 'dejar' de fumar"[2141] pero se constata que a este respecto había diferencias "en función del producto y el rango de audiencia":

> Por ejemplo, aunque los fumadores menos frecuentes de cigarros premium consideraban que el empaquetado genérico reduce el atractivo y la idoneidad para

[2136] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 76.

[2137] Informe de réplica de Fischer (Prueba documental DOM/HND-11), párrafo 27.

[2138] Véase Cigarros: Hechos y cifras (Prueba documental AUS-34) ("los cigarros contienen los mismos compuestos adictivos, tóxicos y carcinogénicos que los cigarrillos y no son una alternativa inocua. De hecho, un solo cigarro grande puede contener tanto tabaco como todo un paquete de cigarrillos").

[2139] Según Parr *et al.* 2011b, "en lo que respecta a la medición de la facilidad del abandono del hábito de fumar no se encontró una coherencia evidente en la manera en que se calificaban los diferentes paquetes en cuanto a la facilidad percibida y la consideración de que el paquete [genérico] contenía los cigarrillos que eran más fáciles de abandonar. Este resultado parecía estar influido por diversas interpretaciones de la cuestión, como se observó con respecto a los fumadores de tabaco para liar" Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 9.

[2140] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 11.

[2141] "No se consideraban a sí mismos 'adictos' a su hábito de la misma manera en la que percibían que los fumadores de cigarrillos eran "adictos". Al no percibirse la "adicción" tampoco había necesidad de abandonar. Ambos tipos de fumadores de cigarros tenían también bajas percepciones de cualesquiera riesgos para la salud relacionados con el hecho de fumar cigarros, lo que a su vez contribuía a que no se percibiera la necesidad de dejar de fumar. Dado que la mayoría no fumaba diariamente, sino más bien una vez por semana o una vez cada dos semanas, tampoco sentían que la frecuencia con la que fumaban justificaba preocuparse por los efectos en la salud o la necesidad de dejar de fumar". Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10.

> ocasiones específicas (como la de hacer un regalo) y en consecuencia era más probable que los llevara a dejar de fumar, en su mayoría los fumadores frecuentes de cigarros premium no se sentían afectados por el empaquetado genérico y en consecuencia no era probable que dejaran de fumar debido a él".[2142]

7.774. Basándonos en lo anterior, en definitiva, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que el empaquetado genérico de los productos de tabaco, incluidos los cigarros (puros), no puede influir en el abandono del hábito de fumar o la recaída afectando a la capacidad del paquete de actuar como un estímulo condicionado para fumar y de ese modo a la capacidad de los fumadores para dejar de fumar, o para seguir sin fumar.

7.775. Al mismo tiempo, como en el contexto del inicio, tenemos presente la observación de que el efecto de "arrastre" de las percepciones del producto, en este caso los productos de tabaco, a actitudes con respecto a él y, en última instancia, a decisiones de compra, no es automático. En el contexto del abandono y la recaída, tanto el Profesor Ajzen (para los reclamantes) como el Profesor Slovic (para Australia) ponen de relieve las dificultades que plantea dejar de fumar[2143]; el Profesor Ajzen caracteriza esta dificultad como un factor de "control conductual", que a su juicio es el mejor predictor de las intenciones de dejar de fumar en el marco del constructo de la TCP.[2144] El Profesor Ajzen concluye de ello que "dada la relativamente baja correlación empírica intención-conducta, cabría esperar que incluso si las investigaciones demostraran que el empaquetado genérico reduce la intención de fumar o aumenta las intenciones de dejar de fumar, esos cambios pueden no producir cambios en la conducta real".[2145]

7.776. Como señalamos en el contexto del inicio, no entendemos que la presuposición subyacente al diseño y la estructura de las medidas TPP sea que una repercusión en los resultados proximales, incluida la reducción de la capacidad de un paquete de actuar como un estímulo condicionado tras la introducción del empaquetado genérico del tabaco, llevaría *en todos los casos*, a un cambio en las conductas tabáquicas. Antes bien, como se señala *supra*, entendemos que la suposición subyacente al funcionamiento de las medidas TPP es que al menos algunos fumadores se verían influidos en sus conductas tabáquicas, y estarían más inclinados a dejar de fumar (o poco inclinados a recaer, según el caso) si la capacidad del paquete de tabaco de actuar como un estímulo condicionado se reduce debido al empaquetado genérico del tabaco. El hecho de que esta medida sea, en virtud de su diseño, un elemento en una serie de medidas de control del tabaco destinadas a actuar sobre varios aspectos de la compleja y multifacética adopción de decisiones que conlleva la decisión de fumar, incluidas restricciones a la publicidad y la promoción de los productos de tabaco[2146] y las restricciones a la venta de productos de tabaco (incluidas las restricciones en el punto de venta)[2147] es coherente con esta interpretación.

Conclusión

7.777. A la luz de lo anteriormente expuesto, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP no podrían reducir el atractivo de los productos de tabaco y contribuir así al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.778. Antes bien, constatamos que se han presentado pruebas creíbles, procedentes de fuentes reconocidas, de que el empaquetado genérico de los productos de tabaco puede reducir su atractivo minimizando la capacidad de las diversas características de la marca de crear asociaciones positivas con los productos de tabaco que podrían influir en las conductas tabáquicas, entre ellas el inicio del hábito de fumar, el abandono y la recaída.

7.779. Además, recordamos que también tenemos ante nosotros pruebas relativas a la aplicación efectiva de las medidas TPP desde su entrada en vigor, entre las que figuran estudios empíricos que abordan específicamente la repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los productos de tabaco, que se examinarán en la sección 7.2.5.3.6 *infra*, y a las que se atribuirá el

---

[2142] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10.
[2143] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafos 102-104; e informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafos 53-55.
[2144] Véase, en general, el informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafos 96-104.
[2145] Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3), párrafo 105.
[2146] Véase la sección 2.2.2 *supra*.
[2147] Véase la sección 2.2.4 *supra*.

peso apropiado. En consecuencia, no pretendemos inferir, en esta etapa de nuestro análisis, ninguna conclusión general sobre la repercusión de las medidas TPP en el atractivo de los productos de tabaco, ni sobre el grado en que cualquier reducción de ese atractivo derivada de las medidas TPP contribuye al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.2.5.3.5.3 Segundo mecanismo: repercusión de las medidas TPP en la eficacia de las ASG

7.780. Como se ha expuesto *supra*, el segundo "mecanismo" mediante el que las medidas TPP están destinadas a contribuir al logro de su objetivo es "aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias que figuran en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco", lo que, a su vez, se prevé que influya en las conductas tabáquicas, contribuyendo así a una reducción del consumo de productos de tabaco y de la exposición a estos productos.

7.781. Los reclamantes contestan la capacidad de las medidas TPP de tener un efecto sobre este "mecanismo". Australia responde que las medidas TPP aumentan la atención visual prestada a las advertencias sanitarias, las hacen más prominentes y salientes[2148], y aumentan las percepciones sobre la credibilidad y la gravedad de las advertencias sanitarias y aumentan el grado de recuerdo de estas.[2149] Australia sostiene además que los aumentos de la eficacia de las advertencias sanitarias afectan a la intención y la conducta de los consumidores.[2150]

Principales argumentos de las partes

7.782. Honduras aduce que no hay ninguna base para que Australia considere que el empaquetado genérico "aumentará la visibilidad de las advertencias sanitarias gráficas que figuran en el empaquetado"[2151], que "son muy visibles". Añade que "hay pruebas empíricas que demuestran que los adolescentes australianos son muy conscientes de los riesgos sanitarios asociados al consumo de tabaco, y que, en cualquier caso, su decisión de fumar está motivada por otros factores, como la presión de los pares, tanto si buscan sensaciones como si responden a estímulos de recompensa".[2152] Honduras sostiene que es probable que la mayoría de los adolescentes, al experimentar con el tabaco, ni siquiera vean un paquete de tabaco, ya que obtienen los cigarrillos de sus amigos normalmente cuando el cigarrillo ya ha sido extraído de su paquete.[2153] Honduras hace referencia a un informe de experto del Profesor Viscusi, en el que este afirma que aumentar la eficacia de las advertencias solo tiene consecuencias en la conducta si los consumidores tienen un déficit de información y no consideran creíble la advertencia existente.[2154] Honduras hace referencia a la observación del Profesor Viscusi de que los australianos son conscientes de los riesgos y los personalizan, y de que es muy improbable que aumentar el tamaño o la prominencia de las advertencias tenga alguna influencia en las conductas tabáquicas o las percepciones de los consumidores sobre las consecuencias para la salud.[2155]

7.783. Honduras hace referencia al informe de experto del Profesor Steinberg, en el que se cuestionan las políticas que tratan de aumentar la conciencia de los adolescentes acerca de los riesgos sanitarios del consumo de tabaco, se mencionan investigaciones recientes que demuestran que los adolescentes australianos son muy conscientes de los riesgos del consumo de tabaco y los comprenden y que "es difícil imaginar cómo la introducción del empaquetado genérico podría, siquiera en el plano conceptual, aumentar esa conciencia".[2156] Honduras sostiene que "esas políticas no toman en consideración el hecho de que la decisión de un adolescente de llevar a cabo una actividad potencialmente peligrosa se basa no solo en los *riesgos percibidos* de la actividad, sino en sus *beneficios percibidos*, y está influida en alto grado por las características psicológicas particulares del adolescente, así como por su contexto emocional y social".[2157]

[2148] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 176-179.
[2149] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 180-181.
[2150] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 182-186.
[2151] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 419.
[2152] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 419.
[2153] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 419.
[2154] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 419, nota 349.
[2155] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 419, nota 349.
[2156] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 417 (donde se hace referencia al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 44).
[2157] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 417.

7.784. La República Dominicana aduce que las publicaciones TPP "no evalúan el efecto del empaquetado genérico en paquetes dominados por una advertencia sanitaria gráfica del 75%".[2158] La República Dominicana sostiene que una ASG grande deja poco espacio para la marca, que probablemente tendrá una repercusión escasa, sino nula, en los resultados medidos en las publicaciones TPP. La República Dominicana sostiene que, "más fundamentalmente, la imaginería negativa dominante que resulta de una ASG grande también tendrá una repercusión en esos resultados".[2159]

7.785. La República Dominicana sostiene además que los adolescentes seguirán adoptando una conducta tabáquica incluso en los casos en que sea "a todas luces evidente que los adolescentes son conscientes de los riesgos del consumo de tabaco y los comprenden, y que saben que tiene consecuencias nocivas para la salud a largo plazo".[2160] La República Dominicana sostiene, por lo tanto, haciendo referencia al informe de experto del Profesor Steinberg, que, "incluso si se demostrara que el empaquetado genérico aumenta la prominencia de las advertencias sanitarias (lo que de hecho, según indican investigaciones recientes, no sucede), ello ... no tendría ninguna influencia en la experimentación de los adolescentes con los productos de tabaco, ni en su consumo de los mismos".[2161]

7.786. Cuba aduce que "una mirada a cualquier [ASG] australiana actual debería bastar para refutar la alegación de [Australia]" relativa a la eficacia de las ASG.[2162] Señalando que la ASG cubre el 75% de la cara anterior del paquete (en el caso del empaquetado de los cigarrillos) y "está destinada a causar impacto y retener la atención de los consumidores", Cuba aduce que "la prominencia y el diseño eficaz" de esas ASG hacen que "no sea plausible sugerir que los consumidores de productos de tabaco en Australia no vayan a percibirlas, ni que la caprichosa atención de los consumidores australianos para los que de alguna forma pasen desapercibidas esas advertencias será debidamente redirigida gracias al empaquetado genérico".[2163] Cuba hace referencia a un estudio de 2013 en el que se "reconocía que las constataciones de las publicaciones relativas a la alegación de la eficacia de las [ASG] son 'dispares'"[2164], y a un informe de experto del Profesor Viscusi en el que se concluye que "las constataciones de los estudios examinados ... no proporcionan una base que permita concluir que los paquetes genéricos hacen más eficaces las advertencias". Cuba también hace referencia a un informe en el que se determina que, cuando la ASG cubre el 75% del paquete, "destaca" en el mismo grado en el empaquetado genérico que en el empaquetado con marca.[2165] Cuba también hace referencia al examen por el Profesor Viscusi de un estudio de 2011 en el que se "concluyó que, 'teniendo en cuenta las publicaciones existentes, resulta plausible que el empaquetado genérico aumente la saliencia y el impacto de las advertencias sanitarias en quienes aún no han adquirido el hábito de fumar".[2166] Cuba señala que los autores "aceptan que 'no está claro si una mayor atención visual a las advertencias sanitarias se traducirá en diferencias reales en el comportamiento de fumar cigarrillos'".[2167]

7.787. Cuba sostiene que, en cualquier caso, una mayor atención a las advertencias sanitarias no necesariamente implica que vaya a haber cambios significativos en las tasas de consumo de tabaco en Australia.[2168] A juicio de Cuba, "no hay ninguna base para concluir que la atención otorgada a la advertencia sanitaria en un paquete con marca es insuficiente para obtener la

[2158] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 608-609.
[2159] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 610.
[2160] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 695
[2161] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 695.
[2162] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 223.
[2163] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 223. Véase también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 349.
[2164] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 224 (donde se hace referencia a Stead *et al.* 2013 (Prueba documental CUB-58)).
[2165] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 224 (donde se hace referencia a Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), examinado en el informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 96).
[2166] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 225 (donde se hace referencia a Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)), página 1508).
[2167] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 225 (donde se hace referencia a Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)), página 1509).
[2168] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 226 (donde se hace referencia a Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)), página 1509, cuadro 1). Véase también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 349.

información necesaria acerca de los riesgos que se desea transmitir", y "no hay nada en las publicaciones que sugiera lo contrario".[2169] Cuba aduce, haciendo referencia a las conclusiones del Profesor Viscusi, que actuar aumentando la conciencia de los riesgos puede tener un efecto incremental escaso o nulo en el comportamiento de fumar en Australia, puesto que la inmensa mayoría de la población ya es consciente de los riesgos pertinentes.[2170]

7.788. Cuba hace referencia al informe del experto de Australia, Profesor Tavassoli, y considera que la conclusión de este de que el empaquetado puede aumentar la demanda primaria al inhibir la eficacia de las ASG es indefendible. Cuba explica que no existe ninguna evidencia que demuestre que sin el empaquetado genérico las ASG vayan a ser menos eficaces o visibles. A juicio de Cuba, la aparición de una marca de fábrica en el restante 25% de la parte frontal de la cajetilla no tendrá "ningún efecto considerable sobre la apreciación de los consumidores de los riesgos para la salud del uso del tabaco".[2171]

7.789. Los argumentos de Indonesia con respecto a la cuestión de si las medidas TPP aumentan la eficacia de las ASG guardan relación con las pruebas posteriores a la implementación y se abordan en la sección 7.2.5.3.6.1 *infra*.[2172]

7.790. Australia aduce que "los estudios de la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas indican que la eficacia de las advertencias puede reducirse en gran medida por la distracción causada por el diseño del paquete". Australia sostiene que "los elementos del empaquetado compiten con las etiquetas de advertencia sanitaria al apartar la atención de los consumidores de las advertencias sanitarias obligatorias, y también afectan desfavorablemente a las percepciones de los consumidores de los riesgos relacionados con las graves consecuencias para la salud del consumo de tabaco".[2173]

7.791. Australia no está de acuerdo con los reclamantes en que los australianos estén plenamente informados de los riesgos sanitarios del consumo de tabaco. Haciendo referencia al informe de experto del Profesor Slovic, Australia aduce que "el conocimiento de los riesgos es 'un concepto que tiene múltiples niveles', y que en los estudios sobre los australianos se ha constatado que aunque a veces las personas son 'conscientes' de que fumar puede tener consecuencias perjudiciales para la salud, no tienen siquiera una comprensión básica de la naturaleza y la gravedad de esas consecuencias".[2174] Ello "se ve acentuado por lo que el Profesor Slovic denomina 'sesgo optimista', en virtud del cual quienes muestran tener conciencia de los riesgos sanitarios del consumo de tabaco suelen pensar que esto afecta a otras personas más que ellos mismos".[2175] A juicio de Australia, "un proceso racional y fundamentado de toma de decisiones exige niveles de conocimiento de los riesgos del consumo de tabaco más profundos que los que tienen actualmente muchos australianos".[2176]

7.792. Australia añade que ha mejorado el conocimiento que la población australiana tiene de los riesgos de fumar por medio de la introducción de las ASG, pero que esa medida por sí sola no basta para asegurarse de que los australianos estén plenamente informados de los riesgos del consumo de tabaco. A juicio de Australia, la marca y el diseño del paquete de los productos de tabaco "pueden ejercer fuertes influencias en la conducta, que pueden no ser reconocidas conscientemente, pero que pueden influir en su comprensión y percepción de los riesgos de fumar".[2177] Australia sostiene que la percepción errónea del riesgo se acentúa cuando se trata de los productos de tabaco distintos de los cigarrillos, ya que los cigarros (puros) se perciben como una "alternativa inocua" porque se consideran más naturales y menos nocivos que los cigarrillos, pese a que liberan nicotina en concentraciones comparables a las de los cigarrillos y el tabaco sin

[2169] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 226 (donde se hace referencia al informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 71).
[2170] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 227.
[2171] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 307.
[2172] Véanse la respuesta de Indonesia a la pregunta 46 del Grupo Especial; y las observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 170 del Grupo Especial.
[2173] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 169.
[2174] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 171 (donde se hace referencia al informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 96).
[2175] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 171 (donde se hace referencia al informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 92).
[2176] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 171 (no se reproduce la nota de pie de página).
[2177] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 172 (donde se hace referencia al informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 102).

humo.[2178] Australia aduce que las medidas TPP "se diseñaron para normalizar los elementos del paquete que inhiben la percepción de los riesgos y garantizar tanto que las advertencias de los paquetes fueran llamativas como que se presentaran de tal manera que influyeran en las percepciones del consumidor y su conducta tabáquica. Australia señala que "la experimentación de los adolescentes con el consumo de tabaco tiene lugar normalmente sin una consideración consciente de los riesgos", y añade que, "aun en el caso de los fumadores adictos, la marca y los diseños del empaquetado pueden desviar la atención de las advertencias sanitarias que figuran en los paquetes, o debilitarlas absolutamente".[2179]

7.793. Australia también añade que adoptó "combinaciones óptimas" entre el tamaño de las ASG y el empaquetado genérico del tabaco siguiendo las pruebas y las recomendaciones de las investigaciones que había encargado y que, en consecuencia, las medidas TPP aumentan la eficacia de las advertencias sanitarias aumentando la atención visual que se les presta, hacerlas más prominentes y salientes, eliminando la distracción causada por la marca, aumentando las percepciones de la credibilidad y la gravedad de las advertencias sanitarias y aumentando el grado de recuerdo por el consumidor de las advertencias sanitarias, para promover una comprensión más profunda de los efectos sanitarios del consumo de tabaco.[2180]

7.794. Australia sostiene que, consideradas globalmente, las pruebas "indican claramente que el empaquetado genérico del tabaco da lugar a una mayor vistosidad de las advertencias sanitarias, particularmente cuando opera conjuntamente con el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias gráficas".[2181] Ello se debe en gran parte a que la interferencia y competencia visuales de las imágenes de la marca se reduce en gran medida".[2182] A juicio de Australia, "hay pruebas sólidas de que, al reducir la imaginería positiva de la marca y el empaquetado innovador del producto de tabaco, será más probable que tanto los usuarios de productos de tabaco como los no usuarios piensen en la información transmitida por las advertencias sanitarias, lo que hará que los consumidores comprendan mejor las graves consecuencias de la adicción al tabaco y el consumo de tabaco".[2183]

7.795. Australia sostiene además que, al eliminar la competencia e interferencia entre las advertencias sanitarias y las imágenes positivas transmitidas en y por el empaquetado del tabaco, es probable que el empaquetado genérico del tabaco aumente la credibilidad y la gravedad de los mensajes contenidos en las advertencias sanitarias.[2184] De manera similar, "también se ha constatado que [las medidas TPP] aumentan el grado de recuerdo por el consumidor de las advertencias sanitarias que figuran en los paquetes genéricos, en comparación con el recuerdo de las advertencias que figuran en paquetes no genéricos".[2185] Australia sostiene que *cualquier* aumento del grado de recuerdo, la credibilidad y/o la gravedad de las advertencias sanitarias contribuirá a negar las asociaciones positivas transmitidas por el diseño del paquete, incluida la imaginería de marca.[2186]

7.796. Australia aduce asimismo que esas pruebas también demuestran que el aumento de la eficacia de las advertencias sanitarias incita a los consumidores potenciales de tabaco a resistirse a empezar a consumir productos de tabaco e incita a los consumidores actuales a dejar de fumar.[2187]

[2178] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 173 (donde se hace referencia al Monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 9 (Pruebas documentales AUS-33, DOM-149).

[2179] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 174 (donde se hace referencia a *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197)).

[2180] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 175.

[2181] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 176.

[2182] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 176.

[2183] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 178.

[2184] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 180 (donde se hace referencia al informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 336).

[2185] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 180 (donde se hace referencia a Beede y Lawson (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)); y a Al-hamdani 2013 (Pruebas documentales AUS-203, JE-24(1)).

[2186] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 181.

[2187] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 182. Australia amplía este argumento con respecto a las pruebas posteriores a la implementación de las medidas TPP relativas a las respuestas de los consumidores a las ASG. Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 183-184 (donde se hace referencia a Wakefield *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306); a Dunlop *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-207, HND-132, DOM-199); al informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 432;

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.797. Para empezar, observamos que la cuestión que se nos plantea no es si las ASG son una medida eficaz de control del tabaco, ya sea en principio o en la forma ampliada que exige en Australia la *Norma de Información en materia de Competencia y Protección al Consumidor (Tabaco)* de 2011 (Cth)[2188] (Norma de información), aplicada al mismo tiempo que las medidas TPP.[2189]

7.798. Observamos a este respecto que las ASG están reconocidas como una medida de control del tabaco legítima de conformidad con el CMCT. El párrafo 1 b) del artículo 11 del CMCT dispone que cada Parte adoptará y aplicará medidas eficaces para conseguir "que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados". En esa disposición se declara además que esas advertencias "podrán consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos".[2190] En las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT se estipula lo siguiente:

> A nivel mundial, muchas personas no son plenamente conscientes de los riesgos de morbilidad y mortalidad prematura resultantes del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, o malentienden o subestiman esos riesgos. Se ha demostrado que la incorporación de advertencias sanitarias y otros mensajes apropiados bien diseñados en los envases de productos de tabaco es un medio costoeficaz para sensibilizar al público acerca de los efectos sanitarios del consumo de tabaco y un medio eficaz para reducir dicho consumo. Las advertencias sanitarias eficaces y otros mensajes y medidas apropiados relativos al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco son componentes decisivos de un método integrado de control del tabaco.[2191]

7.799. De hecho, Honduras e Indonesia señalan sus propias prescripciones nacionales relativas a las advertencias sanitarias y su uso en productos de tabaco dentro de sus respectivos territorios.[2192]

7.800. Observamos también, que en el párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT se afirma que la adopción de medidas de empaquetado sencillo[2193] "permite aumentar la vistosidad y eficacia de las advertencias sanitarias y mensajes, impedir que el paquete distraiga la atención de estos últimos y prevenir el uso de técnicas industriales de diseño de envases que sugieran que algunos productos son menos nocivos que otros".[2194]

7.801. El punto controvertido es si las medidas TPP pueden aumentar la eficacia de las ASG en Australia, como prevé el párrafo 3(2) de la Ley TPP y, de ese modo, tener una repercusión en las conductas tabáquicas y contribuir al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

---

y a Miller *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-102, DOM-315)). Estas pruebas se considerarán en la sección 7.2.5.3.6 *infra*.

[2188] Norma de Información (Pruebas documentales AUS-128, JE-8).

[2189] Véase la sección 2.2.1 *supra*.

[2190] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 1 b) del artículo 11 y párrafo 1 b) v) del artículo 11, respectivamente.

[2191] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, CMCT/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 3. En estas Directrices se abordan las advertencias sanitarias, entre otras cosas, en los párrafos 7-31.

[2192] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 115 (donde se hace referencia a República de Honduras, *Ley Especial para el Control del Tabaco*, Decreto 92-2010, Diario Oficial Num. 32, 296 (21 de agosto de 2010) (Prueba documental HND-24)); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6 (donde se hace referencia a Australian Broadcasting Corporation News, "*Indonesia Pushes for Graphic Health Warnings on Cigarette Packs*" (25 de junio de 2014), consulta realizada en http://www.abc.net.au/news el 27 de septiembre de 2015 (Prueba documental IDN-1)).

[2193] Recordamos que se explica que esas medidas son las que "restring[en] o prohí[ben] en el empaquetado la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional que no sean el nombre comercial o el nombre del producto en un color y tipo de letra corrientes". Véanse las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, CMCT/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46.

[2194] Véanse las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, CMCT/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46.

7.802. La Ley TPP, al identificar un "aument[o] [de] la eficacia de [las ASG] en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco" como uno de los "mecanismos" mediante los cuales las medidas TPP contribuirán a su objetivo, no explica con detalle cómo debe entenderse el término "eficacia" en ese contexto.

7.803. Observamos a este respecto que en las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT se afirma, bajo el epígrafe, "Establecimiento de requisitos eficaces sobre empaquetado y etiquetado", lo siguiente:

> Las advertencias sanitarias y otros mensajes apropiados bien diseñados forman parte de una variedad de medidas eficaces para comunicar los riesgos sanitarios y reducir el consumo de tabaco. Hay pruebas de que la eficacia de dichas advertencias y mensajes *aumenta con su vistosidad*. En comparación con las advertencias sanitarias pequeñas consistentes solamente en un texto, *las advertencias más grandes acompañadas de imágenes llamarán más la atención, comunicarán mejor los riesgos sanitarios, provocarán una mayor respuesta emocional y motivarán más a los consumidores de tabaco a disminuir y abandonar dicho consumo*. Las advertencias cuyas imágenes sean más grandes también tenderán a seguir siendo eficaces con el transcurso del tiempo y resultarán particularmente eficaces para comunicar los efectos sanitarios a poblaciones con escaso nivel de alfabetización, así como a niños y jóvenes. *Otras formas de aumentar la eficacia consisten en ubicar dichas advertencias y mensajes en las superficies principales expuestas y en la parte superior de esas superficies principales; utilizar varios colores y no solo blanco y negro; exigir la aparición simultánea de múltiples advertencias sanitarias y otros mensajes apropiados, y revisar periódicamente esas advertencias y mensajes.*[2195]

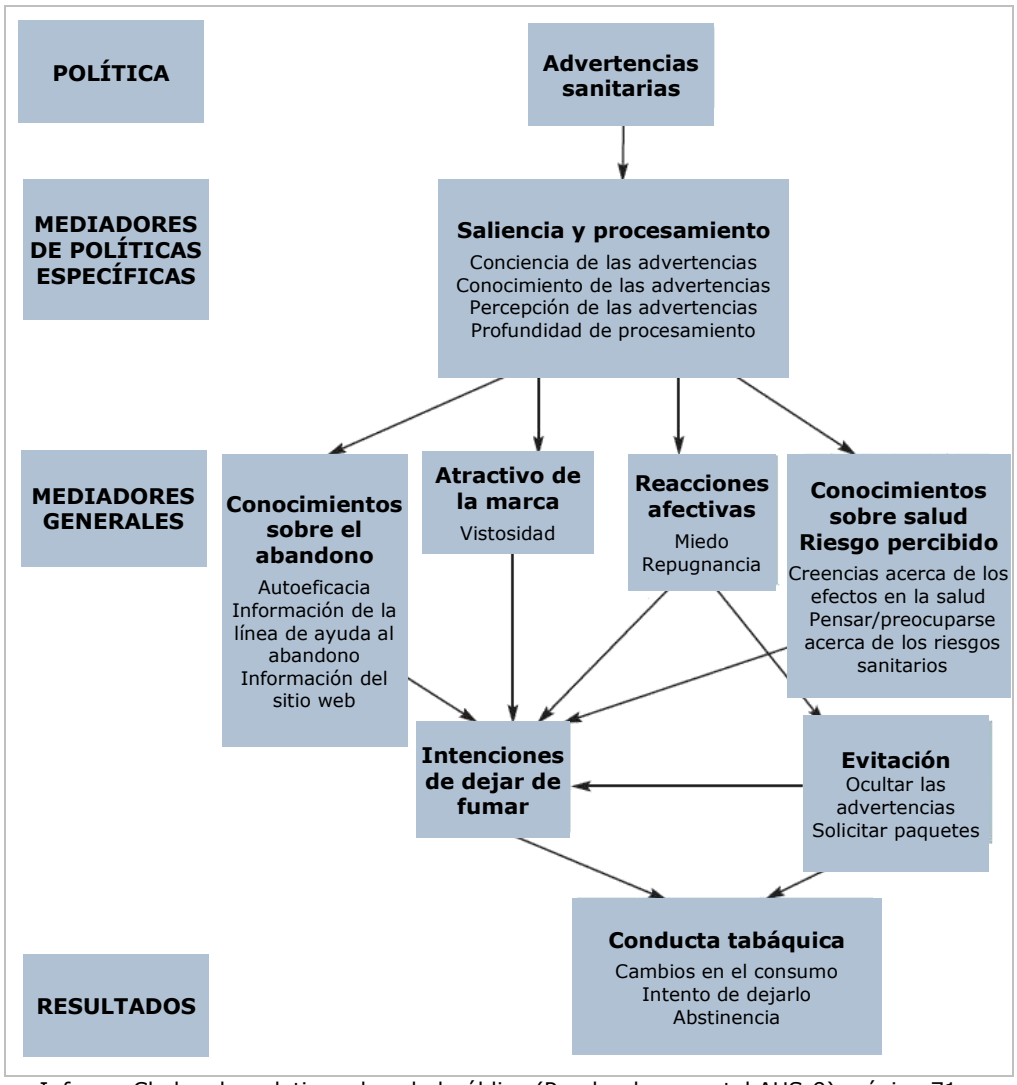
7.804. Entendemos que este pasaje indica que la eficacia de las ASG puede determinarse por referencia a su vistosidad, que afecta a su perceptibilidad, a su capacidad de comunicar riesgos para la salud y provocar una respuesta emocional, y a la motivación de los fumadores para abandonar o reducir el consumo. También se reconoce que la ubicación, el aspecto y el contenido de las ASG son pertinentes en relación con la eficacia de estas.

7.805. El experto de Australia Profesor Chaloupka traza un modelo conceptual de las vías por las que las ASG darían lugar en último término a reducciones de la prevalencia del consumo de tabaco, el cual "pone de relieve la importancia de la saliencia y el procesamiento de las advertencias sanitarias, que afecta al impacto de estas en los riesgos percibidos y en otros conocimientos sanitarios, el atractivo de la marca y las respuestas emocionales, todo lo cual contribuye a las intenciones de dejar de fumar y a otros cambios en la conducta tabáquica, lo que finalmente dará lugar a un aumento de los intentos de dejarlo, a un menor consumo y a un abandono exitoso".[2196] El Profesor Chaloupka aporta la siguiente representación gráfica:

Figura 13: Marco conceptual del Profesor Chaloupka para la evaluación de las políticas de advertencia sanitaria

[2195] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, CMCT/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 7. (sin cursivas en el original)

[2196] Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 89, figura 5.



Fuente: Informe Chaloupka relativa a la salud pública (Prueba documental AUS-9), página 71.

7.806. Este modelo identifica los conocimientos sobre el abandono, el atractivo de la marca, las reacciones afectivas y los conocimientos sobre la salud/la percepción de los riesgos como factores pertinentes en una evaluación de la eficacia de las ASG. Se prevé que esos factores tengan una incidencia en las intenciones de dejar de fumar (o, en lo que respecta a las reacciones afectivas, en la evitación) y, en último término, en las conductas tabáquicas. Parece que hay un alto grado de compatibilidad entre este modelo y los elementos expuestos en las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT que tienen influencia en la eficacia de las ASG. Además, observamos que este marco conceptual ha sido corroborado por el Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (CIIC), que fundado por la OMS, en un manual sobre el control del tabaco titulado *Methods for Evaluating Tobacco Control Policies* (Métodos para evaluar las políticas de control del tabaco)[2197] (Manual del CIIC de 2008).

7.807. Observamos que, en una evaluación de la eficacia de las ASG en Australia realizada en 2008, encargada por el DHA de Australia, se hicieron preguntas a los participantes que trataban de determinar la saliencia y el procesamiento de las advertencias sanitarias, los conocimientos de los participantes sobre el abandono del tabaco, sus reacciones afectivas ante las ASG, así como sus conocimientos sobre los efectos en la salud y su percepción del riesgo asociado al consumo de

[2197] Manual del CIIC de 2008 (Pruebas documentales AUS-602, DOM-368), página 296. Observamos que este informe refleja "las opiniones y criterios de un Grupo de Trabajo del CIIC sobre los métodos para la evaluación de las políticas de control del tabaco", del que formaban parte el Profesor Chaloupka y el Profesor Fong. En dicho informe se señala asimismo que "también podrían añadirse a este modelo otras variables psicosociales, como las normas sociales y las creencias sobre la industria tabacalera". *Ibid.*, página 298.

tabaco.[2198] La medición de dichos elementos por medio de esas preguntas es acorde con los elementos identificados como aspectos pertinentes en el CMCT y por el Profesor Chaloupka.[2199]

7.808. Observamos además que los reclamantes no han abordado directamente la pertinencia de dichos elementos para una evaluación de la eficacia de las ASG. El experto de los reclamantes Profesor Viscusi aduce que "aumentar la eficacia de las advertencias, medida por 'el grado de recuerdo, la atención y la gravedad y credibilidad' solo tiene consecuencias en la conducta si los consumidores tienen actualmente un déficit de información y no consideran creíbles las advertencias existentes", lo que, añade, no ha sido establecido en los estudios que critica en su informe.[2200] El Profesor Viscusi aduce que "el hecho de que los paquetes genéricos aumenten la eficacia de las advertencias con respecto a las creencias acerca de los riesgos depende de cuántas personas conozcan los riesgos del consumo de tabaco y de la medida en que presentar las advertencias en paquetes genéricos, en lugar de en paquetes ordinarios, altere esas creencias".[2201] Las declaraciones del Profesor Viscusi a este respecto indican que, aunque considera que no siempre tienen consecuencias en la conducta, no da a entender que "el grado de recuerdo ... la gravedad y la credibilidad" de las advertencias sanitarias gráficas, y "la atención" prestada a las mismas, no sean pertinentes a efectos de comprender la eficacia de las ASG.

7.809. Además, observamos que ni los reclamantes ni sus expertos parecen discutir la tesis de que el efecto de las ASG en los conocimientos sobre salud y/o la percepción de los riesgos también es pertinente; de hecho, que los reclamantes dediquen buena parte de sus argumentos a aducir que la concienciación sobre la salud y la percepción de los riesgos ya son elevadas en Australia (y que no pueden aumentarse mejorando la eficacia de las ASG, como exponemos en la próxima sección) indica que los reclamantes no discuten la pertinencia de esos elementos.

7.810. A nuestro entender, lo que los reclamantes discuten, en esencia, es la capacidad de las medidas TPP de tener una repercusión en los factores que afectan a la eficacia de las ASG, entre los que se incluyen su visibilidad y perceptibilidad (habida cuenta, en particular, del tamaño de las advertencias sanitarias gráficas en Australia); su capacidad de aumentar la conciencia de los riesgos (que, según aducen los reclamantes ya es muy elevada en Australia) y, en consecuencia, la capacidad de las medidas TPP de tener una repercusión en las conductas tabáquicas al aumentar la eficacia de las ASG. Consideramos cada uno de estos puntos sucesivamente.

Repercusión del empaquetado genérico en la saliencia y el procesamiento de las ASG

7.811. Honduras aduce que no hay ninguna base para que Australia considere que el empaquetado genérico aumentará la visibilidad de las ASG que figuran en los paquetes.[2202] La República Dominicana aduce en particular que en las publicaciones TPP no se evalúa el efecto del empaquetado genérico del tabaco en paquetes dominados por una ASG del 75%.[2203] Cuba sostiene que las ASG del 75% están "destinadas a causar impacto y retener la atención de los consumidores" y que, "la prominencia y el diseño eficaz de esas [ASG] hacen que no sea plausible sugerir que los consumidores de productos de tabaco en Australia no vayan a percibirlas, ni que la caprichosa atención de los consumidores australianos para los que de alguna forma pasen desapercibidas esas advertencias será debidamente redirigida gracias al empaquetado genérico".[2204]

7.812. Australia responde que varios estudios respaldan la opinión contraria de que los productos de tabaco con empaquetado genérico aumentarán la atención visual prestada a las advertencias sanitarias, lo que hará que estas sean más prominentes y salientes.[2205] Australia aduce además que las medidas TPP aumentan las percepciones sobre la credibilidad y la gravedad de las

[2198] Shanahan y Elliott 2008 (Prueba documental CUB-15), páginas 196-224.
[2199] Véanse los párrafos 7.798-7.804 y 7.806 *supra*.
[2200] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 21.
[2201] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 22. El Profesor Steinberg también hace referencia a los conocimientos preexistentes de los adolescentes australianos sobre los riesgos del consumo de tabaco. Véase el informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 44.
[2202] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 419.
[2203] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 608.
[2204] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 223. Véanse también la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 13; y la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 186-187.
[2205] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 176-179.

advertencias sanitarias, y aumentan el grado de recuerdo de estas.[2206] Australia sostiene también que esos efectos están presentes tanto en los adultos como en los jóvenes.[2207]

7.813. Entre las pruebas de que disponemos con respecto a la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en la eficacia de las ASG se incluyen determinados estudios que son parte del corpus de publicaciones examinado *supra* denominado publicaciones TPP, así como pruebas relativas a la aplicación de las medidas TPP desde su entrada en vigor. En la presente sección, nos centramos en las pruebas relativas al diseño y la estructura de las medidas TPP, por lo que se refiere a su aptitud para contribuir al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos aumentando la eficacia de las ASG. Consideramos las pruebas pertinentes relativas a la *aplicación* de las medidas TPP, incluidas las concernientes a su efecto en el aumento de la eficacia de las ASG, en la sección 7.2.5.3.6.1 *infra*.[2208]

7.814. El experto de Australia Profesor Fong identifica varios estudios que se ocupan de la repercusión de las características de la marca en tanto que posible fuente de distracción de las ASG, así como de la repercusión prevista del empaquetado genérico del tabaco en la saliencia, la visibilidad y la vistosidad de las ASG, con inclusión de la atención visual que se les presta, su procesamiento cognitivo y el grado en que se recuerdan. Sobre la base de esos estudios, sostiene que "es razonable considerar que la medida relativa al empaquetado genérico del tabaco aumentará la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas que figuran en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco, incluidos los cigarrillos y los cigarros (puros)".[2209] En otro informe de experto presentado por Australia, el Dr. Biglan, en el que se mencionan muchos de esos estudios así como a algunos otros presentados en estos procedimientos, concluye que "para una variada gama de medidas, poblaciones objeto (países, fumadores/no fumadores, o adolescentes/adultos), investigadores y variedades de paquete, la repercusión de las advertencias sanitarias se refuerza cuando los paquetes no tienen elementos de marca".[2210] En los informes de expertos de los Profesores Samet, Tavassoli y Slovic, presentados por Australia, también se hace referencia a varios estudios en el contexto de sus afirmaciones de que el empaquetado genérico

[2206] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 180-181.

[2207] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 177 y 179 (donde se hace referencia a Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176); a Environics 2008a (Pruebas documentales AUS-179, JE-24(19)); a Moodie y Mackintosh 2013 (Pruebas documentales AUS-185, JE-24(43)); y a Mays *et al.* 2015 (Prueba documental AUS-201)).

[2208] Indonesia centra sus argumentos con respecto a la eficacia de las ASG en pruebas posteriores a la implementación. Véanse la respuesta de Indonesia a la pregunta 146 del Grupo Especial; y las observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 170 del Grupo Especial, párrafo 47.

[2209] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 355-356. La conclusión del Profesor Fong sigue a su descripción de los resultados de varios estudios que obran en el expediente de estos procedimientos, incluidos los examinados en los siguientes trabajos: Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44)); Moodie y Mackintosh 2013 (Pruebas documentales AUS-185, JE-24(43)); CBRC 1992 (Pruebas documentales AUS-198, JE-24(13)); d'Avernas *et al.* 1997 (Prueba documental AUS-144); McCool *et al.* 2012 (Prueba documental JE-24(41)); Van Hal *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-161, JE-24(60)); Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)); Maynard *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-200, JE-24(40)); Northrup y Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)); Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176); Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)); Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)); Al-hamdani 2013 (Pruebas documentales AUS-203, JE-24(1)); Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)); Goldberg *et al.* 1999 (Pruebas documentales AUS-209, JE-24(27)); Environics 2008a (Pruebas documentales AUS-179, JE-24(19)); Environics 2008b (Prueba documental JE-24(18)); Borland *et al.* 2009a (Prueba documental AUS-210); Borland *et al.* 2009b (Prueba documental AUS-211); Hammond *et al.* 2007 (Prueba documental AUS-212); Borland 1997 (Prueba documental AUS-213); Partos *et al.* 2013 (Prueba documental AUS-204); Borland e Hill 1997 (Prueba documental AUS-208); Hammond *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-190); y McCaul *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-205). Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 314-354.

[2210] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 175. La conclusión del Doctor Biglan sigue a su examen de los resultados de estudios documentados en los siguientes trabajos, entre otros: Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)); Borland *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9)); Environics 2008a (Pruebas documentales AUS-179, JE-24(19)); Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176); Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)); Goldberg *et al.* 1999 (Pruebas documentales AUS-209, JE-24(27)); Hammond *et al.* 2013b (Pruebas documentales AUS-158, JE-24(31)); Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)); Hammond y Parkinson (Prueba documental AUS-165); Hoek *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-148, JE-24(34)); Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44)); Rousu y Thrasher 2013 (Pruebas documentales AUS-228, JE-24(54)); Thrasher *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-229, JE-24(58)); Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)). Véase el informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 174.

del tabaco aumenta la vistosidad y la saliencia de las ASG, y modifica la atención prestada a los riesgos del consumo de tabaco; varios de esos estudios obran en el expediente de los presentes procedimientos.[2211]

7.815. Observamos que, en este contexto[2212], Australia y sus expertos han aportado y mencionado varios estudios que indican que la *atención visual* prestada a las ASG aumenta en presencia del empaquetado genérico.[2213]

7.816. De esos trabajos, cinco[2214] son criticados en los exámenes realizados por Kleijnen Systematic Reviews[2215], el Profesor Inman *et al.*[2216] y el Profesor Klick[2217]; uno es criticado solo por el Profesor Inman *et al.* y el Profesor Klick.[2218] Dos no son considerados en ninguno de los tres exámenes de las publicaciones encargadas por los reclamantes.[2219] Las críticas de los expertos de los reclamantes con respecto a esos estudios en particular coinciden en gran medida con las que hacen de las publicaciones TPP en general, que hemos destacado *supra*; a saber, la (in)capacidad de los diseños de esos estudios de informar las relaciones causales con respecto al resultado medido (en este caso, la atención visual prestada a las ASG); la presencia de amenazas a la validez interna, la validez externa y la validez de la construcción de los estudios, incluidos posibles efectos de demanda y/o de RSD; y el hecho de que los estudios no miden la conducta tabáquica.

[2211] Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 125 (donde se hace referencia a varios trabajos anteriores a la implementación, entre ellos Hammond *et al.* 2013a (AUS-177, JE-24(32)); y Arora *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(2))); informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafos 109-119 (donde se hace referencia a varios trabajos anteriores a la implementación, entre ellos Maynard *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-200, JE-24(40)); Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)); y Goldberg *et al.* 1999 (Pruebas documentales AUS-209, JE-24(27))); informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafos 84-99 (donde se hace referencia a varios trabajos anteriores a la implementación, entre ellos Hammond *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-190); Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)); Wakefield *et al.* 2002 (Pruebas documentales AUS-93, CUB-28); y Kennedy *et al.* 2012 (Prueba documental AUS-192)).

[2212] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 176-179.

[2213] Véase, por ejemplo, Rootman y Flay 1995 (Pruebas documentales AUS-145, JE-24(53)), página 6 (donde se concluye que el 51% de los estudiantes encuestados declaró que era más fácil ver la advertencia sanitaria en el paquete genérico, mientras que el 29% consideró que era más fácil en el paquete ordinario, y el 20% indicó que no observaba ninguna diferencia); d'Avernas *et al.* 1997 (Prueba documental AUS-144), página 13 (donde se indica que, cuando se presentaron a los participantes distintos paquetes con diferentes combinaciones de ASG, colores y marcas, "el número de fumadores diarios que mencionó la advertencia sanitaria del paquete genérico fue significativamente mayor (82%) que el que mencionó la advertencia sanitaria del paquete ordinario (62%)"; Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176), cuadro 1, página 8 (donde se concluye que los jóvenes franceses que compararon cuatro diseños de paquetes de cigarrillos tenían mayor probabilidad de percibir primero la advertencia sanitaria (escrita) en los diseños genéricos, mientras que en los diseños con marca era más probable que se percibiera primero la marca); Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)), página 1508 (donde se concluye que, al seguir el movimiento de los ojos en presencia de paquetes genéricos y con marca, "entre los no fumadores y los fumadores semanales (es decir, ocasionales, no habituados) de cigarrillos, el empaquetado genérico aumenta la atención visual prestada a la información de la advertencia sanitaria y distrae la atención de la información sobre la marca", pero que "ese efecto no se observa entre los fumadores diarios (es decir, habituados) de cigarrillos"); Maynard *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-200, JE-24(40)), página 417 ("donde se reproducen y amplían en gran medida" los resultados de Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47))); McCool *et al.* 2012 (Prueba documental JE-24(41)), página 1272 (donde se indica que "una mayoría abrumadora de los participantes" en entrevistas semiestructuradas a grupos focales "consideró que las etiquetas de advertencia de los paquetes genéricos tienen más fuerza, porque 'no hay nada que distraiga la atención de las advertencias'"); Arora *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(2)), página 4 (donde se indica que el 90% de los participantes en una encuesta de opinión realizada en la India indicó que el empaquetado genérico aumentaría la vistosidad y la eficacia de las advertencias sanitarias que figuran en los productos de tabaco); y Borland *et al*. 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9)). Véanse también la primera comunicación escrita de Australia párrafos 176-179; el informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 125; el informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 112; el informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 174; el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 314-322.

[2214] Rootman y Flay 1995 (Pruebas documentales AUS-145, JE-24(53)); Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)); Maynard *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-200, JE-24(40)); McCool *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(41)); y Arora *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(2)).

[2215] Examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4).

[2216] Informe de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3).

[2217] Informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6).

[2218] Borland *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9)).

[2219] D'Avernas *et al.* 1997 (Prueba documental AUS-144); y Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176).

7.817. Observamos que seis de esos ocho estudios se consideraron en el examen de Stirling inicial o en el posterior examen de Stirling actualizado en 2013[2220]; los tres estudios considerados en el examen de Stirling inicial obtuvieron una puntuación de calidad "media" (aunque el componente de grupo focal de Rootman y Flay 1995 se consideró de calidad "baja").[2221] Considerando los estudios pertinentes en su conjunto, el examen de Sterling concluyó (entre otras cosas) que "los estudios indican que el empaquetado genérico tiende a aumentar ... la atención prestada a [las advertencias sanitarias]".[2222] Además, cinco de esos estudios fueron examinados en el informe Chantler; uno obtuvo una puntuación de 5 sobre 6 (que indica alta calidad/bajo riesgo de sesgo)[2223], y los otros cuatro obtuvieron puntuaciones de 4[2224] o 4,5[2225] sobre 6 (que indican calidad moderada/riesgo moderado de sesgo).[2226] Con respecto a los estudios cualitativos, el examinador concluyó, entre otras cosas, que "el empaquetado genérico aumenta la visibilidad/prominencia de las advertencias sanitarias".[2227]

7.818. En conjunto, por lo tanto, este grupo de estudios con respecto a la atención visual prestada a las ASG en presencia del empaquetado genérico fue puntuado favorablemente en los exámenes de Stirling y Chantler. De hecho, señalamos a este respecto la observación de Cuba, que cita un informe de experto del Profesor Viscusi, de que "es '*casi tautológico*' que el ojo resultará más atraído por una advertencia sanitaria gráfica que figura en un paquete genérico, el cual, inevitablemente, tendrá menos que leer que un paquete con marca".[2228]

7.819. Además, el experto de Australia Profesor Fong examina la repercusión que tendría en la eficacia de las ASG *no* regular la apariencia del empaquetado del tabaco, haciendo referencia, entre otras cosas, a un estudio de Borland *et al.* 2013[2229] en el que "se demostró que una forma

[2220] En el examen de Stirling inicial se examinaron Rootman y Flay 1995 (Prueba documental JE-24(53)); Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)); y Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176). Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 27, 30 y 36. En el examen de Stirling actualizado en 2013 se examinaron Maynard *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-200, JE-24(40)); Borland *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9)); y McCool *et al.* 2012 (Prueba documental JE-24(41)). Examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60), páginas 15-16.

[2221] Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), páginas 27, 30 y 36.

[2222] Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 52. Véase también el examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60), páginas 5 y 7. "Los resultados de estos ... estudios ... indican que el empaquetado genérico: ... aumentaría la saliencia de las advertencias sanitarias que figuran en los paquetes ...". *Ibid.,* página 2.

[2223] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 54 (con respecto a Borland *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9))). Observamos que en el informe de Chantler no se identificaron las ASG como uno de los principales resultados analizados por este estudio. *Ibid.*

[2224] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 51 (con respecto a Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176)).

[2225] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 51 y 54; y anexo E, página 61 (con respecto a Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)); Maynard *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-200, JE-24(40)); y McCool *et al.* 2012 (Prueba documental JE-24(41))).

[2226] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 49.

[2227] Véase también el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 57.

[2228] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 225 (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las notas de pie de página) (donde se cita el informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 74)). Haciendo referencia a Munafò *et al*. 2011, en el informe de Viscusi se afirma que "uno de los principales resultados del estudio es que, para los fumadores diarios, no hubo ningún efecto en absoluto con respecto a ver paquetes genéricos en lugar de paquetes ordinarios". Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 75. En el estudio pertinente se constató que "el análisis de la varianza indicó más movimientos oculares (es decir, mayor atención visual) hacia las advertencias sanitarias en comparación con la información sobre la marca en los paquetes genéricos frente a los paquetes con marca", "observados en los no fumadores y en los fumadores semanales, pero no en los fumadores diarios", y se concluyó que, "entre los no fumadores y los fumadores no diarios, el empaquetado genérico parece aumentar la atención visual hacia la información de la advertencia sanitaria y distraerla de la información sobre la marca". Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)), página 1505. Véase también el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 55; y Maynard *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-200, JE-24(40)).

[2229] Borland *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9)). Observamos que este estudio se publicó primero en línea en 2011, antes de la implementación de las medidas TPP. En él se identificó una relación entre las formas de los paquetes y la distracción respecto de las advertencias sanitarias. Los participantes en el estudio consideraron que la forma del paquete ordinario era la que menos distraía de las advertencias sanitarias, en comparación con los paquetes biselados y redondeados. *Ibid.*, página 99.

de paquete biselada distrae más de las advertencias que un paquete estándar, y también se constató que otros diseños de paquete no estándar que están prohibidos por las [medidas TPP] distraían de las advertencias".[2230] Australia concluye a este respecto citando la declaración del Profesor Fong de que "hay pruebas sólidas de que, al reducir la imaginería positiva que crean los paquetes de cigarrillos con marca, los fumadores y los no fumadores se centrarán más en la imaginería negativa de las advertencias sanitarias, y será más probable que piensen en la información que estas transmiten sobre los riesgos".[2231]

7.820. Australia, y en particular su experto el Profesor Fong, identifican y presentan además varios estudios en respaldo de la tesis de que el empaquetado genérico del tabaco aumenta el *procesamiento cognitivo de las advertencias*[2232] y *el grado de recuerdo de las ASG* [2233], y potencia

Observamos que en este estudio se utilizaron ASG que cubrían entre el 30% y el 70% de la superficie del paquete.

[2230] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 309 (donde se hace referencia a Borland *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-136, JE-24(9)). Observamos que, en este contexto, el Profesor Fong también hace referencia a un estudio de Moodie y Ford (2011) y a la afirmación que figura en él de que "el empaquetado no solo permite a las empresas tabacaleras mejorar la oferta promocional exhibiendo diseño e innovación, lo que con frecuencia establece una nueva referencia entre los productos de consumo, sino que, al hacerlo, distraen la atención de las advertencias sanitarias". Véase *ibid.*, párrafo 312 (donde se cita a Moodie y Ford 2011 (Pruebas documentales AUS-189, JE-24(42)), página 175). Observamos que Moodie y Ford 2011 (Pruebas documentales AUS-189, JE-24(42)) no testaron a prueba este efecto.

[2231] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 179 (donde se cita el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 341).

[2232] Véase, por ejemplo, Moodie y Mackintosh 2013 (Pruebas documentales AUS-185, JE-24(43)), página 6 (donde se indica que, cuando participantes de Escocia fumaron cigarrillos de un paquete genérico ficticio durante una semana, y luego de su propio paquete durante otra semana, las puntuaciones globales de las advertencias no variaron entre los paquetes genéricos y los paquetes normales de los participantes, pero las advertencias se consideró que las advertencias se leían con mayor atención en el paquete genérico que en los paquetes propios de los participantes, y que se había pensado más en ellas cuando aparecían en el paquete genérico en comparación con los paquetes propios de los participantes). Véase también Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), donde, como señala el Profesor Fong, se afirma que "cuando la advertencia sanitaria gráfica tiene una cobertura del 75% del paquete, el empaquetado genérico tuvo una repercusión adicional limitada en la vistosidad de las advertencias sanitarias gráficas en el caso del tabaco para liar y los cigarritos/cigarros pequeños". Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), páginas 11 y 47; e informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 320.

[2233] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 180 y nota 345 (donde se hace referencia a Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)); y a Al-hamdani 2013 (Pruebas documentales AUS-203, JE-24(1))). Beede y Lawson 1992 concluyeron que el grado de recuerdo de la presencia de advertencias sanitarias era mayor entre los estudiantes en el caso de los paquetes genéricos estadounidenses que en el de los paquetes con marca estadounidenses, pero no observaron una diferencia significativa en el caso de los paquetes neozelandeses, que resultaban más familiares. Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)), página 317. Al-Hamdani 2013 concluyó que, de los cuatro paquetes mostrados a los participantes, los dos con la menor cantidad de información de marca generaron los porcentajes más altos de recuerdo correcto de las ASG, y que los no fumadores tenían mayor probabilidad (82%) de recordar correctamente la advertencia sanitaria correcta que los fumadores (60,4%). Al-hamdani 2013 (Pruebas documentales AUS-203, JE-24(1)), página 73.

El experto de Australia Profesor Fong hace referencia a estudios en los que "se informó de resultados dispares en relación con las diferencias en el grado de recuerdo entre los paquetes de cigarrillos genéricos y con marca, en función del mensaje específico de la advertencia". Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 333 (donde se hace referencia a Goldberg *et al.* 1995 (Pruebas documentales AUS-221, JE-24(26)) y Goldberg *et al.* 1999 (Pruebas documentales AUS-209, JE-24(27))). Goldberg *et al.* 1995 indicaron que, en el recuerdo no asistido, una advertencia ("Fumar puede matarte") fue recordada por el 44% de los adolescentes en los paquetes con marca y por el 50% de los adolescentes en el paquete genérico. Esa fue la única advertencia recordada por un "número significativo" de sujetos. En el recuerdo asistido, dos de las tres advertencias utilizadas fueron emparejadas con más éxito con la marca en la que aparecían por aquellos que vieron el paquete con marca, mientras que, en el caso de la tercera advertencia, el 50% de aquellos a quienes se presentaron paquetes con marca, y el 50% de aquellos a quienes se presentaron paquetes genéricos, pudieron emparejar con éxito la advertencia con la marca en la que aparecía. Goldberg *et al.* 1995 (Pruebas documentales AUS-221, JE-24(26)), página 107. En un estudio posterior, Goldberg *et al.* 1999, los autores indicaron que el grado de recuerdo de las advertencias sanitarias que figuraban en dos de los tres paquetes objeto de estudio fue superior cuando se presentaron a los sujetos paquetes de cigarrillos genéricos. El grado de recuerdo de una advertencia fue menor en los paquetes genéricos. Los autores atribuyeron esa diferencia al contenido de la advertencia sanitaria. Goldberg *et al.* 1999 (Pruebas documentales AUS-209, JE-24(27)), página 1434. El Profesor Fong también hace referencia a Northrup y Pollard 1995 y a Germain *et al.* 2010. Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 332. En Northrup y Pollard 1995 los autores concluyeron que el grado de recuerdo de las advertencias sanitarias no variaba según el tipo de paquete genérico utilizado (color blanco o hueso), y que el recuerdo de la advertencia sanitaria no mejoraba al utilizar

la *gravedad y credibilidad de las ASG*.[2234] El Profesor Fong concluye (además de sus conclusiones respecto de la atención visual prestada a las ASG, examinadas *supra*), lo siguiente: "sobre la base de las pruebas disponibles … es razonable considerar que la medida relativa al empaquetado genérico del tabaco aumentará la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas que figuran en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco, incluidos los cigarrillos y los cigarros (puros).[2235]

7.821. El alcance del examen y la crítica que presentan los reclamantes de las publicaciones TPP coincide parcial, pero no totalmente, en su alcance con los estudios en que se ha apoyado Australia en relación con la repercusión de las medidas TPP en la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas. De los 67 trabajos examinados entre el examen de Stirling inicial y el examen de Stirling actualizado en 2013, 26 midieron los efectos en las ASG (incluidos el grado de recuerdo, el procesamiento cognitivo, la gravedad y la credibilidad, así como la atención visual prestada a las ASG que aparecen en los paquetes genéricos, examinados *supra*) después de "la repercusión en las ASG" como un "tipo de constatación" o "resultado principal", según se determinan en el examen de Stirling inicial[2236] o el informe de Chantler.[2237] En conjunto, 20 de esos trabajos fueron considerados también en una o varias de los tres exámenes de las publicaciones presentados por los reclamantes, el proyecto de examen por homólogos, el examen sistemático de Kleijnen y/o el examen realizado por el Profesor Klick. Australia se ha apoyado directamente en 15 de esos trabajos en el curso de los presentes procedimientos, como lo refleja el hecho de que los haya presentado al Grupo Especial como pruebas documentales.[2238] Australia también hace referencia en este contexto a varios otros trabajos que no fueron examinados en ninguna de los tres exámenes de la literatura TPP presentados por los reclamantes.[2239]

7.822. Observamos también que, de los 20 trabajos en los que se medía la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en las ASG que fueron considerados en el examen de Stirling o en el examen de Stirling actualizado en 2013 y en uno o más de los tres exámenes de la literatura TPP presentados por los reclamantes, 12 estaban incluidos en el examen de Stirling

---

el empaquetado genérico. Sin embargo, el grado de recuerdo de las advertencias sanitarias que figuraban en el paquete genérico era mayor en el caso de los fumadores ocasionales y los fumadores diarios. Northrup y Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)), páginas 28-30. Germain *et al.* 2010 no hallaron ninguna diferencia en la capacidad de los participantes de recordar la advertencia sanitaria correcta entre quienes habían visto un paquete genérico con una ASG del 30% y un paquete genérico con una ASG del 80%. Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)), página 390.

[2234] Véanse Northrup y Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)), cuadro 8, página 18 (donde se concluye que los estudiantes encuestados tenían mayor probabilidad de decir que los paquetes genéricos hacen que la advertencia sanitaria parezca más grave); Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44)), página 369 (donde se concluye que los fumadores, que durante el período del estudio llevaron sus cigarrillos en sus paquetes normales y en paquetes que simulaban el empaquetado genérico, no variaron, en conjunto, las puntuaciones que otorgaban a la vistosidad, gravedad y credibilidad de las advertencias); Moodie y Mackintosh 2013 (Pruebas documentales AUS-185, JE-24(43)), página 370 (donde no se haya, en un estudio similar a Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44)), ninguna diferencia observable en cuanto a la gravedad o credibilidad percibidas de las advertencias sanitarias en una comparación entre los paquetes genéricos y los paquetes con marca). Observamos también que, en el contexto de la gravedad y credibilidad de las ASG, Australia hace referencia Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)) y Al-hamdani 2013 (Pruebas documentales AUS-203, JE-24(1)) con respecto al grado de recuerdo por los consumidores de las advertencias que figuran en paquetes genéricos. Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 180 y nota 345. Hemos examinado esos estudios en la nota 2233 *supra*.

[2235] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 355.

[2236] Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), cuadro 4.1.

[2237] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-55, y anexo E, páginas 60-62.

[2238] Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes. Véanse también el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), cuadro 4.1; y el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-55, y anexo E, páginas 60-62.

Observamos que Australia también ha presentado y se ha apoyado en un artículo de un boletín redactado por los mismos investigadores, y parece considerar el mismo estudio como un trabajo que evalúa la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en las ASG y que fue examinado en el examen de Stirling y en cada uno de los tres exámenes de las publicaciones TPP presentados por los reclamantes. Compárese Northrup y Pollard 1995 (Prueba documental JE-24(48)) con el Boletín del ISR (Boletín del Instituto de Investigación Social de la Universidad de Toronto) (Prueba documental AUS-146).

[2239] Véanse, por ejemplo, Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176); d'Avernas *et al.* 1997 (Prueba documental AUS-144); Hammond *et al.* 2007 (Prueba documental AUS-212); Hammond *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-190); y Borland *et al.* 2009b (Prueba documental AUS-211).

inicial, y recibieron una puntuación por su calidad. Ocho fueron calificados como de calidad "media", mientras que 4 recibieron una puntuación de calidad "media" en la parte del estudio subyacente relativo a la encuesta subyacente, y una puntuación "baja" en la parte relativa al grupo focal.[2240] Dieciséis de los 20 trabajos también recibieron puntuaciones de calidad en el informe independiente elaborado por el Profesor Chantler. Cuatro de ellos obtuvieron una puntuación de entre 5 y 6 (que indica calidad alta/bajo riesgo de sesgo), mientras que 10 obtuvieron una puntuación de entre 3 y 4,5 (que indica calidad moderada/riesgo de sesgo moderado) y 2 obtuvieron una puntuación de 2 (que indica calidad baja/riesgo de sesgo alto).[2241]

7.823. Con respecto a la saliencia de las advertencias sanitarias, en el examen de Stirling se concluyó, sobre la base de las pruebas consideradas, lo siguiente:

a. En conjunto, los estudios indican que el empaquetado genérico tiende a aumentar el grado de recuerdo de las advertencias sanitarias, la atención que se les presta y su gravedad y credibilidad percibidas.

b. Los resultados parecen estar moderados por el tipo, el tamaño y la posición de la advertencia sanitaria utilizados.

c. Las diferencias entre subgrupos, solo se examinaron en un estudio y en él se indicó que los no fumadores y los fumadores semanales pueden prestar más atención a las advertencias que figuran en paquetes genéricos que los fumadores diarios.[2242]

7.824. Con respecto a los cigarros (puros), observamos que en algunas de las observaciones de Parr *et al.* 2011b se aborda la saliencia de las ASG en los tubos de cigarros, en presencia del empaquetado genérico. Aunque entre los fumadores habituales y entendidos de cigarros (puros) premium, "no se prestó atención a los tubos [de cigarros genéricos]"[2243], los fumadores menos habituales de cigarros premium[2244] "tuvieron una fuerte reacción ante el tubo de empaquetado genérico", en particular ante la ASG[2245]:

> Cuando se les presentó el tubo de empaquetado genérico declararon que sentían que el atractivo y la atracción de los tubos se habían reducido drásticamente. Declararon que sentían que parte de la "diversión" había desaparecido. Lo más destacado era el tamaño de la advertencia sanitaria, que era ineludible.[2246]

[2240] Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes. Véase también el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), cuadro 4.1.

[2241] Véase cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de las publicaciones TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes. Véase también el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-55, y anexo E, páginas 60-62. Observamos también que Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (Prueba documental AUS-176), que no fue analizado en los exámenes de las publicaciones TPP presentado por los reclamantes, recibió una puntación "media" en el examen de Stirling y una puntuación de 4 en el informe de Chantler. Véanse el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 27; y el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 51.

[2242] Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página 52.

[2243] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 40. Aunque "los fumadores habituales de cigarros (puros) sí consideraban que el tubo de empaquetado genérico tendría una repercusión en su placer de compra y en el atractivo fumar cigarros (puros) en general. Consideraban que haría que las expendedurías de tabaco y los establecimientos de venta de cigarros (puros) resultaran menos atractivos e incitativos como lugares en los que detenerse y comprar. Algunos indicaron que podrían realizar sus compras en línea". *Ibid.*, página 41.

[2244] "Los fumadores menos habituales declararon que en ese momento la compra de cigarros (puros) era parte del ritual y del placer que entraña fumar cigarros (puros). Indicaron que el 'desvelamiento' de los cigarros (puros) en una celebración social era uno de los momentos destacados del proceso. Varios encuestados declararon que prestaban especial atención a los tubos y el envasado, y que gastaban con frecuencia más de lo que gastarían normalmente, con el fin de impresionar a invitados o amigos, o para hacer regalos. Se consideraba que el tubo genérico eliminaba ese aspecto del consumo de cigarros (puros), que con frecuencia era señalado como una de los principales determinantes de sus conductas tabáquicas". Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50), página 41.

[2245] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50), página 41.

[2246] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50), página 41.

7.825. En conjunto, por lo tanto, las pruebas de que disponemos indican que varios estudios, procedentes de fuentes cualificadas y examinados favorablemente en exámenes externos, respaldan la tesis de que el empaquetado genérico de los productos de tabaco aumentaría la eficacia de las ASG. En concreto, las pruebas indican que, en presencia del empaquetado genérico, las ASG en los productos de tabaco se consideran más fáciles de ver, más vistosas, se perciben como más creíbles y más serias, atraen más la atención visual[2247], menos sujetas a distracciones causadas por otros elementos del empaquetado y se leen más atentamente y se piensa más en ellas. Observamos también la existencia de pruebas dispares con respecto a la cuestión de si el empaquetado genérico del tabaco mejora el grado de recuerdo de las ASG o afecta al hecho de si las ASG se perciban como advertencias más graves y creíbles. A este respecto, señalamos la explicación del experto de Australia Profesor Samet de que los estudios que examina "coinciden en demostrar que el empaquetado genérico reduce el atractivo de los cigarrillos contenidos en el paquete y aumenta la conciencia de las advertencias gráficas que figuran en el paquete"[2248], aunque "las pruebas no son tan abundantes en lo que concierne al efecto del empaquetado genérico en la saliencia de las advertencias del paquete".[2249]

7.826. No obstante las posibles limitaciones de esos estudios, considerados individualmente o en su conjunto, tenemos también ante nosotros pruebas relativas a la aplicación efectiva de las medidas TPP desde su entrada en vigor, incluidos estudios empíricos que abordan específicamente la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en la eficacia de las ASG. Debe darse a esas pruebas el peso apropiado en nuestra evaluación. Consideramos dichas pruebas en la sección 7.5.3.6.1 *infra* y, en consecuencia, no pretendemos inferir, en esta etapa de nuestro análisis, ninguna conclusión general sobre la repercusión de las medidas TPP en la eficacia de las ASG.

7.827. Con esta conclusión en mente, pasamos ahora a considerar si cabe prever que un aumento de la eficacia de las ASG afecte a las creencias acerca de los riesgos y la conciencia de los riesgos en Australia, lo que los reclamantes cuestionan.

Capacidad del empaquetado genérico de aumentar la eficacia de las ASG mejorando la conciencia de los riesgos y las creencias acerca de los riesgos

7.828. Como se ha expuesto *supra*[2250], parece que no está en cuestión que una evaluación de la eficacia de las ASG está informada, con carácter general, por la capacidad de estas de comunicar información sobre los riesgos para la salud aumentando así los niveles de conciencia de los riesgos. Las comunicaciones de los reclamantes a este respecto se centran en la posibilidad de que esa conciencia *aumente* en presencia del empaquetado genérico, habida cuenta en particular de los niveles de conocimientos sobre los riesgos sanitarios derivados del consumo de productos de tabaco existentes en Australia.

7.829. Honduras y Cuba aducen que los australianos, y en particular los adolescentes australianos, ya tienen una elevada comprensión y conciencia de los riesgos asociados al consumo de tabaco y que su conducta tabáquica no está determinada por esa comprensión y conciencia.[2251] Los reclamantes se apoyan a este respecto en un informe de experto del Profesor Viscusi[2252], que aduce que aumentar la eficacia de las advertencias, medida por "el grado de recuerdo, la atención, y la gravedad y credibilidad"[2253], "solo tiene consecuencias en la conducta si los consumidores tienen actualmente un déficit de información y no consideran creíbles las advertencias existentes", lo que, añade, no ha sido establecido en ninguno de los estudios que respaldan el empaquetado genérico del tabaco.[2254] El Profesor Viscusi aduce que "el hecho de que los paquetes genéricos

[2247] A este respecto, señalamos la observación de Cuba de que es "*casi tautológico*" que el ojo resultará más atraído por una advertencia gráfica colocada en un paquete genérico, "el cual, inevitablemente tendrá menos que leer que un paquete con marca". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 225 (las cursivas figuran en el original) (donde se cita el informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 74).

[2248] Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 128.

[2249] Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 129.

[2250] Véanse los párrafos 7.803-7.806 *supra*.

[2251] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 417; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 227.

[2252] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8) (en el que se apoyan Honduras y Cuba).

[2253] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 21 (donde se hace referencia al examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), página ii).

[2254] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 21.

aumenten la eficacia de las advertencias con respecto a las creencias acerca de los riesgos depende de cuántas personas conozcan los riesgos del consumo de tabaco y de la medida en que presentar las advertencias en paquetes genéricos, en lugar de en paquetes ordinarios, altere esas creencias".[2255]

7.830. Australia responde que "el conocimiento de los riesgos es 'un concepto que tiene múltiples niveles', y que en los estudios sobre los australianos se ha constatado que aunque a veces las personas son 'conscientes' de que fumar puede tener consecuencias perjudiciales para la salud, no tienen siquiera una comprensión básica de la naturaleza y la gravedad de esas consecuencias".[2256]

7.831. El Profesor Viscusi examina varios estudios que respaldan la conclusión de que el empaquetado genérico del tabaco aumenta la eficacia de las advertencias sanitarias en Australia, y expone una serie de preocupaciones metodológicas con respecto a esos estudios. En particular, identifica la necesidad de "evaluar cuidadosamente los conocimientos de base que poseen los encuestados" de las creencias sobre los riesgos, con el fin de hacer posible la comparación con las creencias sobre los riesgos generadas tras presentar las advertencias en un entorno de paquete genérico.[2257] El Profesor Viscusi observa que "ninguno de los estudios sobre el empaquetado genérico existentes parte de una determinación de las creencias existentes sobre los riesgos para compararlas con las creencias sobre los riesgos resultantes del empaquetado genérico".[2258] Si no hay un aumento en las creencias sobre los riesgos, no se puede concluir, a juicio del Profesor Viscusi, que el paquete genérico promueva una mayor comprensión de los riesgos del consumo del tabaco.[2259] El Profesor Viscusi aduce que el empaquetado genérico no ofrece ninguna información de advertencia nueva y que no hay pruebas de que las nuevas advertencias no fueran percibidas antes de la introducción del empaquetado genérico. A su juicio, los estudios sobre el paquete genérico "no evalúan el supuesto déficit de información que el empaquetado genérico corregiría, y no examinan si las creencias de la población acerca de los riesgos cambian a consecuencia del empaquetado genérico".[2260]

7.832. El Profesor Viscusi sostiene además que, con el transcurso del tiempo, "los progresos que pueden hacerse por medio de esfuerzos de advertencia adicionales se reducirán progresivamente a medida que la población esté mejor informada de los riesgos del consumo de tabaco"[2261], y que, "una vez que la población ha adquirido una conciencia general de los principales riesgos derivados de los cigarrillos, como el riesgo de muerte y el riesgo de cáncer de pulmón, los aumentos de la conciencia de los riesgos que puedan obtenerse, en su caso, serán menos importantes".[2262] El Profesor Viscusi aborda las creencias sobre el riesgo en Australia, señalando que "hay pruebas sólidas en Australia de que la población no solo es consciente de los riesgos, sino que además los personaliza, asumiéndolos como propios"[2263]; que, "aun antes de la promulgación de las advertencias vigentes, en una época en la que se utilizaban anteriores advertencias, los australianos indicaban tener una sustancial conciencia de los riesgos"[2264]; y que, "incluso subgrupos de la población australiana a los que podría pensarse que es difícil llegar con una política de advertencias de base amplia, han recibido la información sobre los riesgos".[2265]

7.833. Honduras también hace referencia a un informe de experto del Profesor Steinberg, resumido *supra*[2266], y en particular al argumento de este de que "es a todas luces evidente que los adolescentes australianos son conscientes de los riesgos del consumo de tabaco y los comprenden, y que saben que tiene consecuencias nocivas para la salud a largo plazo".[2267] El Profesor Steinberg aduce que "la conciencia de los adolescentes acerca de los riesgos sanitarios del consumo de tabaco es casi universal (y se logró sin empaquetado genérico)" y que, por lo tanto, es "difícil

[2255] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 22.
[2256] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 171.
[2257] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafos 36-38.
[2258] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 38.
[2259] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 43.
[2260] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 44.
[2261] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 99.
[2262] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 99. Véase también *ibid.*, párrafos 101-104.
[2263] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 104.
[2264] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 105.
[2265] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 106.
[2266] Véanse los párrafos 7.710-7.711 y 7.722-7.723 *supra*.
[2267] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 44. Véase también el informe de réplica de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-10), párrafo 12.

imaginar cómo la introducción del empaquetado genérico podría, siquiera en el plano conceptual, aumentar esa conciencia".[2268]

7.834. El experto de Australia Profesor Slovic sostiene que, contrariamente a lo que opina el Profesor Viscusi, muchas personas no comprenden ni valoran adecuadamente los riesgos que entraña el hábito de fumar.[2269] Aduce que los fumadores principiantes "piensan poco de manera consciente en el riesgo", "adoptan la conducta atraídos por las perspectivas de diversión, emoción y aventura", y "comienzan a pensar en el riesgo solo después de haber empezado a fumar habitualmente, contraído la adicción y adquirido lo que lo para ellos es una nueva información y apreciación de los riesgos sanitarios del consumo de tabaco".[2270] El Profesor Slovic añade que "no hay pruebas que demuestren que los adolescentes, u otras personas que comienzan a fumar, tengan un conocimiento adecuado de las numerosas enfermedades causadas por el consumo de tabaco", ni la experiencia de un cáncer de pulmón, una neumopatía obstructiva crónica o una insuficiencia cardiaca congestiva.[2271]

7.835. El Profesor Slovic aduce además que la publicidad y promoción del tabaco, "de las que forma parte el paquete", han sido "diseñadas para cumplir un papel fundamental en este proceso exponiendo a los jóvenes a enormes cantidades de imágenes positivas asociadas con el consumo de tabaco". El Profesor Slovic observa que esa imaginería y esos sentimientos afectivos no son mencionados nunca por el Profesor Viscusi como factores que motivan el consumo de tabaco.[2272] El Profesor Slovic indica que, "por obra de la heurística del afecto, los sentimientos positivos inhiben los sentimientos de riesgo", por lo que se desatienden o infravaloran las advertencias científicas o estadísticas.[2273] El Profesor Slovic considera que el Profesor Viscusi "tampoco parece apreciar [] que las investigaciones hayan demostrado que el conocimiento de los riesgos del consumo de tabaco es un concepto que tiene múltiples niveles", en cuyo "extremo" figura "la conciencia superficial de que fumar es peligroso para la salud", y que avanza progresivamente al superar "nivel 2" (es decir, "saber un poco acerca de cómo y por qué fumar es peligroso"). El Profesor Slovic aduce que una toma de decisiones racional exige un conocimiento más profundo y añade que "pocos fumadores tienen ese conocimiento más profundo, basado en la experiencia" (que se adquiere en parte, según se ha demostrado, por medio de las ASG).[2274]

7.836. En un informe de experto presentado por Australia, el Doctor Biglan aduce también que los adolescentes no están plenamente informados de los riesgos del consumo de tabaco[2275] y señala que los adolescentes, tanto fumadores como no fumadores, infravaloran la tasa de fallecimientos debidos a estas enfermedades.[2276] El Doctor Biglan aduce además que, al poner en cuestión la idea de que el empaquetado genérico afecta a las percepciones de los riesgos, los expertos de los reclamantes examinaron solo una parte de las publicaciones empíricas sobre la repercusión del empaquetado genérico[2277] y, en el caso del Profesor Viscusi, presentaron una crítica que contiene "inexactitudes y tergiversaciones" y pasaron por alto "la claridad con que [los estudios pertinentes] demuestran la repercusión del empaquetado genérico en las percepciones de los riesgos para la salud".[2278] Del examen de varios estudios, el Doctor Biglan concluye que, "para una variada gama de medidas, poblaciones objeto (países, fumadores/no fumadores, o adolescentes/adultos), investigadores y variedades de paquete, la repercusión de las advertencias sanitarias se refuerza cuando los paquetes no tienen elementos de marca".[2279]

7.837. Entendemos que los reclamantes aducen, en esencia, que los niveles de conciencia de los riesgos en Australia son tales que no hay un margen significativo para aumentar los conocimientos sobre salud ni/o la percepción del riesgo en Australia por medio de ASG más eficaces. El Profesor Viscusi indica, en efecto, que, "una vez que la población ha adquirido una conciencia general de los principales riesgos derivados de los cigarrillos, como el riesgo de muerte y el riesgo de cáncer de

[2268] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 44.
[2269] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 90.
[2270] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafos 90 y 92.
[2271] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 91.
[2272] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 90.
[2273] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 93.
[2274] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 97.
[2275] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 166.
[2276] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 166.
[2277] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafos 167-169.
[2278] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 173.
[2279] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 175.

pulmón, los aumentos de la conciencia del riesgo que puedan obtenerse, en su caso, serán menos importantes."[2280]

7.838. Observamos que en varios estudios presentados como prueba en estos procedimientos se aborda el nivel de conciencia existente entre los australianos en relación con los riesgos asociados al consumo de tabaco, y la medida en que las ASG pueden aumentar esa conciencia. Por ejemplo, en un estudio de Borland y Hill (1997)[2281] se concluyó que las advertencias sanitarias introducidas en 1995 (que exigían advertencias sanitarias escritas que cubrieran al menos el 25% de cara anterior del paquete) lograron "altos niveles de concienciación ... al menos entre los fumadores"[2282], como ha reconocido el Profesor Viscusi[2283], al tiempo que también se señalaba que los fumadores que no tenían conciencia de las advertencias simplemente podrían "no haberlas percibido nunca".[2284] En el mismo estudio se afirma también que "muchos fumadores siguen sin tener siquiera una comprensión básica de los principales componentes del humo del tabaco o de sus posibles efectos en la salud, aunque ha habido un ligero aumento de esos conocimientos en la etapa de seguimiento", y que "un resultado notable fue que los fumadores tenían una probabilidad mucho mayor de estar de acuerdo en que fumar es adictivo que en estar de acuerdo en que es nocivo, y que eran muchos más los que creían que es adictivo que los que creían que es placentero".[2285] En el mismo trabajo se señala que "es cierto que en Australia casi todo el mundo ha oído hablar de los peligros del consumo de tabaco (como puede inferirse de los datos de este trabajo), pero eso no significa que conozcan y crean toda la información que es esencial para tomar decisiones racionales sobre si fumar o no".[2286]

7.839. El experto de Australia Profesor Slovic hace referencia[2287] a un estudio basado en datos obtenidos en 2002 en la encuesta realizada en cuatro países por el International Tobacco Control Policy Evaluation Project (Proyecto internacional de evaluación de las políticas de control del tabaco) (Proyecto ITC), que indican un alto nivel de conciencia en Australia respecto de las diversas afecciones entre los fumadores, a raíz de encuestas telefónicas que incluían el recuerdo asistido de esas afecciones.[2288] Un informe de 2009[2289] encargado por el Departamento de Salud y Envejecimiento de Australia para evaluar la eficacia de las ASG que figuran en los productos de tabaco también indica, como señala el Profesor Viscusi[2290], un alto grado de conciencia de que determinados riesgos sanitarios están asociados al consumo de tabaco [2291], aunque los niveles de recuerdo del contenido de las advertencias, no asistido[2292] y asistido[2293], variaban. Tomamos nota

[2280] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 99.
[2281] Borland y Hill 1997 (Prueba documental AUS-208).
[2282] Borland y Hill 1997 (Prueba documental AUS-208), página 324.
[2283] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 105.
[2284] Borland y Hill 1997 (Prueba documental AUS-208), página 324.
[2285] Borland y Hill 1997 (Prueba documental AUS-208), página 324.
[2286] Borland y Hill 1997 (Prueba documental AUS-208), página 324.
[2287] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 91.
[2288] En las encuestas se consideró en particular el conocimiento del cáncer de pulmón entre los fumadores (94,3%), la cardiopatía (88,7%), el accidente cerebrovascular (80,8%) y el cáncer de pulmón entre los no fumadores (69,0%), y la impotencia (35,8%). Hammond *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-190), página iii21. Observamos que el Profesor Slovic también hace referencia en este contexto a un estudio de Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)) en el que se pidió a participantes del Reino Unido que compararan cinco paquetes en lo tocante a su percepción del gusto, el aporte de alquitrán, el riesgo para la salud y el atractivo del paquete, así como la facilidad para dejar de fumar (en el caso de los fumadores adultos) o a la marca que elegirían si estuvieran probando el tabaco (en el caso de los jóvenes). Véase el informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 91. Como este estudio está basado en el Reino Unido, consideramos que no es directamente pertinente para la cuestión de los niveles de conciencia del riesgo existentes en Australia.
[2289] Shanahan y Elliott 2008 (Prueba documental CUB-15).
[2290] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 105.
[2291] En concreto, el estudio indica que en Australia el 91% de los fumadores no está de acuerdo con la afirmación "No creo que el tabaco tenga en absoluto ningún efecto negativo real en la salud"; que el 88% de los fumadores está de acuerdo con la afirmación "Creo que el consumo de tabaco probablemente aumenta de hecho el riesgo de que tenga un problema cardiaco"; y que el 96% "no está de acuerdo con las afirmaciones de que el consumo de tabaco no tiene ningún efecto real en la salud". Shanahan y Elliott 2008 (Prueba documental CUB-15), página 181.
[2292] Shanahan y Elliott 2008 (Prueba documental CUB-15), página 66. Los encuestados identificaron el contenido de las advertencias en diferente grado; en concreto, los encuestados recordaron: "fumar causa cáncer de boca y garganta" (18%); "fumar es una de las principales causas de muerte" (18%); "fumar causa enfermedad vascular periférica/gangrena" (17%); "fumar causa enfisema" (9%); "fumar obstruye las arterias" (5%); "no dejes que los niños respiren tu humo" (4%); "dejar de fumar mejorará tu salud" (3%); "fumar causa cáncer de pulmón" (34%); "fumar daña al feto" (29%); "fumar causa cardiopatía" (10%); "fumar causa

también de un estudio de prospección de mercado al que hace referencia el Profesor Viscusi en respaldo de la afirmación de que las advertencias sanitarias exigidas en 2011 (es decir, antes de su ampliación en virtud de la Norma de información) "son eficaces y, por lo tanto, los fumadores y el público en general han sido informados de los riesgos".[2294] En ese informe se señala también que, "con muy pocas excepciones, todos los encuestados pudieron identificar fácilmente una advertencia sanitaria específica entre la serie actual que se les presentaba", la cual, "con frecuencia, era la que evitaban comprar si podían".[2295] El Profesor Steinberg también hace referencia, en su informe de experto, a un estudio del gobierno de Victoria basado en datos de la encuesta de 2011 sobre el alcohol, el tabaco y las drogas entre los estudiantes de secundaria de Australia (ASSAD)[2296], que indicaba altos niveles de conciencia de diversas enfermedades específicas asociadas al tabaco.[2297]

7.840. Estas pruebas indican, en general, que los australianos tienen un alto grado de conciencia de que el consumo de tabaco aumenta los riesgos de tener problemas de salud en general. También indican un nivel de conciencia elevado y, en el caso de algunas afecciones, muy elevado, con respecto a algunos riesgos específicos para la salud asociados al consumo de tabaco, aunque un nivel notablemente inferior de conciencia del riesgo con respecto a determinadas afecciones consideradas en las pruebas.

7.841. Estas pruebas indican además que las ASG han sido eficaces en Australia, entre otras cosas, en la comunicación de determinados efectos específicos del consumo de tabaco al público australiano y, en particular, en la mayor toma de conciencia de los riesgos más allá de los riesgos

---

ceguera" (4%); "fumar duplica el riesgo de accidente cerebrovascular" (3%); "fumar es adictivo" (2%); y "el humo del tabaco es tóxico" (1%). *Ibid.*, página 66, cuadro 15. Los resultados se desglosaron además según la condición del encuestado (fumador, exfumador reciente, no fumador y exfumador). *Ibid.*

[2293] Shanahan y Elliott 2008 (Prueba documental CUB-15), página 71. Los encuestados identificaron el contenido de las advertencias en diferente grado; en concreto, los encuestados recordaron: "fumar obstruye las arterias" (83%); "fumar causa enfermedad vascular periférica/gangrena" (83%); "fumar causa cáncer de boca y garganta" (82%); "fumar causa enfisema" (81%); "fumar es una de las principales causas de muerte" (73%); "no dejes que los niños respiren tu humo" (69%); "dejar de fumar mejorará tu salud" (63%); "fumar causa cáncer de pulmón" (94%); "fumar daña al feto" (90%); "fumar es adictivo" (89%); "fumar causa cardiopatía" (89%); "el humo del tabaco es tóxico" (76%); "fumar duplica el riesgo de accidente cerebrovascular" (64%); "fumar causa ceguera" (61%); "fumar te expone a más de 40 productos químicos nocivos" (65%); "dejando ahora el tabaco reducirías el riesgo de enfermedad crónica o muerte prematura" (62%); y "estos productos químicos dañan los vasos sanguíneos, las células corporales y el sistema inmune" (49%). Véase también *ibid.*, página 71, cuadro 18.

[2294] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 105. Parr *et al.* 2011c corroboran este hecho, en la medida en que afirman que:

> La conducta declarada de los fumadores demostró que las advertencias sanitarias actuales que figuran en los paquetes siguen siendo eficaces. Aunque pocos fumadores afirmaron haber notado o pensado en las advertencias sanitarias actuales, muchos admitieron tener comportamientos específicos que indicaban que las advertencias tenían alguna repercusión. Muchos alegaron [] poner el paquete dentro de otra cosa (una cubierta o envase); [] sacar los cigarrillos y ponerlos en otro envase para llevarlos; y/o [] pedir a los expendedores paquetes con imágenes menos personalmente pertinentes o menos explícitas".

Parr *et al.* 2011c (Pruebas documentales AUS-119, CUB-75), página 5.

[2295] Parr *et al.* 2011c (Pruebas documentales AUS-119, CUB-75), página 25. Sin embargo, los autores indican que en los demás casos las respuestas a las advertencias son dispares, y señalan que "los fumadores afirmaron que consideraban las advertencias sanitarias como casos extremos y raros, y respondían de manera racional, afirmando que no tenían en cuenta las consecuencias para la salud porque consideraban improbable que les afectaran a ellos"; pero que, "aunque las perciben como ejemplos extremos, afectan a los fumadores a nivel emocional, ya que ponen de relieve posibles motivos de preocupación en materia de salud de las que siguen siendo conscientes".

[2296] Informe sobre la encuesta ASSAD de 2011 (Prueba documental DOM-360).

[2297] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 44. El Profesor Steinberg hace referencia a este estudio para respaldar el argumento de que "más del 90% de los encuestados de entre 12 y 17 años estuvo de acuerdo o muy de acuerdo con las afirmaciones de que fumar causa cáncer de pulmón (97%), fumar aumenta el riesgo de tener un ataque cardiaco (91%), fumar puede afectar al feto (93%) y fumar causa cáncer de boca (95%), con altos porcentajes en el caso de varias otras enfermedades". El estudio también señala que con un recuerdo asistido, se está de acuerdo o muy de acuerdo con la afirmación de que fumar es adictivo (86%), es una de las principales causas de muerte (75%), causa enfermedades en los dedos de los pies y las manos (87%), causa enfisema (84%), obstruye las arterias (83%), causa ceguera (52%), duplica el riesgo de accidente cerebrovascular (85%) y es tóxico (80%). Informe sobre la encuesta ASSAD de 2011 (Prueba documental DOM-360), páginas 110-111.

"principales" de "muerte ... y cáncer de pulmón ...".[2298] Tomamos nota, por ejemplo, de un estudio de 2012 que concluyó que los fumadores australianos, que habían estado expuestos a una ASG con el mensaje de que fumar causa ceguera, tenían mayor probabilidad de declarar, en respuesta a una pregunta orientada, que fumar causa ceguera que los fumadores del Canadá, los Estados Unidos y el Reino Unido, que no habían estado expuestos a esa misma advertencia.[2299] A este respecto, observamos también que el momento de realización de los estudios descritos *supra* indica que se refieren a períodos durante los cuales las ASG de Australia han sido de diferentes tamaños y han contenido diferentes mensajes.[2300]

7.842. Observamos además que el Manual del CIIC de 2008 indica que "los fumadores de diferentes partes del mundo tienen diferentes niveles en lo que respecta a los conocimientos sobre salud existentes", lo que "tiene consecuencias para el tipo de mensajes que deben incluirse en las advertencias".[2301] Cita como ejemplo a este respecto que "los fumadores australianos tienen un nivel relativamente más alto de alfabetización sobre salud que los fumadores de otras regiones, lo que puede explicar la decisión de incluir una advertencia sobre la 'enfermedad vascular periférica' en los paquetes.[2302]

7.843. Estas pruebas indican, a nuestro juicio, que, en el contexto del papel que cumplen en la mejora de los conocimientos sobre salud y la percepción de los riesgos, es legítimo que el contenido de las ASG esté informado por las carencias de conocimientos que existan en el país pertinente, con el fin de abordar esas carencias de conocimientos. Sin embargo, no estamos convencidos de que la existencia de un nivel relativamente alto de conocimientos o de conciencia sobre los riesgos en Australia implique que las ASG no puedan hacerse *más* eficaces en el logro de su objetivo de aumentar esos conocimientos o esa conciencia sobre los riesgos. Nos parece que tal opinión solo sería sostenible si se evaluara al más alto nivel de generalidad (a saber, que los australianos consideran que fumar es nocivo y comporta riesgos, algo que, según indican las pruebas de que disponemos, es conocido casi universalmente), y si supusiéramos que la necesidad de informar a las personas de los riesgos para la salud asociados al consumo de tabaco depende *únicamente* del alcance de los conocimientos generales ya existentes en el territorio pertinente.[2303] En el propio análisis del Profesor Viscusi parece reconocerse que ese no es el caso, cuando señala que "[e]l hecho de que el público esté bien informado no implica que deban abandonarse los esfuerzos de advertencia", ya que "[l]as nuevas generaciones de posibles fumadores se seguirían

[2298] Véase, por ejemplo, Shanahan y Elliott 2008 (Prueba documental CUB-15).

[2299] Kennedy *et al.* 2012 (Prueba documental AUS-192).

[2300] Como hemos observado en la sección 2.2.1, en 1973 todos los estados y territorios australianos promulgaron prescripciones relativas a advertencias sanitarias sobre el tabaco y establecieron advertencias sanitarias de texto destinadas únicamente a los cigarrillos. Medidas subsiguientes de nivel federal ampliaron el alcance de las advertencias con respecto a su forma (para incluir advertencias de texto y gráficas/ilustradas), tamaño (como porcentaje de la superficie del paquete), posición (en la cara anterior y/o posterior de los paquetes), modalidades (la variación y rotación del texto y las imágenes) y ámbito de aplicación (aplicación de las prescripciones a otras categorías de productos de tabaco). A fecha del 1º de marzo de 2006, se exigían ASG para casi todos los productos de tabaco: los paquetes ordinarios debían exhibir un mensaje de advertencia que cubriera el 25% de la superficie de la cara del paquete en la que estuviera impresa, y se exigía que los mensajes explicativos cubrieran un tercio de la superficie de la cara del paquete en la que estaban impresos. *Reglamento de prácticas comerciales (Normas de Información al Consumidor sobre los Productos) (Tabaco) de 1994* (Cth) (Prueba documental AUS-322), regla 11. La Norma de Información en materia de Competencia y Protección al Consumidor (Tabaco) de 2011 (Cth), que establece las prescripciones actuales del 75%/90% para las ASG y las declaraciones explicativas, entró en vigor el 1º de enero de 2012. Véase la Norma de Información (Pruebas documentales AUS-128, JE-8).

[2301] Manual del CIIC de 2008 (Pruebas documentales AUS-602, DOM-368), página 294.

[2302] Manual del CIIC de 2008 (Pruebas documentales AUS-602, DOM-368), página 294.

[2303] Shanahan y Elliott 2008 (Prueba documental CUB-15), página 181. A este respecto, tampoco nos convence la crítica que hace el Profesor Viscusi de varios estudios sobre el efecto del empaquetado genérico de los productos de tabaco en la eficacia de las ASG, sobre la base de que "ninguno de los estudios sobre el empaquetado genérico existentes parte de una determinación de las creencias sobre los riesgos existentes para compararlas con las creencias sobre los riesgos resultantes del empaquetado genérico". Véase el informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafos 36-38 y 43-44. De manera relacionada, y como se expone bajo el epígrafe "Focalización de los estudios TPP en resultados 'no conductuales'", de la sección 7.2.5.3.5.1 *supra*, no estamos convencidos de que la focalización de las publicaciones TPP en resultados "proximales", en sí misma, una deficiencia, siempre que se entienda que esos "resultados proximales", incluida la repercusión del empaquetado genérico en el aumento de la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas, constituyen solo un elemento de la "cadena causal" del "modelo mediacional" subyacente a la adopción de las medidas. Véanse los párrafos 7.555 y 7.564 *supra*. Por lo tanto, tampoco nos convence la crítica del Profesor Viscusi a este respecto. Véase el informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafos 45-49.

beneficiando de la información, y suprimir las advertencias daría a entender que los cigarrillos se han vuelto menos peligrosos".[2304] El argumento de los reclamantes sobre la incapacidad del empaquetado genérico para mejorar la eficacia de las ASG debido a los niveles de conciencia del riesgo actuales en Australia parecería implicar que no es posible mejorar la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas de *ninguna* manera significativa, o incluso que estas ya no serían necesarias en Australia, lo que, a nuestro juicio, no es lo que están indicando los reclamantes.

7.844. Observamos también que las pruebas que se nos han presentado indican un menor nivel de conciencia del riesgo en relación con los cigarros (puros). Parr *et al.* 2011b concluyen que "los fumadores de cigarros (puros) premium diferían considerablemente en su actitud con respecto a los cigarros (puros) de los fumadores de otros productos de tabaco".[2305] Los dos tipos de fumador de cigarros (puros) tenían "bajas percepciones de cualquier riesgo sanitario ligado a su consumo de cigarros (puros)" y, "como la mayoría no fumaba diariamente, sino semanalmente, o una vez cada dos semanas, tampoco consideraba que su frecuencia de consumo de tabaco justificara preocuparse por las consecuencias para la salud".[2306] Tomamos nota también de las observaciones de Australia, que no han sido discutidas por los reclamantes, respecto de la mayor nocividad de un único cigarro (puro) en comparación con único cigarrillo[2307] y las percepciones erróneas respecto de los riesgos reales de los cigarros (puros).[2308] Asimismo, tomamos nota de la constatación de Parr *et al.* 2011b con respecto a las bolsas de cigarros (puros) genéricas: "nadie quería ser visto llevando una bolsa con una gran advertencia sanitaria gráfica, o tener que mirar él mismo la bolsa. La advertencia actuaba como recordatorio de los efectos negativos de su consumo de cigarros (puros)".[2309]

7.845. A la luz de lo anterior, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que los niveles existentes de conocimientos sobre salud y de conciencia de los riesgos en Australia sean tales que no podrían aumentarse si las ASG lograran una mayor saliencia y, por consiguiente, tuvieran una mayor capacidad de aumentar los niveles de conciencia de los riesgos con respecto a los riesgos para la salud derivados de los productos de tabaco, en presencia del empaquetado genérico.

7.846. Por último, examinamos la medida en que los reclamantes han demostrado que, incluso si se considera que las ASG que figuran en los productos de tabaco se consideran más fáciles de ver, más vistosas, se perciben como advertencias más creíbles y más serias, atraen una mayor

---

[2304] Informe de Viscusi (Prueba documental UKR-8), párrafo 101.

[2305] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 9.

[2306] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10. Parr y Ell 2011 concluyen además que:

> Los consumidores de cigarros (puros) premium sí tienen la percepción de que probablemente habrá efectos sanitarios derivados del consumo de cigarros premium. Sin embargo, esos efectos se perciben en gran medida como efectos insignificantes en comparación con el consumo de otros productos de tabaco. Ello se debe a varias razones:
> - se tiene la percepción de que se consume menos tabaco, ya que el consumo no es habitual;
> - no se tiene la percepción de que cree adicción física; y
> - no se tiene la percepción de que afecte a los pulmones tanto como el humo de los cigarrillos, ya que el humo no se inhala directamente.

Parr y Ell 2011 (Prueba documental CUB-41), página 27.

[2307] Respuesta de Australia a la pregunta 13 del Grupo Especial (donde se hace referencia a American Lung Association, "*Cigars: Facts and Figures*", <http://www.lung.org/stop-smoking/about-smoking/facts-figures/cigars.html>, consulta realizada el 30 de enero de 2015 (Cigarros: hechos y cifras) (Prueba documental AUS-34)). Véase también la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 30 (donde se hace referencia a National Cancer Institute, "*Fact Sheet: Cigar Smoking and Cancer*", 27 de octubre de 2010, <http://www.cancer.gov/cancertopics/factsheet/Tobacco/cigars/>, consulta realizada el 25 de febrero de 2015 (Hoja informativa del CNI sobre los cigarros (Prueba documental AUS-40); informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 75-77; y escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada))).

[2308] Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 173 y 197.y nota 2306 *supra*. De manera similar, en Miller *et al.* 2015 se señala que "se consideró sistemáticamente que los cigarros y los cigarritos eran menos nocivos y distintos de los cigarrillos, todo lo cual está en consonancia con la manera en que han sido posicionados los cigarros". Miller *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-102, DOM-315), página 7. Véase también la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 173.

[2309] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 43.

atención visual y aumentan los niveles de conciencia de los riesgos, ello podría, en cualquier caso, no tener ninguna influencia en las intenciones de abandono y las conductas tabáquicas.

Efecto de un aumento de la eficacia de las ASG a través del empaquetado genérico en las intenciones de dejar de fumar y las conductas tabáquicas

7.847. Cuba aduce que una mayor atención a las advertencias sanitarias no necesariamente implica que vaya a haber cambios significativos en las tasas de consumo de tabaco en Australia, puesto que, incluso en el caso de los paquetes con marca, "los observadores prestan atención tanto a la advertencia de salud como a los elementos de diseño del paquete".[2310] Cuba aduce además que, "incluso si [la] afirmación [de que el empaquetado genérico aumentará la eficacia de las ASG] fuera cierta, porque opera aumentando la conciencia de los riesgos, puede tener un efecto incremental escaso o nulo en el comportamiento de fumar en Australia (puesto que la inmensa mayoría de la población ya es consciente de los riesgos pertinentes)".[2311] De manera similar, Honduras hace referencia a la observación del Profesor Viscusi de que los australianos tienen conciencia de los riesgos y los personalizan, y de que es muy improbable que aumentar el tamaño o la prominencia de la advertencia tenga alguna influencia en las conductas tabáquicas o las percepciones del consumidor sobre las consecuencias para la salud.[2312] La República Dominicana también sostiene, con referencia al informe de experto del Profesor Steinberg, que, "incluso si se demostrara que el empaquetado genérico aumenta la prominencia de las advertencias sanitarias (lo que de hecho, según indican investigaciones recientes, no sucede), ello ... no tendría ninguna influencia en la experimentación de los adolescentes con los productos de tabaco, ni en su consumo.[2313]

7.848. Australia sostiene que los aumentos de la eficacia de las ASG afectan a las intenciones y la conducta de los consumidores. Sostiene que los riesgos para la salud personal derivados del consumo de tabaco son un importante factor de motivación para que los consumidores dejen de consumir productos de tabaco, y que la combinación de paquetes genéricos con advertencias sanitarias disminuye las percepciones positivas del consumo de tabaco y aumenta la comprensión de que el consumo de tabaco presenta un riesgo para la salud.[2314] Australia también sostiene que reducir los elementos de diseño del empaquetado del tabaco que "distraen de las advertencias sanitarias (y de las graves y severas consecuencias del consumo de tabaco) ya ha comenzado a tener el efecto deseado de cambiar las actitudes, lo que probablemente alentará el comportamiento de dejar de fumar ".[2315]

7.849. Entendemos que el diseño y la estructura que subyacen al funcionamiento del segundo mecanismo de la Ley TPP consisten en que al menos algunos consumidores se verán influidos en sus conductas tabáquicas si las ASG se hacen más eficaces como consecuencia del empaquetado genérico de los productos de tabaco, en combinación con otras medidas de control del tabaco aplicadas en Australia. En palabras del Profesor Fong:

> Dada mi conclusión de que la medida sobre el empaquetado genérico del tabaco aumentaría la eficacia de las advertencias sanitarias que figuran en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco, *también considero razonable concluir que ese aumento de la eficacia podría dar lugar a efectos importantes en el comportamiento*, como desalentar de empezar a fumar o de consumir productos de tabaco; alentar a dejar de fumar y a dejar de consumir productos de tabaco; y desalentar a quienes han dejado de fumar, o dejado de consumir productos de tabaco, de recaer en ello.[2316]

7.850. Sobre la base de las pruebas de que disponemos, no vemos ningún fundamento para suponer que, en tanto en cuanto el empaquetado genérico del tabaco haga más eficaces las ASG

[2310] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 226 (donde se hace referencia a Munafò *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-199, JE-24(47)), página 1509, cuadro 1). Véase también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 349.

[2311] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 227.

[2312] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 419, nota 349.

[2313] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 695.

[2314] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 182.

[2315] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 185. Las pruebas relativas a la aplicación efectiva de las medidas TPP se consideran en la sección 7.2.5.3.6 *infra*.

[2316] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 356. (sin cursivas en el original)

aumentando su saliencia y el procesamiento de la información sobre los riesgos que transmiten, como se ha expuesto *supra*, esa mayor eficacia de las ASG no pueda, en combinación con otras medidas de control del tabaco aplicadas por Australia, afectar a las conductas tabáquicas.

7.851. Recordamos que los reclamantes no han impugnado el modelo conceptual descrito *supra* para la evaluación de la eficacia de las ASG, establecido por el Profesor Chaloupka y reflejado en el Manual del CIIC de 2008. Ese modelo asocia los cambios en los conocimientos sobre el abandono, el atractivo de la marca, las reacciones afectivas y los conocimientos sobre salud/la percepción de los riesgos con cambios en las intenciones de dejar de fumar, la elusión y la conducta tabáquica ulterior.[2317] Además, a nuestro entender los reclamantes no han cuestionado la capacidad de las ASG, en principio, de ser eficaces.[2318] Además, Australia y sus expertos, Profesor Fong y Dr. Biglan, hacen referencia a varios estudios que indican un efecto de las ASG en la conducta tabáquica.[2319]

[2317] Véase la figura 14 *supra*.

[2318] Observamos que la República Dominicana aduce, sobre la base de datos posteriores a la implementación, que fueron examinados también en White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235), que los antecedentes indicados en el modelo del Profesor Chaloupka no se dan en Australia, como tampoco determinadas conductas relacionadas con el tabaco (por ejemplo, hacer un intento de dejar de fumar), y que, por lo tanto, no puede inferirse la vía causal. Véase la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 526-529. Como se ha señalado, las pruebas de Australia sobre el período posterior a la implementación son el objeto de la sección 7.2.5.3.6, *infra*. Observamos también que la República Dominicana formula varias críticas a un estudio del Profesor Chaloupka (y otros) sobre el efecto de las ASG en la conducta tabáquica en el Canadá en 2005. Véanse la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 530-535. Véanse también el informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9); el informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582); el informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-303), capítulo 6; y *R.J. Reynolds v. FDA* (Prueba documental DOM-317). No obstante esas críticas del estudio del Profesor Chaloupka, a nuestro entender la comunicación de la República Dominicana no impugna ni cuestiona la existencia de una conexión entre las ASG y la conducta tabáquica *per se*.

[2319] Entre esos estudios figuran Borland 1997 (Prueba documental AUS-213) (donde se concluye que las advertencias que se percibían con más frecuencia estaban asociadas con un aumento de la renuncia a los cigarrillos, y que el número de cigarrillos a los que se renuncia era un predictor de aumentos del abandono); y Shanahan y Elliott 2008 (Prueba documental CUB-15) (un informe del Departamento de Salud y Envejecimiento del Gobierno de Australia). Shanahan y Elliott 2008 informaron de un estudio en el que se formuló a participantes en una encuesta telefónica una pregunta orientada sobre los efectos de las ASG en el comportamiento. Entre los fumadores, se declaró que las advertencias sanitarias ayudaban a los fumadores a fumar menos (36%), a tratar de dejar de fumar (43%) y a pensar en dejar de fumar (57%). El 49% de los fumadores no declaró ningún efecto en la conducta. Los exfumadores recientes indicaron que las advertencias sanitarias les ayudaron a fumar menos (62%), a tratar de dejar de fumar (64%), a pensar en dejar de fumar (75%), a dejar de fumar (62%); y a seguir sin fumar (55%). En preguntas orientadas, los exfumadores recientes (53%) y los exfumadores (11%) identificaron "Las advertencias sanitarias que figuran en los paquetes - Imágenes" como un factor que les ayudó a decidirse a dejar de fumar, mientras que los exfumadores recientes (44%) y los exfumadores (14%) también identificaron "Las advertencias sanitarias que figuran en los paquetes de cigarrillos - Texto" como un factor que les ayudó a decidirse a dejar de fumar. El 2% de los exfumadores recientes mencionó el texto y el 1% las imágenes con respecto a la principal razón para dejar de fumar). Véase *ibid.*, páginas 118-122. El experto de Australia Dr. Biglan también hace referencia a un estudio de 2011 en el que se utilizó una subasta experimental para estimar las diferencias en la demanda asociadas con diferentes formatos de etiqueta de advertencia sanitaria y diferentes formatos de empaquetado (incluido el empaquetado genérico). Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafos 102-103 y 174 (donde se hace referencia a Thrasher *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-229, JE-24(58)); y a Rousu y Thrasher 2013 (Pruebas documentales AUS-228, JE-24(54))). Thrasher *et al.* 2011 concluyeron que los paquetes con la advertencia ilustrada atrajeron una puja media inferior a la puja media por el paquete de control (que exhibía una advertencia solo de texto del 50% en un costado del paquete), y que la puja media por el paquete que exhibía una advertencia sanitaria ilustrada fue aún más baja en el caso del paquete genérico sin marca.
Thrasher *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-229, JE-24(58)). En un trabajo distinto en el que se examinó ese mismo estudio se trató de estimar el porcentaje de fumadores estadounidenses que reduciría su demanda de paquetes de cigarrillos con ASG y con empaquetado genérico. Los autores indicaron que el 45% de los participantes pujó menos por un paquete con una advertencia sanitaria ilustrada que por un paquete con una etiqueta de advertencia de texto frontal, y que un 64% pujó menos por un paquete genérico con una advertencia sanitaria ilustrada que por un paquete con una etiqueta de advertencia de texto frontal. Rousu y Thrasher 2013 (Pruebas documentales AUS-228, JE-24(54)). Los autores de estos dos estudios aducen que el uso de un método de este tipo, basado en una subasta, "puede ser preferible a técnicas de valoración hipotética, como los experimentos de elección hipotética o las subastas hipotéticas", a causa de las consecuencias pecuniarias inmediatas y de una reducción del sesgo que puede existir cuando se piden a los

7.852. Pasando en primer lugar a las *intenciones* de dejar de fumar, observamos que, como se indica en la figura 14, estas se identifican como uno de los parámetros pertinentes para una evaluación de la eficacia de las ASG, en cuanto precursor de conductas tabáquicas. Australia ha presentado varios estudios con respecto a la relación entre los cambios en la vistosidad y la saliencia de las ASG, y las respuestas cognitivas a las mismas, y los cambios en las intenciones conductuales. Cita tres estudios que indican una correlación positiva entre las advertencias de los paquetes y las intenciones o intentos de dejar de fumar.[2320] Australia también hace referencia a un estudio de 2009 en el que se examinó específicamente el efecto de diferentes advertencias sanitarias en Australia (en el momento en que se realizó el estudio, una ASG que cubría el 30% de la cara anterior y el 90% de la cara posterior del paquete), el Canadá (una ASG que cubría el 50% de la cara anterior y de la cara posterior del paquete) y el Reino Unido (una advertencia de texto que cubría el 30% de la cara anterior y el 40% de la cara posterior del paquete) respecto de variables entre las que se incluían "dos respuestas conductuales": renunciar a los cigarrillos y eludir las advertencias. En ese estudio se indicaba que los encuestados australianos declaraban una mayor elusión de las advertencias que los canadienses y británicos, pero no había una diferencia significativa entre los encuestados canadienses y australianos, ni entre los australianos y los británicos, con respecto a la renuncia a fumar cigarrillos.[2321] Los autores también señalaron que "los mejores indicadores predictivos de un abandono ulterior" -que identifican como las respuestas cognitivas y la renuncia a los cigarrillos- indicaban que las advertencias australianas produjeron respuestas cognitivas más intensas y tendían a generar una mayor renuncia que las advertencias únicamente textuales del Reino Unido.[2322] Observamos que estos estudios no son criticados en los informes de los Profesores Kleijnen *et al*., los Profesores Inman *et al.* ni el Profesor Klick. También observamos que estos estudios no son criticados por el Profesor Viscusi en su evaluación, más general, de los estudios sobre el efecto del empaquetado genérico en las ASG.

7.853. Pasando a las *conductas tabáquicas con respecto al tabaco reales*, en nuestro anterior análisis de la relación entre las actitudes y la conducta[2323] hemos observado que un conjunto de investigaciones está dedicado al estudio de la correlación entre las actitudes, las intenciones y las conductas, y que todas las partes reconocen, con referencia a esas investigaciones, que la intensidad de la correlación entre las actitudes y las conductas en un determinado contexto resulta afectada por la interacción de múltiples factores.[2324] También hemos constatado, en ese contexto,

consumidores valoraciones hipotéticas. Thrasher *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-229, JE-24(58)), página 42. Véase también Rousu y Thrasher 2013 (Pruebas documentales AUS-228, JE-24(54)), página 171.

[2320] En un estudio de 2007 se consideró la conducta tabáquica con referencia a variables entre las que se incluían los intentos de dejar de fumar en el último año y la intención de abandonar, y se concluyó que las advertencias que tenían mayor probabilidad de ser percibidas y leídas (las advertencias consideradas en este estudio eran advertencias del Reino Unido) tenían también mayor probabilidad de inducir a los fumadores a pensar en dejar de fumar, a pensar en los riesgos sanitarios del consumo de tabaco, y los habían disuadido de fumar un cigarrillo, en comparación con fumadores de otros países. Hammond *et al.* 2007 (Prueba documental AUS-212), página 207. En una encuesta telefónica realizada en cuatro países, el objeto era examinar variaciones en los conocimientos de los fumadores sobre los riesgos del tabaco y en la repercusión de las advertencias de los paquetes. Los autores concluyeron, entre otras cosas, que un mayor nivel de conocimientos sobre salud estaba correlacionado positivamente con los planes de dejar fumar, y que las probabilidades de planear dejar de fumar eran mayores entre los fumadores que estaban de acuerdo en que fumar causa los efectos en la salud identificados en un recuerdo asistido, y aumentaban de manera lineal con el número total de efectos en la salud indicados. Hammond *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-190). En estudio en el que se utilizaron datos de esos mismos cuatro países se examinó prospectivamente la repercusión de las advertencias sanitarias en la actividad de dejar de fumar. En concreto, en un total de cinco tandas, los autores utilizaron las reacciones ante las advertencias sanitarias registradas en una tanda para predecir la actividad de abandono en la siguiente fase. Los autores examinaron la saliencia de las advertencias y las respuestas cognitivas (es decir, pensar sobre la nocividad y en dejar de fumar, renunciar a cigarrillos, y en la elusión de las advertencias) como predictores de los intentos de abandono y del éxito del abandono entre quienes lo intentaban (medido por un mes de abstinencia continua, reproducido en cuatro transiciones entre tandas). Los autores determinaron que cada uno de esos indicios estaba correlacionado positivamente de manera significativa con la realización de un intento de abandono en la siguiente tanda de la encuesta, aunque no hubo trayectorias de éxito uniformes. Los autores también determinaron que las respuestas cognitivas y la renuncia a cigarrillos eran predictores sistemáticos de la realización de un intento de abandono en todas las transiciones entre tandas en las que se midieron (aunque la magnitud del efecto se reducía cuando se controlaban las variables relativas a las intenciones de dejar de fumar). Borland *et al.* 2009b (Prueba documental AUS-211), páginas 669-672.

[2321] Borland *et al.* 2009a (Prueba documental AUS-210), página 360.

[2322] Borland *et al.* 2009a (Prueba documental AUS-210), página 361.

[2323] Véase "Relación entre actitudes y conductas" en la sección 7.2.5.3.5.2 *supra*.

[2324] Véase Ajzen, Health Psychology Review 2014 (Prueba documental HND-134), páginas 3-4.

que se reconoce que las conductas tabáquicas resultan influidas por una amplia variedad de factores.

7.854. En el contexto de nuestro análisis del efecto que los cambios en el atractivo de los productos de tabaco tienen en las conductas tabáquicas, hemos observado que, a nuestro entender, la suposición que subyace al diseño y la estructura de las medidas TPP no es que quepa esperar que una reducción del atractivo de los productos de tabaco dé lugar *en todos los casos* a un cambio en las conductas tabáquicas.[2325] De manera similar, no vemos ninguna base para suponer que, para establecer que un aumento de la eficacia de las ASG mediante la introducción del empaquetado genérico del tabaco podría contribuir a reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, necesariamente deba suponerse que unas ASG que se hayan hecho más eficaces mediante cambios en los conocimientos sobre el abandono, el atractivo de la marca, las reacciones afectivas y los conocimientos sobre salud/la percepción de los riesgos afectan sistemáticamente a las intenciones de dejar de fumar y ulteriormente cambian la conducta tabáquica. Como se ha expuesto *supra*, entendemos que el razonamiento en el que se basan la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP consiste en que al menos algunos consumidores se verán influidos en sus conductas tabáquicas si las ASG se hacen más eficaces como consecuencia del empaquetado genérico del tabaco, combinado con otras medidas de control del tabaco aplicadas en Australia. Consideraremos por tanto el efecto de unas ASG más eficaces en las s tabáquicas pertinentes, que son el inicio, el abandono y la recaída, como se expone con detalle en el artículo 3(2) de la Ley TPP.

7.855. Con respecto al inicio, tomamos nota del argumento de Honduras de que los adolescentes, que "son muy conscientes de los riesgos para la salud asociados al tabaco", están motivados en su decisión de fumar por la presión de los pares, tanto si buscan sensaciones como si responden a estímulos de recompensa.[2326] Este argumento concuerda, con carácter más general, con los formulados por todos los reclamantes en relación con los factores que determinan la conducta tabáquica de los adolescentes.[2327]

7.856. En nuestro examen de la conducta tabáquica de los adolescentes realizado *supra*, hemos observado varias coincidencias entre las pruebas que se nos han presentado con respecto a los determinantes del inicio del hábito de fumar, incluidos los factores de desarrollo que tienen una incidencia en la medida en que esos determinantes pueden dar lugar al inicio del hábito de fumar en los adolescentes y adultos jóvenes (y con particular referencia a las conductas de riesgo, las recompensas a corto plazo, la falta de una consideración adecuada de los riesgos y la necesidad de lograr la aprobación de los pares entre los adolescentes).[2328] También hemos concluido que las pruebas indican que las imágenes y mensajes transmitidos por el empaquetado del tabaco son de tal naturaleza que pueden transmitir a los adolescentes y adultos jóvenes la creencia de que iniciar el consumo de tabaco puede satisfacer determinadas necesidades, y que se reconoce que los jóvenes y los adultos jóvenes son particularmente vulnerables a actuar movidos por compulsiones causadas por esas necesidades. Consideradas conjuntamente, las pruebas de que disponemos respaldan, por lo tanto, la opinión de que la imaginería y las asociaciones de que están impregnados los productos de tabaco en virtud de su empaquetado son de tal naturaleza que explotan las vulnerabilidades que afectan en particular a los adolescentes, en virtud de la naturaleza de los procesos de toma de decisión de los adolescentes resumidos *supra*.[2329]

7.857. Conforme a esas conclusiones, en el contexto de la cuestión que nos ocupa -si cabría esperar que las ASG, hechas más eficaces por el empaquetado genérico, afectaran a las conductas tabáquicas-, recordamos en particular la coincidencia entre el experto de los reclamantes Profesor Steinberg y el experto de Australia Profesor Slovic en que "los jóvenes no prestan atención a la información sobre los riesgos".[2330] En este sentido, la perspectiva de que el empaquetado genérico del tabaco pueda aumentar la atención visual prestada a las ASG, o aumentar la vistosidad de estas, puede no ser, en y por sí misma, suficiente para contrarrestar los impulsos conductuales de búsqueda de recompensa de los adolescentes para quienes que este impulso es un factor dominante en su toma de decisiones.

[2325] Véase el párrafo 7.756 *supra*.
[2326] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 419.
[2327] Véase "Inicio del hábito de fumar" en la sección 7.2.5.3.5.2 *supra*.
[2328] Véanse los párrafos 7.709-7.714 *supra*
[2329] Véase el párrafo 7.737 *supra*.
[2330] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 110 (donde se hace referencia al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6)).

7.858. Tomamos nota, sin embargo, del análisis del concepto de "atención selectiva" realizado por el Profesor Tavassoli y, en particular, de que el cerebro humano no es capaz de atender a numerosos elementos que compitan a la vez por la atención.[2331] El Profesor Tavassoli examina, en ese contexto, estudios de Maynard *et al.* 2012 y Beede y Lawson 1992, considerados *supra*, con respecto al hecho de que el seguimiento del movimiento ocular indica que se presta una mayor atención a las ASG que figuran en paquetes genéricos que a las que figuran en paquetes con marca, y que el grado de recuerdo de las advertencias también mejoró cuando no competían con la imaginería de marca.[2332] El Profesor Tavassoli también examina el concepto de "competencia entre objetivos", con respecto al cual aduce que "el valor percibido de un producto está basado en su capacidad percibida de satisfacer objetivos de consumo".[2333] Aduce que "la accesibilidad de un objetivo también puede verse influida por la activación o la accesibilidad de otros objetivos", ya que "hacer accesible un objetivo no solo aumentará la repercusión de ese objetivo en la conducta, sino que reducirá la repercusión de los objetivos no relacionados u opuestos", porque que es "difícil para las personas mantener múltiples objetivos en mente y, si uno adquiere prominencia, los otros resultan inhibidos".[2334] El Profesor Tavassoli afirma que las investigaciones sobre la competencia entre objetivos ponen de relieve "que hay una diferencia entre la cuestión de si se sabe algo y el grado en que ese conocimiento influye en lo que se haga en una situación dada".[2335] A este respecto aduce que la competencia entre objetivos "no exige que las ASG cambien las creencias de los consumidores sobre los beneficios de no fumar para la salud"; en lugar de ello, "el empaquetado genérico del tabaco puede aumentar la eficacia de las ASG permitiendo que estas activen más eficazmente, en momentos críticos, creencias que ya se tienen, es decir, limitando la activación de objetivos competidores que inhiben momentáneamente el objetivo de conservar la salud".[2336]

7.859. En respuesta a este argumento, Cuba aduce que la aparición de las marcas de fábrica en el restante 25% de la parte frontal de la cajetilla no tendrá ningún efecto considerable sobre la apreciación de los consumidores de los riesgos para la salud del uso del tabaco.[2337]

7.860. A nuestro juicio, los argumentos del Profesor Tavassoli, considerados en el contexto más amplio de los factores respecto de los cuales se reconoce que influyen en las conductas tabáquicas que hemos considerado en partes anteriores de nuestro análisis, incluido el inicio del hábito de fumar entre los adolescentes, indican que la supresión de los elementos de marca que puedan ser una causa de que los adolescentes asocien los productos de tabaco con imágenes y recompensas positivas (sobre la base de las cuales se inclinarían a actuar, como se ha expuesto *supra*), eliminaría, o al menos reduciría significativamente, la competencia (tanto en términos de atención como entre objetivos diferentes) entre el mensaje negativo transmitido por la ASG y los elementos de marca del paquete. Esta conclusión parece compatible con el modelo del Profesor Chaloupka para comprender el funcionamiento de las ASG y, en particular, la influencia que estas pueden tener en el atractivo general del producto[2338], en el sentido de que, en presencia del empaquetado genérico del tabaco, el *único* mensaje comunicado por el empaquetado es la ASG, y de que no se transmite ninguna asociación con recompensas. A este respecto, aunque aceptamos que el conocimiento de los riesgos no siempre será un factor de motivación suficiente de la conducta de los adolescentes, no estamos convencidos de que la eliminación de los elementos de marca, respecto de los cuales hemos constatado que comunican mensajes llaman la conducta de búsqueda de recompensa de los adolescentes, no pueda aumentar la eficacia de las ASG al eliminar los elementos atractivos que puedan competir con las ASG y distraer de la apreciación de las mismas.

7.861. Con respecto al abandono y la recaída, recordamos el examen realizado por las partes, entre otros medios a través de los informes de sus expertos (de los cuales los más pertinentes en este contexto son los presentados por los Doctores Satel y Brandon y por la Profesora Fischer), respecto de los determinantes del abandono y la recaída. Como hemos expuesto, gran parte de

[2331] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafos 110-113.
[2332] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 112 (donde se hace referencia a Maynard *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-200, JE-24(40)); y a Beede y Lawson 1992 (Pruebas documentales AUS-202, JE-24(6)), respectivamente).
[2333] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafos 114-115.
[2334] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 116.
[2335] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 117.
[2336] Informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10), párrafo 117.
[2337] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 307.
[2338] Véanse los párrafos 7.805-7.806 *supra*.

ese examen del abandono y la recaída realizado por dichos expertos guarda relación con la medida en que la ausencia de la marca en los productos de tabaco influye en si el empaquetado del tabaco pueda actuar como un estímulo condicionado y, por consiguiente, inhibir el abandono o alentar la recaída. Esos expertos no han abordado específicamente el efecto que unas ASG más eficaces tendrían en el abandono y la recaída. Observamos, sin embargo, que los tres expertos[2339] están de acuerdo en que la preocupación con respecto a los efectos para la salud del consumo de tabaco es un factor asociado al éxito de los intentos de dejar de fumar y/o al abandono.[2340] Ello es congruente con la observación del Profesor Slovic de que, "con la experiencia, los riesgos para la salud y otras consecuencias desfavorables del consumo de tabaco se hacían evidentes y figuraban como una de los principales factores de motivación para dejar el consumo de cigarrillos".[2341] También observamos que en un informe de experto del Profesor McKeganey, en el que se apoya la República Dominicana, se identifican varios estudios que establecen factores asociados con el abandono, entre los que figuran las preocupaciones por la salud y la conciencia de las consecuencias del tabaco para la salud.[2342] El Profesor Fong también hace referencia al informe del Profesor McKeganey y observa que "factores como las preocupaciones por los perjuicios para la salud causados por el consumo de tabaco, la reducción del consumo y una mayor motivación para dejar de fumar son predictores del abandono importantes".[2343]

7.862. Estas pruebas indican que hay una convergencia entre estos expertos en cuanto al papel de las preocupaciones por los efectos que los productos de tabaco tienen la salud en tanto que factor asociado con la motivación para dejar de fumar y para el abandono. Esto es compatible con el modelo conceptual establecido por el Profesor Chaloupka y confirmado por el CIIC con respecto a la eficacia de las ASG, que identifica los conocimientos sobre salud y el riesgo percibido como un mediador en el que las ASG están destinadas a tener una repercusión y afectar así a las intenciones de dejar de fumar y, en último término, a las conductas tabáquicas. Esto también es compatible con estudios obrantes en el expediente de los presentes procedimientos[2344], a uno de los cuales también hace referencia el Profesor Slovic.[2345] Además, los estudios resumidos *supra* indican que hay pruebas publicadas que respaldan una conexión, al menos en el caso de *algunos fumadores*, entre la vistosidad de las ASG y pensar en el dejar de fumar[2346]; pensar en los riesgos del tabaco y abstenerse de fumar un cigarrillo[2347]; pensar que los niveles de conocimientos sobre salud están correlacionados con los planes de dejar de fumar[2348]; y pensar que la saliencia de la advertencia y las respuestas cognitivas están correlacionadas con la renuncia a los cigarrillos y con los intentos de dejar de fumar.[2349] Estas pruebas, consideradas conjuntamente, indican, por tanto,

[2339] Véanse el informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafos 26 y 33; el informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 50; y el informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 79.

[2340] El Dr. Satel identifica los siguientes "predictores generales del abandono": motivación para dejar de fumar (que está influida por el carácter apremiante de las preocupaciones por la salud); una red de amigos y familiares que presta apoyo y aliento; y el sentido de autoeficacia del fumador (es decir, el grado de confianza en que, una vez que haya de dejado de fumar podrá seguir siendo abstinente). Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafos 21-33. La Profesora Fischer aduce que los intentos de exitosos de dejar de fumar están asociados con variables como la motivación, la autoconfianza, una menor dependencia de la nicotina, y los intentos de abandono anteriores, una menor edad, un menor consumo de cigarrillos y las preocupaciones por la salud relacionadas con el tabaco. Asocia el abandono del tabaco con factores entre los que se incluyen la motivación, la autoconfianza, una menor dependencia de la nicotina, y los intentos de abandono anteriores, una mayor edad, el género masculino, unos ingresos más altos, un menor consumo de bebidas alcohólicas, una prestación sanitaria prevista inferior, el nivel de educación y el hecho de tener una mayor edad al iniciar el hábito de fumar. La Profesora Fischer señala en su descripción que esta lista no es exhaustiva. Informe Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafos 18-19 y 50-51. El trabajo en que se apoya la Profesora Fischer en este contexto también identifica las preocupaciones por la salud como un factor de motivación frecuente de los intentos de abandono. Véase Hyland *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-226), página iii83. El Doctor Brandon afirma que considera que las variables identificadas por la Profesora Fischer son "todas razonables", aunque "entre ellas se incluyen solo características distales, estables, y se excluyen las variables proximales, ambientales y fásicas". Informe Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 79.

[2341] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 52.

[2342] Informe de McKeganey (Pruebas documentales DOM-105, CUB-72), páginas 24-27.

[2343] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 588.

[2344] Véanse, por ejemplo, Partos *et al.* 2013 (Prueba documental AUS-204) y McCaul 2006 (Prueba documental AUS-205). Ninguno de estos estudios figura en las reseñas bibliográficas de los reclamantes.

[2345] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 52.

[2346] Hammond *et al.* 2007 (Prueba documental AUS-212).

[2347] Borland *et al.* 2009b (Prueba documental AUS-211).

[2348] Hammond *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-190).

[2349] Borland *et al.* 2009a (Prueba documental AUS-210); y Borland 1997 (Prueba documental AUS-213).

que el tipo de repercusión que se prevé que el empaquetado genérico tenga en la eficacia de las ASG, es decir, una mayor conciencia de las preocupaciones en materia de salud asociadas al tabaco, figura entre los factores respecto de los que se reconoce que influyen en la motivación para dejar de fumar y para el abandono del consumo de productos de tabaco. Además, como se ha observado *supra*, a nuestro entender los reclamantes no impugnan la capacidad de las advertencias sanitarias gráficas en general para tener una repercusión en el nivel de conciencia de los riesgos sanitarios asociados al consumo de productos de tabaco, ni la pertinencia de esa conciencia en lo que concierne a la motivación para dejar de fumar y para el abandono.

7.863. A la luz de lo anterior, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que no podría haber una correlación entre los aumentos en la eficacia de las ASG (medida por los cambios en los conocimientos sobre el abandono, el atractivo de la marca, las reacciones afectivas y los conocimientos sobre salud/la percepción de los riesgos) y los cambios en las intenciones de dejar de fumar o las conductas tabáquicas, incluidos el inicio y el abandono.

7.864. Con respecto a la recaída, el Doctor Satel sostiene que puede precipitarse por el estrés y los sentimientos negativos que normalmente son evidentes en las horas previas a la recaída[2350], y que "acontecimientos episódicos" (como un divorcio, el inicio del hábito de fumar por un compañero sentimental, o conflictos con otras personas) y las dificultades económicas, la inseguridad laboral, las relaciones sociales con personas que fuman y la escasez de oportunidades de descanso y recreo, hacen a los que han dejado de fumar vulnerables a la recaída.[2351] La Profesora Fischer sostiene que hay muestras clínicas que indican que hay varios predictores de la recaída en el tabaco, como son la presencia de síntomas de abstinencia y niveles más altos de dependencia de la nicotina; un afecto (estado emocional) negativo; ser más joven en el momento del intento de dejar de fumar; antecedentes de trastornos psiquiátricos comórbidos, incluidos trastornos de ansiedad pasados o actuales, depresión y esquizofrenia; e inexistencia de enfermedades relacionadas con el tabaco.[2352] Señala que, a nivel de la población, la recaída se ha asociado a la presencia de síntomas de abstinencia e intentos de dejar de fumar fallidos recientes; afecto negativo; un nivel inicial más alto de dependencia de la nicotina; género; el nivel socioeconómico; estatus socioeconómico; estatus social subjetivo inferior; y situaciones de alto estrés tras un período de estrés bajo.[2353] El experto de Australia Dr. Brandon parece estar de acuerdo con la Profesora Fischer y señala que esos factores son "todos razonables", aunque añade que "entre ellos se incluyen solo características distales, estables, y se excluyen las variables proximales, ambientales y físicas".[2354]

7.865. Parece haber acuerdo, por lo tanto, en que tales acontecimientos "episódicos" pueden motivar la recaída e indican que la cuestión de si un fumador recae depende al menos en parte de que el efecto del acontecimiento episódico sea suficiente en su influencia para contrarrestar el ímpetu creado por el factor que previamente había llevado a un fumador dado a dejar de fumar. Esto está respaldado por otros estudios obrantes en el expediente de estos procedimientos. Por ejemplo, en un examen de publicaciones realizado por McCaul *et al.* 2006 se identificaron las preocupaciones por la salud como un factor motivador primario para dejar de fumar en casi todos los estudios examinados, e indicó que las estrategias de motivación o abandono incluyen hacer que los fumadores construyan sistemas que les recuerden las consecuencias del consumo de tabaco para la salud, con el fin, entre otras cosas, de ayudar a mantener un intento exitoso de dejar de fumar y de renovar los intentos de dejar de fumar de quienes han recaído.[2355] Además, los datos de encuestas obtenidos entre 2002 y 2009 sobre fumadores de Australia, el Canadá, el Reino Unido y los Estados Unidos, analizados en Partos *et al.* 2013, permitieron constatar que la visión frecuente de las advertencias sanitarias entre los exfumadores estaba asociada con una mayor recaída un año después, pero que ese efecto desaparecía cuando los autores controlaban las variables ansias de fumar y autoeficacia. Los autores también señalaron que los participantes que declaraban que las advertencias sanitarias hacen "mucho" más probable seguir sin fumar tenían menor probabilidad de haber recaído en el último año.[2356]

[2350] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7), párrafo 34.
[2351] Informe de Satel (Prueba documental UKR-7, párrafo 34.
[2352] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 55.
[2353] Informe de Fischer (Prueba documental DOM/HND-7), párrafo 56.
[2354] Informe de Brandon (Prueba documental AUS-15), párrafo 79.
[2355] Véase McCaul 2006 (Prueba documental AUS-205), página 53.
[2356] Véase Partos *et al.* 2013 (Prueba documental AUS-204).

7.866. Estas pruebas nos indican que, al influir en el grado en que las ASG que figuran en los productos de tabaco se consideran más fáciles de ver, más perceptibles, se perciben como más creíbles y más serias, atraen más la atención visual de los no fumadores y los fumadores semanales, menos sujetas a distracciones causadas por otros elementos del empaquetado y se leen más atentamente y se piensa más en ellas, las medidas TPP podrían repercutir en los factores que determinan el abandono (incluidos, en particular, las preocupaciones por los efectos para la salud del consumo de tabaco). Sin embargo, al hacer esta observación, señalamos que disponemos una cantidad significativamente menor de pruebas sobre la repercusión de las ASG, incluidas las que han sido hechas más eficaces por el empaquetado genérico, en la prevención de la recaída.

7.867. A la luz de lo anterior, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las mejoras en la eficacia de las ASG a que dan lugar las medidas TPP no puedan estar también asociadas con cambios en las conductas tabáquicas y, en particular, con el inicio del hábito de fumar y el abandono.

Conclusión

7.868. A la luz de lo anteriormente expuesto, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP no podrían aumentar la eficacia de las ASG y contribuir así al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.869. Antes bien, constatamos que se han presentado pruebas creíbles, procedentes de fuentes reconocidas, de que el empaquetado genérico de los productos de tabaco puede aumentar la saliencia de las ASG, al hacerlas más fáciles de ver y más vistosas y hacer que se perciban como más creíbles y más serias. No estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que esos efectos no podrían producirse en Australia a causa del gran tamaño de las ASG aplicadas al mismo tiempo que las medidas TPP, o que los niveles existentes de conciencia de los riesgos en Australia harían inútil cualquier esfuerzo adicional por aumentar esa conciencia y afectar así a las creencias sobre los riesgos. Tampoco estamos persuadidos, a la luz de las pruebas de que disponemos, de que no cabría esperar que unas ASG que fueran más visibles y vistosas, y que se percibieran como más creíbles y más serias, tendrían una repercusión en las conductas tabáquicas, incluidos el inicio, el abandono y la recaída.

7.870. Además, recordamos que también tenemos ante nosotros pruebas relativas a la aplicación efectiva de las medidas TPP desde su entrada en vigor, entre las que figuran estudios empíricos que abordan específicamente la repercusión del empaquetado genérico en la eficacia de las ASG, que se examinarán en la sección 7.2.5.3.6.1 *infra*, y a las que se atribuirá el peso apropiado. En consecuencia, no pretendemos inferir, en esta etapa de nuestro análisis, ninguna conclusión general sobre la repercusión de las medidas TPP en la eficacia de las ASG, ni sobre el grado en que cualquier cambio en esa eficacia haya contribuido al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos tabaco y la exposición a estos productos.

7.2.5.3.5.4 Tercer mecanismo: reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar

7.871. Como se ha indicado *supra*, el tercer "mecanismo" mediante el cual las medidas TPP están destinadas a contribuir al logro de su objetivo es "reduci[endo] la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar", lo que, a su vez, se espera que influya en las conductas tabáquicas, contribuyendo así a reducir el consumo de los productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.872. Los reclamantes cuestionan la capacidad de las medidas TPP para contribuir al objetivo de Australia mediante este "mecanismo". Sus impugnaciones se derivan en parte de las críticas que han formulado sobre las publicaciones TPP, expuestas en la sección 7.2.5.3.5.1 *supra*, en las que los reclamantes cuestionan la pertinencia y fiabilidad de la base probatoria subyacente al diseño y la estructura de las medidas, que incluye estudios que intentan medir la repercusión del empaquetado genérico en la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar. Además, los reclamantes aducen que las medidas TPP no contribuyen a reducir la prevalencia impidiendo que el empaquetado induzca a

error porque el actual marco normativo de Australia es capaz de impedir, e impide, que el empaquetado induzca a error a los consumidores.

7.873. Australia responde que las medidas TPP, al reducir la capacidad de los productos de tabaco de inducir a error a los consumidores sobre la nocividad relativa de las marcas, o de los tipos de productos, contribuirán a desalentar el inicio y estimular el abandono del consumo de tabaco. Australia aduce que si los consumidores están plenamente informados de los riesgos reales y las graves consecuencias del consumo de tabaco, es más probable que adopten la conducta de dejar de fumar.

7.874. Australia hace referencia a varios estudios de fecha anterior a la implementación de las medidas TPP (que incluyen pruebas extraídas del corpus de estudios analizado *supra* identificados como las publicaciones TPP) y a pruebas relativas a la aplicación de las medidas TPP desde su entrada en vigor. En la presente sección, nos centramos en el diseño y la estructura de las medidas, con respecto a su aptitud para reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar, contribuyendo así al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.875. Examinamos la *aplicación* de las medidas TPP, y en particular las pruebas relativas a su efecto en los resultados "proximales" (uno de los cuales es reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar), en la sección 7.2.5.3.6.1 *infra*.

Principales argumentos de las partes

7.876. Honduras afirma que las medidas TPP parecen estar basadas en el supuesto de que la parte del paquete que no está ocupada por grandes ASG podría inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco.[2357] Reitera su argumento de que "no existe una relación real y práctica entre las conductas tabáquicas (es decir, inicio del hábito de fumar, abandono o recaída) y el empaquetado del tabaco" y de que "fumar es un comportamiento muy complejo, que no está influido por el empaquetado del tabaco".[2358] Honduras aduce también que, sin embargo, el informe del experto de Honduras y la República Dominicana, el Sr. Shavin, "demuestra que, si se presentan pruebas adecuadas, la utilización de cualquier elemento de diseño en el empaquetado (incluido el empaquetado del tabaco) que pueda inducir a error o engañar a los consumidores podría tratarse de manera efectiva en el marco de las estructuras jurídicas y administrativas existentes en Australia".[2359] Honduras aduce que los artículos 29 y 33 de la Ley Australiana de Protección al Consumidor (ACL) son adecuados y suficientemente amplios para abordar la preocupación de que el empaquetado del tabaco pueda "inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco". Honduras hace referencia a la afirmación del Sr. Shavin de que una representación según la cual los productos de tabaco no son tan nocivos como realmente son "podría considerarse una representación falsa o que induce a error en lo que respecta a: i) una 'norma' o la 'calidad' de un producto", las "'características de funcionamiento' de un producto" en el sentido del artículo 29, "y/o ... la 'naturaleza' y las 'características' de los bienes en el sentido del artículo 33".[2360]

[2357] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 518.
[2358] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 519.
[2359] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 520. Honduras explica que, tal como expuso el Sr. Shavin, la conducta que induce a error o es engañosa se regula en cuatro artículos de la Ley Australiana de Protección al Consumidor (ACL): el artículo 18 ("una disposición de índole general que establece una prohibición amplia de proceder, en los intercambios comerciales, a una 'conducta que induzca a error o sea engañosa o probablemente inducirá a error o engañará'"); el artículo 29 (que contiene prohibiciones específicas de varios tipos de representaciones falsas o que induzcan a error); y los artículos 33 y 34 ("que tratan, respectivamente, de los bienes y servicios, y disponen que una persona no deberá, en sus intercambios comerciales, proceder a una conducta que pueda inducir a error al público en cuanto a la naturaleza ... o las características ... de cualquier bien"). Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 521 (donde se hace referencia a D. Shavin, "Prohibitions Against Misleading and Deceptive Conduct Pursuant to the Australian Consumer Law and the Australian Competition & Consumer Commission's History of Effective Enforcement Thereof", 4 de octubre de 2014 (informe de Shavin) (Prueba documental DOM/HND-1), párrafos 18-22; y a la Ley de Competencia y Consumo de 2010 (Cth), extractos (Prueba documental HND-66), artículos 29(1)(a) y 29(1)(g)).
[2360] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 523.

Honduras explica además que debe existir una *relación causal* entre la conducta y el resultado.[2361] Añade que esa posibilidad debe evaluarse en relación con el grupo concreto de personas al que se dirige la representación y que supuestamente se ven afectadas por la conducta impugnada, y que los jueces deben examinar el conjunto de todas las representaciones que constituyen el mensaje, en lugar de centrarse en uno de los elementos específicos que contiene.[2362] Según Honduras, en el contexto del empaquetado del tabaco, esto significa que "es erróneo evaluar si el empaquetado podría ser causa de que se induzca a error a los consumidores en cuanto a los efectos para la salud o, por lo demás, la conveniencia de los productos de tabaco, examinando únicamente las marcas de fábrica o de comercio de forma aislada, sin tomar en consideración los efectos de todos los elementos de diseño en su contexto, con inclusión de las advertencias sanitarias gráficas".[2363]

7.877. Honduras sostiene que la Comisión de Competencia y Consumo de Australia (ACCC) se encarga, entre otras cosas, de investigar posibles infracciones de las disposiciones en materia de competencia y protección del consumidor de la legislación australiana y ha aplicado estrictamente dicha legislación frente a conductas que induzcan a error o sean engañosas. Honduras se refiere a la descripción que hace el Sr. Shavin de "ejemplos específicos de procedimientos en materia de observancia incoados con éxito por la ACCC contra empresas tabacaleras y distribuidores y minoristas de tabaco", entre ellos su actuaciones, resuelta favorablemente, contra la promoción de marcas por parte de algunas empresas tabacaleras con expresiones como "ligeros", "ultra ligeros", "suaves", "ultra suaves" o "con bajo contenido de alquitrán", cuyo resultado fue, a juicio de la ACCC, que se indujo a error a los consumidores sobre los peligros del tabaco.[2364]

7.878. En opinión de Honduras, esto "demuestra que en Australia existe un régimen jurídico y administrativo integral y sólido para hacer frente a cualquier conducta que induzca a error o sea engañosa, incluso en el contexto del empaquetado de tabaco para la venta al por menor", y que "las autoridades australianas responsables de hacer cumplir la ACL frente a tales conductas (es decir, la ACCC) han actuado de forma satisfactoria y diligente contra empresas tabacaleras y distribuidores y minoristas de tabaco cuando ha habido pruebas convincentes de que las empresas investigadas habían actuado en efecto de manera que podía inducir a error o engañar".[2365] Ello "pone de manifiesto que las medidas de empaquetado genérico del tabaco son superfluas" y que "no contribuirán al objetivo de Australia de reducir la prevalencia del consumo de tabaco eliminando los elementos del empaquetado del tabaco que supuestamente inducen a error o son engañosos".[2366]

7.879. La República Dominicana aduce que las medidas TPP no han contribuido a reducir el consumo de tabaco a que pudiera dar lugar el empaquetado que induzca a error, puesto que la ACCC puede intervenir y ya interviene para prohibir el empaquetado que induce a error. Específicamente, la República Dominicana sostiene que "Australia tiene en vigor, desde hace muchos años, un régimen reglamentario muy eficaz para hacer frente al empaquetado que induce a error, y las medidas [TPP] no han contribuido en absoluto a esta capacidad preexistente de reducir el consumo de tabaco a que pudiera dar lugar el empaquetado que induzca a error".[2367]

7.880. La República Dominicana se basa en un informe de experto de David Shavin QC, que "explica cómo ha utilizado la Comisión de Competencia y Consumo de Australia (ACCC) el régimen de protección al consumidor, que existe desde hace mucho tiempo, para evitar que se induzca a error a los consumidores, mediante el empaquetado o de otro modo, incluso en el caso de los productos de tabaco".[2368] El Sr. Shavin concluye que las medidas TPP no aportarán nada que no esté en el régimen y los mecanismos que ya existían (y siguen existiendo) en Australia para reducir el riesgo de que el empaquetado del tabaco induzca a error a los consumidores sobre los

[2361] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 524.
[2362] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 524.
[2363] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 524 (donde se hace referencia al informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafos 49-53).
[2364] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 529. Honduras explica que, como resultado de la actuación de la ACCC, las empresas se comprometieron, entre otras cosas, a poner fin a esas actividades y a financiar una campaña de formación del consumidor.
[2365] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 529.
[2366] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 529. Véase también la declaración final de Honduras en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 10.
[2367] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 725.
[2368] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 726 (donde se hace referencia al informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), página 9).

efectos nocivos de fumar[2369], dado que, si se presentan pruebas adecuadas, la utilización de cualquier elemento de diseño en el empaquetado del tabaco que pueda inducir a error o engañar a los consumidores podría tratarse como una conducta que induce a error o es engañosa en el marco de las leyes de Australia.[2370] La República Dominicana aduce que las disposiciones de la ACL son "suficientemente amplias para abordar una de las principales preocupaciones de la *Ley* [TPP]: que el empaquetado del tabaco pueda 'inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco'".[2371] La República Dominicana se refiere además a la declaración del Sr. Shavin de que la prohibición de los actos que induzcan a error o sean engañosos establecida en la ACL se ha interpretado en sentido amplio, y "crea fuertes incentivos para adoptar medidas contra el empaquetado y otros actos que puedan inducir a error a los consumidores, mediante la capacidad de la ACCC o los actores privados de ejercer acciones que den lugar a la imposición de sanciones civiles o penales en caso de infracción".[2372] La República Dominicana sostiene que Australia dispone ya de la facultad de impedir cualquier capacidad del empaquetado del tabaco de "inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco", y "hace buen uso de esas facultades por medio de las investigaciones y las medidas de observancia de la ACCC".[2373] Así pues, a juicio de la República Dominicana, "la Ley [TPP] no contribuye al objetivo de reducir el consumo de tabaco evitando que figure información que pueda inducir a error en el empaquetado del tabaco, puesto que en Australia no había necesidad de complementar el régimen existente".[2374]

7.881. Cuba aduce que la afirmación de que el empaquetado genérico reduce la capacidad de los envases de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos del tabaco, no puede justificar las medidas TPP.[2375] Cuba explica que "no niega que es posible que los elementos de diseño y la información que figuran en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco transmitan información que induce a error sobre el daño o el daño relativo asociado al consumo de productos de tabaco".[2376] Sin embargo, Cuba sostiene que la alegación de Australia a este respecto "solo sirve como justificación de las medidas [TPP] si se admite la hipótesis amplia de que todos los elementos de diseño incluidos en el empaquetado de los productos de tabaco son engañosos".[2377] Cuba añade que si, como ella mantiene, solo un subconjunto de los elementos de diseño puede clasificarse como engañoso, entonces la respuesta normativa adecuada es exigir que los fabricantes pertinentes eliminen todo ese material engañoso del empaquetado de los productos. Aduce que la legislación australiana ya prevé mecanismos para lograr este resultado.[2378] Cuba sostiene que, por el contrario, "al prohibir todos los elementos de diseño y

[2369] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 726 (donde se hace referencia al informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafo 15).

[2370] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 727 (donde se hace referencia al informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafo 13). La República Dominicana hace referencia al artículo 29 de la ACL, así como el artículo 18; este último "es una obligación conexa, aunque más general, donde se establece que una persona 'no deberá, en los intercambios comerciales, proceder a una conducta que induzca a error o sea engañosa o probablemente inducirá a error o engañará'". Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 728 (donde se hace referencia a la ACL (Prueba documental DOM-110)).

[2371] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 729 (donde se cita el informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafo 23). Por ejemplo, "una representación explícita o implícita según la cual los productos de tabaco no son tan nocivos como realmente son se consideraría una representación falsa/que induce a error en lo que respecta a una 'norma' o la 'calidad' o la 'naturaleza' de un producto en el sentido del párrafo (1)(a) del artículo 29 de la ACL" y, además, tal representación se consideraría una representación falsa/que induce a error en lo que respecta a las "características de funcionamiento" de un producto, en el sentido del párrafo (1)(g) del artículo 29 de la ACL. *Ibid*.

[2372] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 730-731.

[2373] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 735. Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 732 (donde se hace referencia al informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), y al informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 73-74). También se hace referencia a las investigaciones de la ACCC sobre "las alegaciones de que la utilización de esos elementos descriptivos constituía un acto que induce a error o es engañoso, y que infringe la legislación australiana en materia de protección al consumidor, lo que llevó a las tres principales empresas tabacaleras a suscribir compromisos jurídicamente exigibles para, entre otras cosas, dejar de utilizar esos elementos descriptivos y aportar 9 millones de dólares australianos para financiar una campaña de formación del consumidor". Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 733.

[2374] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 735.

[2375] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 350.

[2376] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 229.

[2377] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 229.

[2378] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 229 (donde se hace referencia al informe de Heydon (Prueba documental UKR-11)).

proscribir informaciones muy diversas (incluidos elementos inofensivos como la indicación geográfica Habanos y el sello de garantía del Gobierno cubano)", Australia ha "impuesto una restricción excesivamente amplia que va más allá de lo necesario para alcanzar cualquier posible beneficio para la salud pública".[2379] Según Cuba, este "enfoque indiscriminado es desproporcionado a la luz de las alternativas de que dispone Australia".[2380] Cuba sostiene, en resumen, que la respuesta regulatoria adecuada no es el empaquetado genérico, sino el requisito de que los fabricantes pertinentes eliminen cualquier material engañoso del embalaje del producto, y que la ley Australiana ya contiene tal requisito.[2381] Además, Cuba aduce que "[n]inguno de los estudios que evalúan esta cuestión abordan el efecto que puedan tener las percepciones erróneas como para arriesgarse en el comportamiento real de fumar".[2382]

7.882. Indonesia aduce, "como cuestión de hecho", que si Australia considera que algún tipo de letra específico utilizado actualmente en una marca de fábrica o de comercio registrada induce a error a los consumidores, la ACCC tiene facultades para anular su inscripción en el registro, pero hasta la fecha no ha adoptado ninguna medida de este tipo.[2383]

7.883. Australia responde que, cuando se combina con innovaciones en materia de empaquetado para distraer de las advertencias sanitarias, el empaquetado de los productos de tabaco contribuye a inducir a error a los consumidores sobre las graves consecuencias para la salud que tiene el uso de esos productos.[2384] Australia añade que "[l]as percepciones erróneas se han visto agravadas por los intentos deliberados de la industria tabacalera de comercializar algunos tipos de marcas de productos de tabaco como más inocuas' que otros, creando cigarrillos 'ligeros' o 'con bajo contenido de alquitrán', que anteriormente se comercializaban como si tuvieran un aroma menos diferenciado y liberaran menos productos químicos perjudiciales en comparación con los cigarrillos normales".[2385] Australia sostiene que "[h]ay numerosas pruebas de que las [medidas TPP], al limitar la posibilidad de utilizar innovaciones en materia de diseño, color y estructura en el empaquetado mediante su normalización, reducen la capacidad del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco de inducir a error a los consumidores (en particular a los consumidores jóvenes) acerca de la nocividad de los productos de tabaco".[2386]

7.884. Australia menciona varios estudios sobre el uso de determinados colores[2387] y aduce que al utilizar los colores para transmitir determinados significados, el diseño de los paquetes de los productos de tabaco sigue reforzando las percepciones erróneas sobre la idea de que algunas marcas o tipos de tabaco son menos nocivas que otras.[2388]

7.885. Australia sostiene que, aunque un compromiso suscrito por la ACCC y la industria tabacalera en Australia en 2006 dio lugar a que se retiraran elementos descriptivos como "suave", "extra suave" y "ligero", la industria tabacalera "siguió utilizando diversos colores para ayudar a transmitir ciertas asociaciones como el sabor, la aspereza y la intensidad del producto".[2389] El experto de Australia, el Profesor Tavassoli, observa que se utilizaron tácticas similares en otras jurisdicciones, donde *Pall Mall Filter* y *Pall Mall Lights* pasaron a ser *Pall Mall Red* y *Pall Mall Blue* respectivamente. Por lo tanto, la prohibición de los elementos descriptivos que induzcan a error

[2379] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 230.
[2380] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 230.
[2381] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 350-351; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 48.
[2382] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 350-351; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 48.
[2383] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 183.
[2384] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 187.
[2385] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 188.
[2386] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 188.
[2387] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 189. Australia menciona un estudio que "concluyó que los fumadores de marcas de color dorado, plateado, azul o violeta eran más propensos a creer que su propia marca podía ser 'un poco menos nociva' en comparación con los fumadores de marcas rojas o negras", y "estudios [que] han concluido que los colores azul, dorado o blanco se utilizan con frecuencia para transmitir suavidad, mientras que se considera que los colores más oscuros e intensos transmiten un aroma fuerte". *Ibid.,* (donde se hace referencia a Mutti *et al.* 2011 (Prueba documental AUS-217); Difranza *et al.* 2003 (Prueba documental AUS-92); Wakefield *et al.* 2002 (Pruebas documentales AUS-93, CUB-28); *NCI Tobacco Control Monograph* Nº 19 (Prueba documental AUS-77); y Parr *et al.* 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49))).
[2388] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 189.
[2389] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 190.

puede "haber sido solo parcialmente eficaz, sobre la base del significado asociativo adquirido del color".[2390] De esta manera, "el diseño y el color del paquete utilizados para los productos 'ligeros' o 'con bajo contenido de alquitrán' han sido un componente importante de la estrategia general para inducir a error a los consumidores y que creyeran que determinadas marcas o tipos de productos son menos nocivos".[2391]

7.886. Australia sostiene que en documentos de la industria tabacalera "se describe claramente la utilización por la industria tabacalera de colores y tonalidades para crear la percepción de menor intensidad"[2392] y que la investigación que encargó "confirmó constataciones anteriores, y concluyó que se consideraba que los colores más oscuros [en los paquetes] contenían cigarrillos que eran más 'nocivos para la salud' y 'más difíciles de dejar'", y que se consideraba que los colores más claros eran menos 'nocivos para la salud' y 'más fáciles de dejar".[2393] Australia añade que el empaquetado marrón oscuro apagado, elegido para la implementación de las medidas TPP, fue calificado como el que contenía productos de tabaco que eran más difíciles de dejar y más nocivos para la salud.[2394] Australia sostiene que "[s]e han utilizado diseños singulares y creativos, además de formas, estilos de apertura y filtros especiales, para establecer diferencias entre marcas y tipos de productos sobre la base de su nocividad en la mente de los consumidores".[2395] Ejemplo de ello son los paquetes estrechos tipo "perfume" que, según aduce Australia, se presentan como accesorios de moda más que como un riesgo para la salud; los paquetes pequeños de "súper finos" que, sostiene Australia, se presentan como si los niveles de adicción fueran menores; y los paquetes más masculinos que, según Australia, evocan más intensidad o fuerza.[2396]

7.887. Australia aduce que el empaquetado genérico elimina los rasgos de diseño y estructurales del empaquetado de los productos de tabaco que inducen a error a los consumidores y hace que haya menos creencias falsas sobre la nocividad de los tipos, marcas o variantes del producto normalizando la estructura del paquete.[2397] Añade que otras características del producto, como el color del papel del filtro, transmiten también a la mente de los consumidores que determinados productos son menos nocivos.[2398] Australia aduce asimismo que el efecto de inducir a error del empaquetado es también evidente en todos los tipos de productos de tabaco, y que un estudio realizado en Australia sobre el efecto del etiquetado genérico del tabaco en los cigarros (puros) relacionó la normalización de la estructura y el color del diseño de los paquetes con la percepción de que los productos con empaquetado genérico eran más nocivos.[2399]

7.888. Australia también aduce que al reducir el atractivo de la marca y la categoría del producto y reglamentar el diseño y la estructura del paquete, el empaquetado genérico contribuye que haya menos creencias falsas entre los consumidores sobre la "nocividad relativa" de los tipos, marcas y variantes de productos de tabaco.[2400] Australia argumenta que las medidas TPP reducen la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores y posibles consumidores (y en particular los jóvenes), exigiendo que se utilice el marrón oscuro apagado para el empaquetado de todos los productos de tabaco, lo que, según Australia, elimina el efecto de los elementos de color y diseño en las percepciones del daño de los adultos, los jóvenes y las mujeres jóvenes, fumadores o no, y normalizando los diseños de los paquetes.[2401]

7.889. Australia aduce además que el empaquetado genérico del tabaco reduce las posibilidades de que se induzca a error a los consumidores sobre los riesgos para la salud de los distintos productos, algo "especialmente importante en el caso de los productos de tabaco distintos de los

[2390] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 190.
[2391] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 191.
[2392] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 191.
[2393] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 192.
[2394] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 192.
[2395] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 194.
[2396] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 194.
[2397] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 193.
[2398] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 194.
[2399] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 195 (donde se hace referencia a Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50))).
[2400] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 196.
[2401] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 196.

cigarrillos, que se siguen considerando de forma sistemática menos nocivos que los cigarrillos y distintos de ellos".[2402]

7.890. Australia concluye que, "al reducir la capacidad de los paquetes de tabaco de inducir a error, la medida de empaquetado genérico del tabaco actúa conjuntamente con otras políticas de control del tabaco, como las iniciativas de educación pública y las advertencias sanitarias, para seguir informando a los consumidores sobre la nocividad de todos los tipos de productos de tabaco y alentando la conducta de abandono", lo que "contribuye directamente a los objetivos de salud pública de la medida de empaquetado genérico del tabaco, establecidos en el artículo 3(1) de la Ley TPP".[2403]

7.891. Australia no discute que "se *podría* utilizar la ACL para abordar" este mecanismo, aunque "no es ni mucho menos tan eficaz para alcanzar este objetivo como la medida de empaquetado genérico del tabaco".[2404] Australia explica que "[e]l empaquetado genérico del tabaco ha impedido la puesta en el mercado australiano de todo paquete que induzca a error desde su plena implementación en diciembre de 2012", mientras que "el recurso a la litigación en virtud de la ACL para restringir el uso del empaquetado que induzca a error conllevaría un enfoque caso por caso, costos considerables e incertidumbre en cuanto al resultado, incluso en circunstancias en que Australia cuenta con numerosas pruebas para demostrar que determinadas técnicas de empaquetado inducen a error".[2405]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.892. Los reclamantes consideran que la ACL ya prevé un mecanismo jurídico suficiente para abordar cualquier preocupación que pueda tener Australia con respecto a la cuestión de si el empaquetado del tabaco puede inducir a error a los consumidores y mediante el cual cualquier empaquetado que tenga este efecto puede ser retirado del mercado, de manera que las medidas TPP no podrían contribuir a este mecanismo en mayor medida de lo que ya se logra con la ACL. Australia responde que las medidas TPP reducen la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar y, por ello, son más eficaces para evitar que se induzca a error a los australianos que la ACL.

7.893. En esta etapa de nuestro análisis, la cuestión que se nos plantea es si la estructura, el diseño y el funcionamiento de las medidas TPP son tales que estas podrían reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos del hábito de fumar, contribuyendo así al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.894. Consideramos en primer lugar las pruebas relativas a la aptitud del empaquetado genérico para reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar, no obstante la existencia en Australia de un marco reglamentario para abordar esos efectos. Habida cuenta de los argumentos de los reclamantes de que no cabe esperar de las medidas TPP ninguna reducción *adicional* a la luz del marco jurídico preexistente en Australia para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, consideramos también si la presencia de este marco jurídico implica que no se podría obtener ningún beneficio adicional a este respecto con la introducción de las medidas TPP.

[2402] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 197.

[2403] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 200. Australia aduce, con referencia al informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 52, que "probablemente" las medidas TPP serán la causa de lo siguiente: i) "puede ser más probable que los fumadores actuales de marcas normales (no ligeras) preocupados por la salud entiendan y crean que los cigarrillos ligeros no son menos nocivos, y por lo tanto que sea más probable que dejen de fumar en lugar de cambiar de los cigarrillos normales a los cigarrillos ligeros"; ii) "puede ser más probable que los fumadores actuales de cigarrillos ligeros entiendan y crean que su propia marca no es menos nociva y en consecuencia puedan verse alentados a dejar de fumar"; y iii) "puede ser menos probable que los no fumadores inicien el hábito de fumar y que los fumadores experimentales aumenten la frecuencia y la cantidad del consumo de tabaco, porque sea más probable que entiendan y crean que determinadas marcas no son menos nocivas que otras, y que fumar una marca ligera no comporta beneficio alguno para la salud en comparación con una marca normal". Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 199.

[2404] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 731.

[2405] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 731.

7.895. Observamos que algunos de los argumentos de los reclamantes, en particular algunos de los argumentos de Cuba, están formulados en términos de si el empaquetado genérico es una respuesta reglamentaria "apropiada" o "desproporcionada" para tratar la capacidad de los paquetes de tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar. Sin embargo, en esta etapa de nuestro análisis, nos limitamos a considerar la aptitud de las medidas TPP para reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar, contribuyendo así al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Esta cuestión es distinta, en nuestra opinión, de la de si podría lograrse una contribución equivalente por otros medios que pudieran ser menos restrictivos del comercio. Observamos a este respecto que, en otra parte de sus comunicaciones, los reclamantes han propuesto, como alternativa a las medidas TPP razonablemente disponible, que Australia adopte un "mecanismo de escrutinio previo" del empaquetado del tabaco administrado por la ACCC para evaluar las distintas característica del empaquetado del tabaco antes de que un paquete se introduzca en el mercado australiano. Examinaremos esta alternativa propuesta en la sección 7.2.5.6.5 *infra*, en el contexto de nuestro "análisis comparativo" en el marco del párrafo 2 del artículo 2.

La cuestión de si las medidas TPP pueden, por su diseño, reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar

7.896. Los reclamantes no presentan argumentos detallados, aparte de los abordados en la sección 7.2.5.3.5.1 *supra*, respecto de la cuestión de si el diseño de las medidas TPP es tal que estas pueden reducir la capacidad del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar[2406], en el contexto específico de Australia, en el que las ASG cubren un 75% de la cara anterior del paquete.

7.897. Australia hace referencia a informes del Director General de Sanidad de los Estados Unidos y el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos, documentos de la industria tabacalera, trabajos publicados y varios estudios empíricos para respaldar su argumento de que la eliminación de los colores contribuye a reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores[2407], de que el empaquetado genérico elimina los rasgos de diseño y estructurales del empaquetado de los productos de tabaco que inducen a error a los consumidores[2408], y de que la reducción de la capacidad del paquete de inducir a error influye en las intenciones y el comportamiento de los consumidores.[2409] El experto de Australia Profesor Fong identifica asimismo varios estudios publicados antes de la adopción de las medidas TPP, que a su juicio señalan que "hay pruebas sólidas que indican que la medida de empaquetado genérico tendrá el efecto de reducir 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".[2410] Otro de los expertos de Australia, el Dr. Samet, refiriéndose a varios de esos mismos estudios y a algunos otros que obran en el expediente de estos procedimientos, concluye que "es razonable proponer que la reducción de la exposición a la imaginería de marca reduciría el consumo de cigarrillos en beneficio de la salud pública", y que las consecuencias del empaquetado genérico producirían los beneficios previstos en lo relativo al "atractivo de los productos, la saliencia de las advertencias, *y a impedir el uso del empaquetado que induzca a error por la industria tabacalera*".[2411]

7.898. Los reclamantes se ocupan de algunos de estos estudios empíricos en el contexto de su crítica a los estudios especializados sobre el empaquetado genérico del tabaco. Como se ha expuesto *supra*, los reclamantes han presentado críticas individuales de estudios específicos, y aducen además que las publicaciones TPP en su conjunto adolecen de graves deficiencias metodológicas y carecen del rigor científico y la objetividad necesarios para constituir una base

[2406] Observamos que Cuba reconoce que el empaquetado del tabaco puede, en principio, transmitir información que induce a error a los consumidores sobre el daño, o el daño relativo, asociado con el consumo de productos de tabaco. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 229.
[2407] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 189-192.
[2408] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 193-195.
[2409] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 196-200.
[2410] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 413.
[2411] Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 132. (sin cursivas en el original)

probatoria fiable para una intervención de política de este tipo.[2412] Australia se vale de varios trabajos que no formaban parte del proyecto de examen por homólogos, del examen sistemático de Kleijnen ni del informe de Klick sobre las publicaciones TPP para respaldar su afirmación de que las medidas impedirán que el empaquetado del tabaco induzca a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar.[2413]

7.899. Concretamente, Australia hace referencia a las conclusiones del examen de Stirling y del examen de Stirling actualizado en 2013 para apoyar sus argumentos. En conjunto, 26 de los trabajos comprendidos en examen de Stirling o el examen de Stirling actualizado en 2013, y en el proyecto de examen por homólogos, el examen sistemático de Kleijnen y/o el informe de Klick sobre las publicaciones TPP, se refieren al empaquetado genérico del tabaco y a la posibilidad de que los paquetes con marca induzcan a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar, como señalan el examen de Stirling y/o los examinadores independientes del informe de Chantler. En el curso de estos procedimientos, Australia se ha basado directamente en 19 de ellos, como lo refleja el hecho de que los haya presentado al Grupo Especial como pruebas documentales.[2414]

7.900. Observamos también que 23 de los 26 trabajos comprendidos en el examen de Stirling o el examen de Stirling actualizado en 2013, y en el proyecto de examen por homólogos, el examen sistemático de Kleijnen y/o el informe de Klick sobre las publicaciones TPP, se refieren al empaquetado genérico y a la capacidad de los paquetes con marca de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar, como señalan el examen de Stirling y/o el informe de Chantler, y obran en el expediente de estos procedimientos.[2415] De esos 23 trabajos, 16 estaban incluidos en el informe de Stirling inicial y se les asignaron puntuaciones de calidad. Se determinó que uno[2416] era de calidad "alta" y 15[2417] de calidad "media".[2418] Además, en el informe de Chantler se examinaron los 23 trabajos; 14[2419] recibieron una puntuación de entre 5

[2412] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 455-517; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 551-659; y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 169-185.

[2413] Véanse, entre otros, Mutti *et al.* 2011 (Prueba documental AUS-217); Difranza *et al.* 2003 (Prueba documental AUS-92); Wakefield *et al.* 2002 (Pruebas documentales AUS-93, CUB-28); Labrecque *et al.* 2013 (Prueba documental AUS-218); Hammond y Parkinson, 2009 (Prueba documental AUS-165); Miller *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-102, DOM-315); DeSantis y Morgan, 2003 (Prueba documental AUS-220); Borland *et al.* 2009a (Prueba documental AUS-210); Borland *et al.* 2009b (Prueba documental AUS-211); Hammond *et al.* 2007 (Prueba documental AUS-212); Borland, 1997 (Prueba documental AUS-213); y Brose *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-263, JE-24(11)).

[2414] Véase el cuadro A: Trabajos incluidos en los principales exámenes de la literatura TPP y/o en la Prueba documental JE-24, al final de los presentes informes. Hemos utilizado la designación que figura en el informe de Chantler y el informe de Stirling para el encabezamiento de la columna "Percepciones del daño y la intensidad", donde se identifican los trabajos que miden el efecto del empaquetado genérico en la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores en cuanto a los efectos nocivos del consumo de tabaco. Observamos también que en el informe de Stirling no se identifican las "percepciones del daño y la intensidad" como un "tipo de conclusión" con respecto a uno de los 26 estudios, a saber, Van Hal *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-161, JE-24(60)). Hemos incluido este estudio en nuestra contabilización porque los examinadores del informe de Chantler consideraron que las "percepciones del daño y la intensidad" eran uno de los "principales resultados abarcados" por ese estudio.

[2415] Véase la nota 2414 *supra*.

[2416] Moodie y Ford, 2011 (Pruebas documentales AUS-189, JE-24(42)).

[2417] Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)); Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44)); Hammond *et al.* 2013b (Pruebas documentales AUS-158, JE-24(31)); Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)); Doxey y Hammond, 2011 (Pruebas documentales AUS-156, JE-24(17)); Hammond *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-157, JE-24(30)); Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)); Moodie *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-174, JE-24(45)); Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-152, JE-24(23)); Gallopel-Morvan *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-162, JE-24(24)); Bansal-Travers *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-150, JE-24(3)), White, 2011 (Prueba documental AUS-173); Environics, 2008a (Pruebas documentales AUS-179, JE-24(19)); Environics, 2008b (Prueba documental JE-24(18)); y Van Hal *et al*. 2012 (Pruebas documentales AUS-161, JE-24(60)).

[2418] Véase el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), cuadro 4.1, páginas 25-37.

[2419] Hammond *et al.* 2009 (Pruebas documentales AUS-166, JE-24(29)); Hammond *et al.* 2013b (Pruebas documentales AUS-158, JE-24(31)); Wakefield *et al.* 2008 (Pruebas documentales AUS-149, JE-24(62)); Doxey y Hammond, 2011 (Pruebas documentales AUS-156, JE-24(17)); Hammond *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-157, JE-24(30)); Germain *et al.* 2010 (Pruebas documentales AUS-154, JE-24(25)); Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-152, JE-24(23)); Moodie y Ford, 2011

y 6 (que denota una calidad alta y un riesgo de sesgo bajo) y los nueve restantes[2420] recibieron una puntuación de entre 3 y 4,5 (que denota una calidad moderada y un sesgo moderado).[2421]

7.901. Sobre la base de su evaluación, que incluía la identificación de todos los trabajos examinados de calidad alta o media, el examen de Stirling concluyó lo siguiente:

- Que el empaquetado genérico puede reducir las percepciones erróneas sobre la nocividad relativa de las distintas marcas.

- Que los colores de los paquetes influyen en las percepciones del daño y la intensidad del producto y, en general, los paquetes genéricos se perciben como más nocivos que los paquetes con marca si son de colores más oscuros como el marrón y, a la inversa, menos nocivos que los paquetes con marca si son de colores más claros como el blanco.

- Que el uso de elementos descriptivos como "dorado" o "suave" en los paquetes genéricos puede inducir a error a los consumidores, como sucede en los paquetes con marca.

- Que, en general, es más probable que los fumadores tengan percepciones erróneas sobre la nocividad de los paquetes, tanto con marca como genéricos, que los no fumadores.[2422]

7.902. Además, el informe de Chantler concluyó, entre otras cosas, que el empaquetado genérico del tabaco hará que los consumidores "crean en menor medida en la idea engañosa de que algunas marcas son más saludables que otras y, por consiguiente, que las advertencias sanitarias son aplicables a ellas en menor medida".[2423] No estamos convencidos de que esas conclusiones queden invalidadas en su totalidad por la existencia de las ASG ampliadas que fueron promulgadas al mismo tiempo que medidas TPP.[2424] Observamos, a este respecto, que Australia ha presentado pruebas de que los elementos de la marca, incluso en pequeñas cantidades, pueden transmitir información a los consumidores, también en presencia de ASG grandes.[2425]

7.903. Tomamos nota asimismo de la observación de Australia de que impedir que el paquete induzca a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar "es especialmente importante en el caso de los productos de tabaco distintos de los cigarrillos, que se siguen considerando de forma sistemática menos nocivos que los cigarrillos y distintos de ellos".[2426] Esta afirmación concerniente a esos productos es coherente con las observaciones que figuran en Parr *et al*. (2011b) con respecto a los cigarros (puros) y los cigarritos (puritos)[2427]; con los datos obtenidos en Australia, el Canadá, los Estados Unidos y el Reino Unido examinados por O'Connor *et al*.[2428]; y también con la práctica histórica adoptada por la rama de producción, documentada en Kostygina *et al*. (2014), de "da[r a entender que] los cigarros (puros) son mejores para su salud que los cigarrillos, y que usted disfrutará más de ellos".[2429]

7.904. Habida cuenta de lo anterior, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP, por su diseño, no puedan reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar.

(Pruebas documentales AUS-189, JE-24(42)); Bansal-Travers *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-150, JE-24(3)); White, 2011 (Prueba documental AUS-173); Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)); Ford *et al.* 2013a (Pruebas documentales AUS-137, JE-24(20)); Wakefield *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-184, JE-24(64)); y Borland y Savvas, 2013b (Pruebas documentales AUS-175, JE-24(10)).

[2420] Moodie *et al.* 2011 (Pruebas documentales AUS-155, JE-24(44)); Moodie *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-174, JE-24(45)); Gallopel-Morvan *et al.* 2013 (Pruebas documentales AUS-162, JE-24(24)); Environics, 2008a (Pruebas documentales AUS-179, JE-24(19)); Environics, 2008b (Prueba documental JE-24(18)); Ford *et al.* 2013b (Prueba documental JE-24(21)); McCool *et al.* 2012 (Prueba documental JE-24(41)); Van Hal *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-161, JE-24(60)); y Scheffels y Saebo, 2013 (Prueba documental JE-24(56)).

[2421] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-55, y anexo E, páginas 60-62.

[2422] Examen de Stirling (Prueba documental AUS-140, HND-130, CUB-59), página 58.

[2423] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), página 31.

[2424] Véanse los párrafos 7.617-7.620 y 7.660 *supra*.

[2425] Véase el párrafo 7.660, nota 1813, *supra.*

[2426] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 198.

[2427] Véase la nota 2306.

[2428] Véase O'Connor *et al.* 2007 (Prueba documental AUS-196).

[2429] Kostygina *et al.*2014 (Prueba documental AUS-181), página 2.

La cuestión de si las medidas TPP pueden reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar, habida cuenta de la capacidad preexistente de hacerlo en el marco de la ACL

7.905. Como se ha indicado *supra*, los reclamantes aducen que la ACL vigente en Australia es suficiente para tratar cualquier aspecto del empaquetado del tabaco que induzca a error, y que las medidas TPP no podrán por tanto aumentar esta capacidad. Así pues, Honduras aduce que "si se presentan pruebas adecuadas, la utilización de cualquier elemento de diseño en el empaquetado (incluido el empaquetado del tabaco) que pueda inducir a error o engañar a los consumidores podría tratarse de manera efectiva en el marco de" la ACL.[2430] De manera similar, la República Dominicana aduce que las medidas TPP "no han contribuido en absoluto a esta capacidad preexistente de reducir el consumo de tabaco a que pudiera dar lugar el empaquetado que induzca a error".[2431] Cuba aduce que la "respuesta regulatoria adecuada" es "el requisito de que los fabricantes pertinentes eliminen cualquier material engañoso del embalaje del producto", y que "la ley Australiana ya contiene tal requisito".[2432] Indonesia aduce que "si Australia considera que algún tipo de letra específico utilizado actualmente en una marca de fábrica o de comercio registrada 'induce a error' a los consumidores, la [ACCC] tiene facultades para anular su inscripción en el registro, pero hasta la fecha no ha adoptado ninguna medida de este tipo".[2433] A este respecto, los reclamantes se basan en los informes de experto distintos elaborados por el Sr. Heydon y el Sr. Shavin.

7.906. Australia sostiene que determinados colores pueden transmitir impresiones sobre la nocividad *relativa* de ciertos productos de tabaco, y en particular perpetuar la asociación entre determinados colores y elementos descriptivos como "ligero" o "suave", que en Australia ya no se utilizan en virtud de un compromiso entre la industria tabacalera y la ACCC suscrito en 2006.[2434] Australia formula una observación similar con respecto a las formas de los paquetes, en referencia a "paquetes estrechos tipo 'perfume' [que] se presentan como accesorios de moda más que como un riesgo para la salud; los paquetes pequeños de 'súper finos' [que] se presentan como si los niveles de adicción fueran menores; y los paquetes más masculinos [que] sugieren más intensidad o fuerza".[2435]

7.907. Hemos concluido en partes anteriores de nuestro análisis que esos elementos de diseño de los paquetes, entre otros, tienen la capacidad de transmitir una gama de percepciones sobre los productos de tabaco, incluso en presencia de las ASG obligatorias en Australia, e influir en el atractivo de los productos de tabaco y en la efectividad de las ASG (medida por la atención que se presta a esas advertencias, por el procesamiento cognitivo, las percepciones de la gravedad y credibilidad o el grado de recuerdo de las mismas), de manera que cabría esperar que la eliminación de esos elementos redujera el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. La cuestión que tenemos ante nosotros en el presente contexto es si, en tanto cabe esperar que las medidas TPP reduzcan la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar (algo que, como hemos concluido, los reclamantes no han demostrado que no pueda ocurrir), cabe esperar que lo hagan en mayor grado de lo que ya era posible hacerlo con arreglo a la ACL.

7.908. Tomamos nota del análisis, realizado en el marco de los informes de experto del Sr. Heydon para los reclamantes[2436] y de los Sres. Finkelstein y Sims para Australia[2437], del grado en que se puede utilizar la ACL para responder a las preocupaciones relativas a la repercusión del empaquetado del tabaco en el atractivo de los productos de tabaco o en la eficacia de las ASG.

[2430] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 520.
[2431] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 725.
[2432] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 350.
[2433] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 183.
[2434] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 190-192 (donde se hace referencia, entre otras cosas, al informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 4.4-4.15).
[2435] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 194 (no se reproducen las notas de pie de página).
[2436] Véase el informe de Heydon (Prueba documental UKR-11), página 2 (en el que se basan Cuba e Indonesia: véase la comunicación de Cuba al Grupo Especial de 13 de julio de 2015; y la comunicación de Indonesia al Grupo Especial de 8 de julio de 2015).
[2437] Véanse el informe de Finkelstein (Prueba documental AUS-21), párrafos 67-72; y el informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 5.3-5.8.

Sin embargo, la cuestión concreta que se nos ha sometido es si, mediante las medidas TPP, Australia puede esperar reducir más (es decir, más allá de lo que sería posible en el marco de la ACL) el grado en que el empaquetado del tabaco puede responder a la preocupación reflejada en el *tercer mecanismo* de la Ley TPP, es decir, que se induzca a error a los consumidores sobre los efectos perjudiciales de los productos de tabaco.

7.909. En este sentido, el Sr. Heydon sostiene en su informe de experto que la *Ley de Competencia y Consumo de Australia de 2010* (Cth) (CCA), y en particular la ACL, "incluyen numerosas disposiciones que reglamentan el empaquetado que induce a error o es engañoso de los bienes, entre ellos los productos de tabaco", y que "no hay en la conducta que supuestamente induce a error excluida por el régimen impugnado ningún elemento que no pueda subsanarse en el marco de la Ley".[2438] El experto de Honduras y la República Dominicana, el Sr. Shavin, también concluye que "dada la amplitud de la protección de los consumidores prevista en la ACL y la aplicación de las disposiciones pertinentes por la ACCC", el Gobierno australiano "dispone ya de la facultad de impedir cualquier capacidad del empaquetado del tabaco de 'inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco'".[2439] El experto de Australia, el Sr. Sims, considera que "las disposiciones de la ACL relativas a la conducta que induzca a error o sea engañosa se podrían aplicar, en el mejor de los casos, en relación con el tercer objetivo de la [Ley TPP], que es reducir 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".[2440]

7.910. La declaración del Sr. Sims indica que, en la medida en que el empaquetado del tabaco muestre algún elemento que equivalga a una conducta que induzca a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, la ACCC de Australia[2441] considera que podría aplicarse la ACL en lo que respecta a esos elementos mediante las facultades de la ACCC para hacer cumplir la ley o mediante las diversas disposiciones de la ACL en materia de sanciones y recursos. Esto concuerda con el reconocimiento por la propia Australia de que podría utilizarse la ACL para abordar este mecanismo aunque, a su juicio, "no es ni mucho menos tan eficaz para alcanzar este objetivo como la medida de empaquetado genérico del tabaco".[2442] La capacidad de la ACCC para responder a las preocupaciones relativas al carácter engañoso de determinadas características de las marcas de los productos de tabaco también se ve confirmada por los ejemplos mencionados por los reclamantes y por Australia relativos a la utilización de términos como "suaves" o "ligeros".[2443]

7.911. Sin embargo, señalamos también las facultades de la ACCC para hacer aplicar la ACL, descritas en la ACL[2444] y explicadas por los Sres. Shavin, Heydon y Sims.[2445] Como precisa el

[2438] Informe de Heydon (Prueba documental UKR-11), página 3.
[2439] Informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafo 103.
[2440] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 5.8.
[2441] En su informe, el Sr. Sims, que es Presidente de la ACCC, señala que el informe fue "elaborado por la ACCC a petición del Gobierno australiano en relación con [estos procedimientos]". Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 1.1.
[2442] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 731.
[2443] Los Sres. Shavin, Heydon, Finkelstein y Sims, así como todas las partes en estos procedimientos, hacen referencia a la investigación por la ACCC de alegaciones de que las empresas tabacaleras han participado en contravenciones de la *Ley de Prácticas Comerciales de 1974* (Cth) (precursora de la ACL), incluidas, en particular, las conductas que induzcan a error o sean engañosas y las declaraciones falsas, mediante la promoción de marcas de cigarrillos con expresiones como "ligeros", "ultra ligeros", "suaves", "ultra suaves" o "con bajo contenido de alquitrán", sobre la base de resultados de pruebas que supuestamente eran artificiales y no reflejaban con exactitud la exposición real de los fumadores al alquitrán cuando fuman esos cigarrillos. Esta investigación se inició en 2001 y quedó resuelta en 2005 cuando la ACCC aceptó compromisos jurídicamente vinculantes de cada una de las tres empresas tabacaleras en virtud del artículo 87B de la *Ley de Prácticas Comerciales de 1974* (Cth) (precursor del artículo 218 de la ACL). Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 4.4, 4.13-4.15. Véanse también el informe de Heydon (Prueba documental UKR-11), páginas 7-9; el informe de Finkelstein (Prueba documental AUS-21), párrafos 117-118; el informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafo 96; la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 527; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 733; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 82; la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 70-72; y la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 393-394.
[2444] ACL (Prueba documental DOM-110), capítulo 5.
[2445] Véanse, respectivamente, el informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), parte IV; el informe de Heydon (Prueba documental UKR-11), páginas 11-15; y el informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), parte 3.

Sr. Sims, la ACCC puede elegir discrecionalmente qué alegaciones de incompatibilidad con la ACL cursa. El Sr. Sims explica que la ACCC no puede cursar todas las reclamaciones que recibe sobre la conducta de comerciantes o empresas, y que "ejerce sus facultades discrecionales para dedicar los recursos a la investigación y resolución de cuestiones que aportan el mayor beneficio general para la competencia y la protección al consumidor".[2446] Al describir los factores que influyen en las decisiones discrecionales de la ACCC a este respecto, el Sr. Sims observa (entre otras cosas) que la ACCC "siempre dará prioridad a la evaluación de las cuestiones relacionadas con la inocuidad de los productos que pueden perjudicar gravemente a los consumidores".[2447] En su análisis del acuerdo alcanzado entre la ACCC y determinadas empresas tabacaleras en relación con los elementos descriptivos "suaves" y "ligeros", el Sr. Sims declara que "el hecho de que se alcanzara un acuerdo sin que las empresas tabacaleras en cuestión admitieran responsabilidad alguna es poco habitual e indicativo de las dificultades a que se enfrentó la ACCC en esta investigación".[2448] El Sr. Sims señala la inversión de "recursos considerables" en este asunto entre 2001 y 2005[2449], y destaca el costo y la incertidumbre que habría conllevado sustanciar el asunto por vía judicial.[2450]

7.912. No queremos especular sobre los costos o la incertidumbre que podría o no haber conllevado un litigio interno de esta naturaleza. Sin embargo, sí señalamos que las actuaciones de la ACCC como organismo encargado de hacer aplicar la ACL son una cuestión que queda a su discreción, y que, no obstante la prioridad que pueda dar a las cuestiones relacionadas con la inocuidad de los productos que pueden perjudicar gravemente a los consumidores[2451], el objeto de la CCA, de la que la ACL es un apéndice, declarado, según el Sr. Shavin, en el artículo 2 de la CCA, es "aumentar el bienestar de los australianos mediante el fomento de la competencia y el comercio leal, y la protección de los consumidores".[2452] Observamos que no se nos ha proporcionado el artículo 2 de la CCA en sí mismo; sin embargo, no hay desacuerdo entre las partes a este respecto -de hecho, el experto de Australia, el Sr. Sims, sostiene que "los principales objetivos de la ACCC son mantener y fomentar la competencia y subsanar las deficiencias del mercado, así como proteger los intereses y la seguridad de los consumidores y apoyar el comercio leal en los mercados"-.[2453] Aunque la descripción que hace el Sr. Sims indica que la protección de los intereses y la seguridad de los consumidores es uno de los objetivos de la ACCC, no nos queda claro que el empaquetado del tabaco que induce a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar sea *en todos los casos* objeto de medidas de observancia de la ACCC. En efecto, parece inevitable que la ACCC, con un mandato tan amplio, se enfrente a prioridades distintas y por lo tanto, a nuestro juicio, no se puede dar por supuesto que será capaz, en la práctica, de intervenir en el mercado para impedir sistemáticamente que el empaquetado del tabaco induzca a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de los productos de tabaco.

7.913. Observamos también, en relación con esto mismo, que el artículo 232(2) de la ACL permite a la ACCC, o a cualquier otra persona, solicitar un mandato judicial respecto de una conducta, o una conducta prevista, que pueda contravenir (entre otras) las disposiciones de la ACL relativas a las conductas que induzcan a error o sean engañosas.[2454] Tanto el Sr. Shavin como el Sr. Heydon argumentan que no es necesario demostrar que exista una relación especial con la materia del procedimiento ni satisfacer normas de "legitimación" para poder solicitar un mandato judicial.[2455] A esto, el Sr. Heydon añade lo siguiente:

> Es bastante habitual que quienes exigen la aplicación de la Ley Australiana de Protección al Consumidor no sean funcionarios públicos ni personas directamente perjudicadas por la conducta impugnada, sino personas a las cuales no afecta

[2446] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 3.5.
[2447] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 3.9.
[2448] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 4.13.
[2449] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 4.14.
[2450] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 4.15. A este respecto, el Sr. Sims cita al entonces Presidente de la ACCC, que afirmó:

> Si incoáramos un procedimiento de este tipo, tendríamos que dedicar una parte sustancial de nuestro presupuesto para litigios a ese procedimiento particular, lo que repercutiría considerablemente en la capacidad de la ACCC para llevar a cabo otras actividades de observancia comprendidas en el ámbito de su jurisdicción.

[2451] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 3.9.
[2452] Informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafo 17.
[2453] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 3.3.
[2454] ACL (Prueba documental DOM-110), artículo 232.
[2455] Informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafo 78.

> directamente. Cualquier grupo de presión, por ejemplo, puede solicitar un mandato judicial contra el empaquetado del tabaco si considera que infringe la Ley Australiana de Protección al Consumidor. También puede hacerlo cualquier ciudadano interesado. En este sentido, la Ley Australiana de Protección al Consumidor es en gran medida de aplicación automática: su aplicación no depende únicamente de las decisiones de los funcionarios públicos.[2456]

7.914. No obstante las amplias posibilidades existentes para solicitar un mandato judicial, el hecho de que el dictado de tal mandato siga supeditado al uso de la capacidad discrecional (en este contexto, de un grupo de presión o un "ciudadano interesado") de solicitar un mandato contra una entidad responsable de comercializar productos de tabaco que supuestamente inducen a error, no se puede asegurar ese uso de la capacidad discrecional, en especial dado que el solicitante debe comprometerse a pagar cualquier perjuicio causado por el dictado del mandato judicial en caso de que no se dicte un mandato definitivo.[2457] Por lo tanto, no se puede dar por supuesto, a nuestro juicio, que particulares o grupos de interés intervendrían en el mercado, como sugiere el Sr. Heydon, para impedir sistemáticamente que el empaquetado del tabaco induzca a error a los consumidores en cuanto a los efectos nocivos de los productos de tabaco.

7.915. Por otra parte, la consecuencia de los argumentos de los reclamantes a este respecto es que el empaquetado de productos de tabaco que supuestamente da lugar a representaciones que inducen a error sobre los efectos nocivos de fumar seguiría estando en el mercado y continuaría presentando esa información a los consumidores, al menos hasta el momento en que la ACCC (o cualquier otro solicitante de un mandato judicial[2458]) pidiera y obtuviera efectivamente una orden o compromiso de retirada de ese producto del mercado, o en que la conducta que induce a error se pusiera en conformidad con la ACL.

7.916. Por último, tomamos nota de la explicación de Australia de que la normalización de las características de los paquetes mediante el empaquetado genérico, incluida la adopción de un único color de fondo para el 25% de la superficie de los paquetes que no está cubierto por una ASG, impide la posibilidad de que las diferencias en esas características de los paquetes tengan alguna repercusión en las percepciones de la nocividad *relativa* de los distintos productos de tabaco.[2459]

7.917. Habida cuenta de lo anterior, no estamos persuadidos de que la eliminación de los elementos del empaquetado del tabaco prohibidos por las medidas TPP no podría reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores en mayor grado de lo que ya era posible en el marco de la ACL y de su aplicación por conducto de la ACCC ni de que, en palabras de la República Dominicana, las medidas TPP "no han contribuido en nada a [la] capacidad preexistente de reducir el consumo de tabaco a que pudiera dar lugar el empaquetado que induce a error".[2460] Antes bien, en nuestra opinión, las medidas TPP abordan, a este respecto, las lagunas reglamentarias que puedan surgir debido a las limitaciones de orden práctico a que se enfrenta la ACCC al aplicar la ACL.

La cuestión de si las medidas TPP, al reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar, influirían en las conductas tabáquicas

7.918. Los reclamantes han aducido, como se analiza en la sección 7.2.5.3.5.1 *supra*, que las pruebas relativas al diseño y el funcionamiento de las medidas TPP, que tienen por objeto evitar que el empaquetado del tabaco induzca a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar, no evalúan la repercusión del empaquetado genérico en las conductas tabáquicas. Honduras aduce, en el contexto de este mecanismo, que "no existe una relación *real y práctica* entre las conductas tabáquicas y el empaquetado del tabaco".[2461] Cuba sostiene específicamente

[2456] Informe de Heydon (Prueba documental UKR-11), página 12.
[2457] Informe de Heydon (Prueba documental UKR-11), página 13; e informe de Finkelstein (Prueba documental AUS-21), párrafo 91.
[2458] Cabe señalar que un tribunal puede dictar mandatos judiciales contra las conductas que induzcan a error o sean engañosas sobre la base de una solicitud de la ACCC "o cualquier otra persona". Véase ACL (Prueba documental DOM-110), artículo 232(2).
[2459] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 187.
[2460] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 725.
[2461] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 518 (las cursivas figuran en el original).

que ninguno de los estudios sobre la repercusión del empaquetado genérico en la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores "abordan el efecto que puedan tener las percepciones erróneas como para arriesgarse en el comportamiento real de fumar".[2462] Australia aduce que "reducir la capacidad de los productos de tabaco de inducir a error a los consumidores sobre la nocividad relativa de las marcas, o de los tipos de productos, significa que el empaquetado genérico del tabaco contribuirá a desalentar el inicio y estimular el abandono del consumo de tabaco", y que "[s]i los consumidores están plenamente informados de los riesgos reales y las graves consecuencias del consumo de tabaco, es más probable que adopten la conducta de dejar de fumar".[2463]

7.919. Observamos asimismo que hay muchas menos discusiones entre los expertos de las partes sobre la relación entre la capacidad del que el paquete de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar y las conductas tabáquicas. Señalamos en particular la observación del Profesor Fong de que "[l]as pruebas directas que vinculan el empaquetado genérico con la modificación de la conducta a través del mecanismo de reducción de las percepciones erróneas sobre los productos de tabaco no son sólidas", factor que atribuye a "las dificultades que plantea el estudio de ese vínculo antes de haberse implementado la medida de empaquetado genérico".[2464]

7.920. Respecto del inicio, recordamos lo que hemos expuesto en partes anteriores de nuestro análisis, y en particular la coincidencia entre el experto de los reclamantes, el Profesor Steinberg, y el experto de Australia, el Profesor Slovic, en que "los jóvenes no prestan atención a la información sobre los riesgos".[2465] Sin embargo, las pruebas indican también que una cosa es que los adolescentes no presten atención a la información sobre los riesgos y otra diferente que se haga creer positivamente a los adolescentes que el consumo de un producto de tabaco en lugar de otro cambia la naturaleza del riesgo. El Profesor Fong describe esa diferencia como sigue:

> [L]os mensajes sobre el carácter ligero pueden utilizarse también para llegar a no fumadores susceptibles o a fumadores experimentales que pueden tener preocupaciones en materia de salud relacionadas con el hecho de empezar a fumar. Algunos estudios indican que los jóvenes pueden empezar a fumar cigarrillos ligeros o seguir fumando cigarrillos ligeros porque creen que son menos nocivos. Además, los jóvenes creen que fumar cigarrillos ligeros hará que sea más fácil para ellos dejar de fumar en comparación con los cigarrillos normales. Es más, muchos jóvenes creen que serán menos susceptibles a las consecuencias perjudiciales del tabaco para la salud por fumar cigarrillos más ligeros. Es razonable concluir que esos efectos podrían aumentar potencialmente la probabilidad de que los jóvenes empezaran a fumar, y de que los jóvenes que fuman continuaran fumando.[2466]

7.921. El Director General de Sanidad de los Estados Unidos, el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos y el Profesor Fong hacen referencia a documentos de la industria tabacalera que indican que esta conoce y utiliza ese efecto.[2467]

7.922. Señalamos, a este respecto, el argumento del Profesor Steinberg de que "a pesar de conocer los riesgos del hábito de fumar … los adolescentes lo inician de todos modos porque … dan más importancia a la recompensa a corto plazo que al riesgo a largo plazo".[2468] Entendemos que existe una diferencia entre dar más importancia a esas recompensas a corto plazo que a los riesgos a largo plazo y la percepción inducida de que, con respecto a algunos productos de tabaco, el riesgo a largo plazo es menor o inexistente. En efecto, aunque el Profesor Steinberg (así como el Profesor Viscusi, entre otros) mantiene que los jóvenes son muy conscientes de los riesgos del hábito de fumar, y no obstante nuestra observación de que en Australia existe un nivel de conciencia elevado y, en el caso de algunas afecciones, muy elevado, con respecto a algunos

[2462] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 350 b).
[2463] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 198.
[2464] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 421.
[2465] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 110 (donde se hace referencia al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6)).
[2466] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 379.
[2467] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), páginas 531-532; Monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 19 (Prueba documental AUS-77), página 78; e informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 369.
[2468] Segundo informe de réplica de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-15), párrafo 35.

riesgos específicos para la salud asociados al consumo de tabaco[2469], la perspectiva de que los elementos del empaquetado puedan crear una percepción de que determinados riesgos son menores cuando se usan determinados productos de tabaco parece catalizar la hipótesis descrita por el Profesor Slovic:

> Las investigaciones muestran que los jóvenes fumadores, que están dispuestos a correr riesgos acumulados, creen que pueden consumir cierta cantidad de tabaco sin consecuencias antes de que el riesgo se materialice. En resumen, muchos jóvenes fumadores tienden a creer que fumar "precisamente el próximo cigarrillo" plantea un riesgo escaso o nulo para su salud o que fumar solo durante unos pocos años entraña un riesgo insignificante. Esos jóvenes esperan fumar ocasionalmente durante un corto período de tiempo y después dejarlo antes de sufrir ningún perjuicio real. El problema es la adicción a la nicotina, otro factor que la forma experimental de pensar no aprecia adecuadamente. Como se ha indicado antes, es difícil, si no imposible, apreciar la fuerte ansia visceral característica de la adicción a no ser que se padezca. Es imposible predecir, o siquiera recordar con exactitud, la "experiencia" de ese ansia. El resultado es que los jóvenes fumadores terminan fumando más, durante un período más prolongado, de lo que nunca habían previsto.[2470]

7.923. En efecto, las pruebas que tenemos ante nosotros indican que, de hecho, es más probable que la predisposición de los jóvenes a no prestar atención a la información sobre el riesgo[2471] induzca a un comportamiento cuando la percepción del riesgo a largo plazo es menor.

7.924. Con respecto al abandono, hemos señalado, en el contexto de la eficacia de las ASG, que las pruebas que tenemos ante nosotros indican que las preocupaciones relativas a los efectos de los productos de tabaco sobre la salud pueden incidir en el abandono del tabaco.[2472] Más arriba hemos observado que las pruebas que se nos han sometido indican que el empaquetado genérico del tabaco puede reducir las percepciones erróneas de los consumidores sobre la nocividad relativa de las distintas marcas, las diferentes percepciones del daño que crea el uso de distintos elementos de diseño (incluidos los colores), y también las percepciones de la nocividad relativa de los distintos productos de tabaco (incluidos los cigarros (puros)). Por otra parte, tenemos ante nosotros pruebas de que los fumadores consumen con frecuencia productos de tabaco que perciben como menos nocivos (debido, entre otras cosas, a la percepción creada por el uso de elementos descriptivos y de elementos de empaquetado como los colores[2473]) como alternativa al abandono o sustituto de este[2474], incluso como consecuencia de la convicción de que es más fácil dejar de fumarlos.[2475] Por consiguiente, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP, al modificar la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar, no tendrían efecto en el abandono del tabaco.

7.925. Con respecto a la recaída, observamos que no disponemos de ningún análisis detallado relativo a la cuestión de si la reducción de la posibilidad de que el empaquetado del tabaco induzca a error a los consumidores sobre los efectos perjudiciales del uso de tabaco impediría la conducta de recaída. Recordamos sin embargo el estudio de McCaul *et al*. (2006), que sugería, a la luz del papel de las preocupaciones por la salud como factor motivador primario para dejar de fumar, que las estrategias de motivación o abandono incluyeran hacer que los fumadores construyeran sistemas que les recordaran las consecuencias del consumo de tabaco para la salud con el fin, entre otras cosas, de ayudar a mantener un intento exitoso de dejar de fumar y de renovar los intentos de dejar de fumar de quienes hayan recaído.[2476] Además, según hemos indicado, tenemos ante nosotros pruebas de que los fumadores consumen con frecuencia productos de tabaco que perciben como menos nocivos (debido, entre otras cosas, a la percepción creada por el uso de

[2469] Véase el párrafo 7.840 *supra*.
[2470] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 92 (no se reproducen las citas internas).
[2471] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafo 110 (donde se hace referencia al informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6)).
[2472] Véase el párrafo 7.866 *supra*.
[2473] Véase el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 531.
[2474] Monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 19 (Prueba documental AUS-77), página 78. Véase también el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 367-382.
[2475] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 377.
[2476] Véase McCaul *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-205), página 53.

elementos descriptivos y de elementos de empaquetado como los colores[2477]) como alternativa al abandono o sustituto de este.[2478]

7.926. Ciertamente, en la medida en que la eliminación de los elementos de marca puede impedir que los paquetes transmitan la idea de que algunos productos de tabaco son menos nocivos que otros, no excluimos que las medidas TPP podrían asegurar que no se induzca a quienes hayan dejado de fumar a pensar erróneamente que existe un uso menos nocivo de los productos de tabaco que no pondría en peligro su motivación para dejarlo por razones de salud.

Conclusión

7.927. Sobre la base de lo que antecede, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP, por su diseño, no podrían reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar. Además, tampoco estamos persuadidos de que una contribución de este tipo a la reducción de la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar no aportaría nada a lo que puede lograrse en el marco de la ACL.

7.928. Además, recordamos que también tenemos ante nosotros pruebas relativas a la aplicación efectiva de las medidas TPP desde su entrada en vigor, entre las que figuran pruebas empíricas que abordan específicamente la repercusión del empaquetado genérico en la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, que se examinarán en la sección 7.2.5.3.6 *infra*, y a las que se atribuirá el peso apropiado. En consecuencia, no pretendemos inferir, en esta etapa de nuestro análisis, ninguna conclusión general sobre la repercusión de las medidas TPP en la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los riesgos de fumar para la salud, y de la medida en que ello contribuye al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.2.5.3.5.5 Conclusión general sobre las pruebas relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP

7.929. En definitiva, nuestro examen de las pruebas de que disponemos en relación con el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP no nos convence de que, como aducen los reclamantes, tales medidas no podrían contribuir al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, mediante el funcionamiento de los mecanismos identificados en la Ley TPP, en combinación con otras medidas pertinentes de control del tabaco aplicadas por Australia.

7.930. Más bien, nuestro examen de las pruebas pertinentes indica que es un hecho reconocido que se pueden utilizar diversas características de la marca en el empaquetado del tabaco para transmitir determinadas asociaciones positivas con los productos, y que existe un corpus de investigaciones cuyo objeto era estudiar la repercusión de la *eliminación* de este tipo de características mediante el empaquetado genérico de los productos de tabaco, en los tipos de "resultados proximales" ahora recogidos en la Ley TPP. Si bien algunos de los estudios comprendidos en ese corpus de investigaciones pueden presentar ciertas limitaciones, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que dichas limitaciones son tales que no pueda ser considerado información científica digna de crédito y ser utilizado por su pertinencia en relación con la repercusión prevista del empaquetado genérico del tabaco en los resultados medidos, entre ellos la reducción del atractivo de los productos de tabaco, la mayor eficacia de las ASG y la reducción de la capacidad del empaquetado de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar.

7.931. Asimismo, tomamos nota del corpus de investigaciones dedicadas al estudio de la relación entre las percepciones de los productos, las intenciones y las conductas expuestas por las partes, incluido el reconocimiento de que esa relación es compleja y puede verse afectada por una serie de factores en un contexto determinado. Tomamos nota además de las pruebas que se nos han

[2477] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 531.

[2478] Monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 19 (Prueba documental AUS-77), página 78. Véase también el informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 367-382.

presentado en relación con los determinantes de las conductas tabáquicas en las que quieren influir las medidas TPP, a saber: el inicio, el abandono y la recaída. En conjunto, estas pruebas, si bien indican claramente la complejidad y multiplicidad de los factores que determinan las conductas tabáquicas, son compatibles, en nuestra opinión, con la premisa que subyace al diseño y la estructura de las medidas TPP de que las conductas pertinentes pueden verse influidas por una reducción del atractivo de los productos de tabaco o por una mayor conciencia y comprensión de los riesgos del consumo de tabaco para la salud, o por ambas cosas.

7.2.5.3.6 Pruebas relativas a la aplicación de las medidas TPP

7.932. Como se ha descrito *supra*, las pruebas que tenemos ante nosotros sobre la contribución de las medidas TPP a sus objetivos incluyen pruebas empíricas relativas a su aplicación desde su plena entrada en vigor en diciembre de 2012, que analizamos en la presente sección.

7.933. En general, estas pruebas se refieren al período transcurrido entre la entrada en vigor de las medidas en diciembre de 2012 y septiembre de 2015, con algunas variaciones respecto del período exacto abarcado, en función de los datos utilizados. Las pruebas empíricas que tenemos a nuestra disposición en relación con el funcionamiento efectivo de las medidas TPP, por lo tanto, reflejan un período de aplicación de las medidas de entre unos pocos meses y un máximo de tres años.

7.934. Si bien todas las partes reconocen que estas pruebas deben desempeñar una función en nuestra evaluación de la contribución de las medidas a su objetivo, tienen opiniones diferentes sobre el peso que se les debe atribuir y sobre el peso relativo que se debe atribuir, dentro de las pruebas posteriores a la implementación pertinentes, a las pruebas relativas a los resultados "proximales" y más "distales" de las medidas.

7.935. La República Dominicana aduce que, después de dos años de aplicación, el tiempo transcurrido desde la implementación del régimen de empaquetado genérico de Australia es suficiente para observar la eficacia con que incide dicho régimen en las conductas tabáquicas en Australia. La República Dominicana aduce que cabe razonablemente esperar que, si las medidas TPP fuesen a reducir la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco, ese efecto ya se apreciaría.[2479] La República Dominicana observa que, al analizar estos resultados, merece la pena destacar que los proponentes del empaquetado genérico pronosticaron que la política reduciría el consumo de tabaco en un período de dos años.[2480] Honduras, análogamente, aduce que se dispone de pruebas empíricas fiables que demuestran que, transcurridos más de dos años y medio desde su introducción, la medida no ha tenido repercusión alguna en la práctica, y el análisis debe dar prioridad a esas pruebas.[2481]

7.936. Australia considera, sin embargo, que, dado que las medidas se han estado aplicando durante un período limitado, la utilidad de los datos cuantitativos a corto plazo es "limitada".[2482] Aduce que la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en las tasas de consumo de tabaco será más fuerte a largo plazo, como consecuencia del poder adictivo de la nicotina y de la consiguiente necesidad de múltiples intentos para lograr el abandono del tabaco. Australia explica que esto también es consecuencia de la probable repercusión de la medida en el inicio del hábito entre los jóvenes, ya que es probable que la reducción del inicio del hábito entre los jóvenes no se recoja en los datos nacionales relativos a la prevalencia del consumo de tabaco y al consumo de tabaco durante algún tiempo dado que el inicio del hábito entre los jóvenes representa una pequeña fracción del total de la tasa de consumo de tabaco.[2483] En segundo lugar, Australia aduce, haciendo referencia al Dr. Bilan, que el importante papel que desempeña la mercadotecnia del tabaco influyendo en el inicio del hábito entre los jóvenes depende en parte de su capacidad de crear actitudes sociales y entre pares positivas ante el hábito de fumar. Por consiguiente, la repercusión de las medidas TPP sobre el comportamiento de una generación de niños que nunca

[2479] Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 428.
[2480] Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 50. Véase Pechey *et al.* 2013 (Prueba documental JE-24(51)), página 5.
[2481] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 50.
[2482] Respuesta de Australia a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 194.
[2483] Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 12.

ha estado expuesta a la promoción a través del empaquetado del tabaco tardará algún tiempo en reflejarse en los estudios nacionales.[2484]

7.937. Por lo tanto, Australia considera que "el enfoque más adecuado para determinar los efectos de [las medidas TPP] en las primeras etapas de [su] introducción era basarse en experimentos y estudios que analizan los determinantes de la elección, las actitudes y, en última instancia, la elicitación de las intenciones conductuales"[2485] y no es razonable que los reclamantes extraigan conclusiones definitivas sobre el éxito del empaquetado genérico del tabaco únicamente sobre la base de las tasas de prevalencia del consumo de tabaco tan poco tiempo después de la implementación de la medida.[2486]

7.938. Somos conscientes de que, si bien nuestra labor consiste en evaluar la contribución real de las medidas a su objetivo a la luz de las pruebas de que disponemos, debemos tener debidamente en cuenta la posibilidad de que los efectos de determinadas medidas puedan manifestarse tras un período más prolongado y en el futuro. Señalamos a este respecto la observación formulada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gasolina*, en el contexto del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, de que "en la esfera de la conservación de los recursos naturales agotables, cabe que haya de transcurrir un período considerable, tal vez varios años, antes de que sean perceptibles los efectos imputables a la aplicación de una medida determinada".[2487] Análogamente, 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.

7.939. Señalamos en particular a este respecto el argumento formulado por Australia de que la repercusión de las medidas en el inicio del consumo de tabaco solo puede manifestarse plenamente tras un período de aplicación más largo, ya que afecta gradualmente a generaciones futuras que no han estado expuestas a ninguna forma de marcas de tabaco, ni en el empaquetado ni de otro modo. Asimismo, señalamos el argumento de Australia de que es cosa sabida que el abandono del tabaco requiere múltiples intentos y que se hace más difícil por la adicción a la nicotina, de modo que, aunque el empaquetado genérico lograse eficazmente los resultados proximales previstos y tuviese así una influencia en las intenciones de abandono, podrían ser necesarios hasta varios años y repetidos intentos para llevar adelante la decisión de abandonar el tabaco.[2488]

7.940. Estas consideraciones nos parecen convincentes y estamos de acuerdo con Australia en que, en tanto en cuanto las medidas TPP se basan en cambios en las conductas tabáquicas que pueden no ser perceptibles o medibles de forma inmediata o que pueden tardar tiempo en materializarse en conductas reales, es posible que los datos y pruebas relativos a las conductas tabáquicas reales en el primer período de aplicación de las medidas no ofrezcan una imagen completa del grado en que las medidas contribuyen, y cabe esperar que contribuyan en el futuro, a su objetivo. Asimismo, consideramos que, en este contexto y a la luz de la naturaleza del diseño de las medidas, como se ha expuesto en secciones anteriores, las pruebas empíricas disponibles relativas a la repercusión de las medidas en los resultados "proximales", así como las pruebas relativas a los resultados "distales" que pueden ser precursores de las conductas tabáquicas reales, pueden informar convenientemente nuestra evaluación de la contribución efectiva de las medidas TPP a su objetivo, junto con las pruebas que obran en nuestro poder relativas a las conductas tabáquicas reales desde la entrada en vigor de las medidas.

7.941. Asimismo, señalamos la afirmación de los reclamantes de que, aunque las medidas TPP produjeran efectos a corto plazo, estos efectos experimentarían rápidamente un "desgaste". Los reclamantes se refieren en este contexto al efecto de "desgaste" de los mensajes publicitarios. No obstante, señalamos que, como observó Australia, las medidas TPP no pretenden en sí mismas transmitir un mensaje específico, cuyo efecto experimentaría un "desgaste" con el tiempo, sino

[2484] Primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 12.
[2485] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 147.
[2486] Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 13.
[2487] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 25. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 153, nota 243.
[2488] Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 670; la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 496; y la respuesta de Australia a la pregunta 200 del Grupo Especial, párrafos 323-326.

más bien pretenden *limitar* la capacidad del empaquetado de tabaco de transmitir asociaciones positivas específicas mediante las características de las marcas.[2489] No estamos convencidos, por lo tanto, de que deba presumirse que los ejemplos citados por los reclamantes a este respecto sean plenamente extrapolables a los efectos del empaquetado genérico en los resultados conductuales pertinentes. Cuando procede, no obstante, se analizan los efectos de desgaste específicos en el contexto del análisis de las pruebas empíricas que obran en nuestro poder sobre la aplicación de las medidas TPP.[2490]

7.942. Tomamos nota también de los detallados intercambios de opiniones entre las partes relativos al valor como precedente de la experiencia que tuvo el Canadá con la introducción de las ASG y la evaluación de su eficacia a lo largo del tiempo.[2491] No estamos convencidos, no obstante, de que un examen detallado de las pruebas relativas a esa medida aportara una respuesta concluyente a la cuestión que nos ha sido sometida, que está limitada a determinar el grado en que cabe esperar que los efectos de las medidas TPP sean perceptibles en el momento de nuestra evaluación sobre la base de las pruebas empíricas que obran en nuestro poder y las consecuencias de esta consideración en las conclusiones que podamos alcanzar sobre la contribución de las medidas TPP a su objetivo. Específicamente, dada la complejidad de los factores intervinientes, no estamos convencidos de que la experiencia vivida con las ASG en el contexto canadiense pueda extrapolarse directamente al contexto actual australiano relativo a la introducción de las medidas TPP.[2492] No obstante, teniendo presente este debate, somos conscientes de los problemas intrínsecos que comporta identificar datos y métodos adecuados para mostrar los efectos de medidas que pretenden incidir en comportamientos de toda la población en un entorno complejo y la necesidad de actuar con cautela al tratar de extraer conclusiones sobre la eficacia de este tipo de medidas sobre la base de información relativamente limitada.

7.943. En vista de lo que antecede, analizamos las pruebas que tenemos ante nosotros en relación con la aplicación de las medidas TPP siendo conscientes de que el período respecto del cual hay disponibles pruebas de la aplicación de las medidas puede repercutir en la naturaleza y el alcance de las conclusiones que puedan extraerse de estas pruebas. Además, somos conscientes de que el valor probatorio de estas pruebas también puede verse afectado por otros factores, como la calidad y la naturaleza de los propios datos disponibles.

7.944. En vista de lo anterior, analizamos sucesivamente lo siguiente *infra*:

a. las pruebas que obran en nuestro poder relativas a los "resultados proximales", es decir, el efecto de las medidas TPP en los tres parámetros en que se basan los tres "mecanismos" reflejados en la Ley TPP (atractivo de los productos de tabaco, eficacia de las ASG y capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de los productos de tabaco);

b. las pruebas que obran en nuestro poder en relación con los resultados relacionados con el abandono del tabaco y otros resultados "distales"; y

c. las pruebas que obran en nuestro poder relativas a las conductas tabáquicas, basada en el consumo y el volumen de ventas de productos de tabaco y la prevalencia del consumo de tabaco, desde la entrada en vigor de las medidas TPP.

[2489] No obstante, señalamos que, en la medida en que se pretendan comunicar mensajes específicos mediante el paquete, estos están contenidos en las ASG que se aplican conjuntamente con el empaquetado genérico. Entendemos que las razones para "alternar" estos mensajes es precisamente evitar el tipo de efecto de "desgaste" que señalan los reclamantes.

[2490] Véanse los apéndices A y B.

[2491] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 16; la respuesta de Australia a la pregunta 200 del Grupo Especial, párrafos 334-335; el informe de Chaloupka relativo a la salud púbica, párrafos 89-96; el informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-303), sección 6; y J. List, "*A Further Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation*", 16 de septiembre de 2015 (informe de réplica de List) (Prueba documental DOM/IDN-3), párrafos 76-83.

[2492] Véanse la primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafos 53-58; la respuesta de Australia a la pregunta 11 del Grupo Especial; y el informe de réplica de Lista (Prueba documental DOM/IDN-3), párrafo 80 (donde se destacan los problemas que plantean las comparaciones entre jurisdicciones).

7.2.5.3.6.1 Repercusión de las medidas TPP en los resultados "proximales" (atractivo de los productos de tabaco, eficacia de las ASG y capacidad del paquete de inducir a error)

7.945. Las partes presentaron como pruebas documentales una serie de estudios examinados por homólogos en que se investiga la repercusión posterior a su implementación de las medidas TPP y las ASG ampliadas en los resultados proximales no conductuales, a saber: i) reducción del atractivo de los productos de tabaco; ii) aumento de la eficacia de las ASG; y iii) reducción de la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores sobre los daños que provoca fumar.[2493] En el apéndice A se examinan y analizan estas pruebas, a la luz de los informes de expertos pertinentes presentados por las partes.

7.946. Australia afirma que los estudios empíricos posteriores a la implementación disponibles sobre los resultados no conductuales confirman que el empaquetado genérico del tabaco y las ASG ampliadas han logrado los objetivos de i) reducir el atractivo, ii) aumentar la eficacia de las ASG, y iii) reducir la capacidad del empaquetado de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de los productos de tabaco.[2494]

7.947. Sobre la base del examen de estos trabajos examinados por homólogos, y en algunos casos del nuevo análisis de los datos utilizados en estos trabajos, los reclamantes aducen que las medidas TPP no han tenido los efectos previstos en los antecedentes de comportamiento postulados en el marco conceptual de las medidas TPP de Australia.[2495] En particular, afirman que más allá de las conclusiones obvias de que el paquete resulta menos atractivo visualmente y que la población con mayor frecuencia percibe primero las ASG ampliadas, las pruebas empíricas demuestran que las políticas han tenido pocos efectos, o ninguno, en los antecedentes de comportamiento. Además, alegan que las variables relativas a las creencias, actitudes e intenciones con respecto al tabaco no se vieron afectadas prácticamente en absoluto por las medidas TPP.[2496] Cuba se basa totalmente en un informe presentado por la República Dominicana, así como en un informe presentado por Ucrania, por lo que respecta a los datos posteriores a la implementación, el análisis y las conclusiones que han de extraerse de este.[2497] Cuba también se basa en informes presentados por Honduras y en un informe elaborado en relación con la Consulta del Reino Unido sobre la introducción de un reglamento relativo al empaquetado normalizado de productos de tabaco.[2498]

7.948. Además, los expertos de los reclamantes afirman que algunos de los estudios empíricos publicados sobre las medidas TPP de Australia ofrecen una imagen inexacta de las pruebas empíricas. Declaran que en algunos de estos trabajos no se indicaron los resultados correspondientes a más de la mitad de todas las variables disponibles del conjunto de datos de los estudios, que en una inmensa mayoría carecían de relevancia estadística, lo que da a entender que el empaquetado genérico no ha tenido ninguna repercusión en estas variables. Los reclamantes afirman que los autores de algunos de estos estudios publicados tampoco explicaron que varios de los efectos estadísticamente significativos comunicados habían desaparecido al final del primer año de la implementación por Australia de las medidas TPP como consecuencia de los efectos del desgaste. La República Dominicana e Indonesia además critican estos trabajos por no indicar la magnitud de los efectos estadísticamente significativos. Según sus expertos, la mayoría de los efectos estadísticamente significativos comunicados son pequeños, lo

[2493] Algunos de estos artículos también analizan variables más distantes, como las creencias, actitudes e intenciones con respecto a fumar y a dejar de fumar, así como a los intentos de dejarlo. Estos artículos se analizan también en el apéndice B de los presentes informes.

[2494] Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 201-205; y la observación de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 146 del Grupo Especial, párrafo 7.

[2495] Véanse el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2); el segundo informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-4); el informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-6); el segundo informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-8); el informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-122); y el segundo informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-165).

[2496] Véase el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 10-22.

[2497] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 100.

[2498] Véase, por ejemplo, la respuesta de Cuba a la pregunta 146 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-122); al segundo informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-165); y al informe de Gibson (Prueba documental DOM-92)).

que da a entender que las medidas TPP tienen poca importancia en la modificación de las conductas.[2499]

7.949. En cuatro trabajos examinados por homólogos se analizó empíricamente la repercusión de las medidas TPP de Australia en el atractivo de los productos de tabaco.[2500] En varios de estos trabajos publicados emplearon datos de estudios diferentes. La mayoría de los datos de los estudios se refieren a fumadores adultos, salvo un estudio realizado sobre estudiantes de escuelas de secundaria.[2501] En la mayoría de estos trabajos examinados por homólogos, se analizan solo fumadores de cigarrillos, aunque algunos de estos conjuntos de datos de los estudios también incluyen información relativa a fumadores de cigarros (puros). Solo en un estudio examinado por homólogos se analizan los resultados relativos al atractivo con respecto a fumadores de cigarros y cigarritos.[2502]

7.950. Sobre la base de conjuntos de datos diferentes, en cinco trabajos examinados por homólogos también se ha investigado empíricamente la repercusión de las medidas TPP de Australia en la eficacia de las ASG.[2503] Un informe de experto elaborado por el Profesor Klick y presentado por Ucrania también contiene un análisis de la repercusión de las medidas TPP en la eficacia de las ASG.[2504]

7.951. En dos trabajos examinados por homólogos se analiza empíricamente la repercusión de las medidas TPP de Australia en la capacidad del paquete de productos de tabaco de inducir a error a los consumidores, entre los fumadores adultos de cigarrillos y los adolescentes, respectivamente.[2505]

7.952. Estas pruebas se examinan y analizan detalladamente en el apéndice A. Cabe destacar que las partes analizan diversos resultados basados en datos del Estudio nacional de seguimiento sobre el empaquetado genérico del tabaco (NTPPTS), un estudio de seguimiento de ámbito nacional financiado por Australia y realizado por el CCV para hacer un seguimiento de los efectos del empaquetado genérico.[2506] En el contexto de estos procedimientos, la República Dominicana

[2499] Véase el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 23-27.

[2500] Véanse Wakefield *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306); Dunlop *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-207, HND-132, DOM-199); White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235); y Miller *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-102, DOM-315).

[2501] Véanse White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-315); y White *et al.* 2015b (Pruebas documentales HND-135, DOM-236, DOM-288).

[2502] Véase Miller *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-102, DOM-315).

[2503] Véanse Wakefield *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306); Yong *et al.* 2015 (Prueba documental DOM-382); Dunlop *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-207, HND-132, DOM-199); White *et al.* 2015b (Pruebas documentales HND-135, DOM-236, DOM-288); y Miller *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-102, DOM-315).

[2504] Véase el informe de Klick (Prueba documental UKR-5). Véase también la sección 1.6.6 *supra* donde se ofrece una explicación sobre la participación de Ucrania en los presentes procedimientos.

[2505] Véanse Wakefield *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306); y White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-315).

[2506] A fin de hacer un seguimiento de la medida de empaquetado genérico, Australia financió el Estudio nacional de seguimiento sobre el empaquetado genérico del tabaco (NTPPTS), un estudio de seguimiento de ámbito nacional realizado por el CCV. El NTPPTS es un estudio de referencia transversal continuo que consiste en unas 100 entrevistas semanales a fumadores y exfumadores recientes, de edades comprendidas entre 18 y 69 años, realizado entre el 9 de abril de 2012 y el 30 de marzo de 2014. Después, se realizó un estudio de seguimiento de los participantes de referencia aproximadamente cuatro semanas después del estudio inicial, entre el 7 de mayo de 2012 y el 4 de mayo de 2014. Informe técnico sobre el estudio NTPPTS (Pruebas documentales AUS-570, HND-124, DOM-307), páginas 7-8. Según Australia, el corto período transcurrido entre las entrevistas limita la capacidad de utilizar los datos del estudio para analizar las repercusiones a largo plazo previstas de la medida. Respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 230, 236; y respuesta de Australia a la pregunta 198 del Grupo Especial, párrafos 280-293. Considera que los datos del estudio son idóneos para evaluar los cambios en los mecanismos específicos de la medida. En seis trabajos publicados en un suplemento de la revista *Tobacco Control* en 2015, se utilizaron resultados del NTPPTS. Informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2). Australia se basa en cuatro de estos trabajos en los presentes procedimientos. Véanse, por ejemplo, la respuesta de Australia a la pregunta 198 del Grupo Especial, nota 407 al párrafo 294 (donde se hace referencia a Wakefield *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306); Brennan *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-224, DOM-304); y Durkin *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-215 (revisada), DOM-305)) y los párrafos 305-308 (donde se hace referencia a Scollo *et al.* 2015a (Pruebas documentales HND-133, DOM-237, DOM-311)).

solicitó datos de este estudio, a los que obtuvo acceso.[2507] La República Dominicana e Indonesia presentaron conjuntamente un informe de experto elaborado por los Profesores Ajzen, Hortaçsu, List y Shaikh (Ajzen *et al.*) en el que se realiza una nueva estimación del conjunto de datos del NTPPTS que abarca cuestiones relacionadas con los mecanismos del empaquetado genérico y se examina la exactitud y compleción de varias conclusiones comunicadas en los estudios en los que se basó Australia.[2508]

7.953. Sobre la base de su nuevo análisis de los datos del NTPPTS, Ajzen *et al.* observan lo siguiente con respecto a la repercusión de las medidas TPP en el atractivo de los paquetes y productos de tabaco:

> Como cabría esperar, los resultados con respecto a las dos primeras medidas concernientes al atractivo del paquete mostraron que los entrevistados calificaron los paquetes genéricos con ASG más grandes como significativamente menos atractivos que los paquetes comercializados anteriormente con marca y con ASG más pequeñas. La magnitud de este efecto fue, según la regla empírica de Cohen (1988), de moderada a grande (r = 0,35 y 0,54).[2509] Estas conclusiones son poco más que una "comprobación de resultados", es decir, *una comprobación para asegurar que los paquetes genéricos, como se pretendía, se percibían como menos atractivos visualmente que los paquetes con marca. Después de todo, el empaquetado genérico se diseñó explícitamente y ensayó para asegurar que el paquete no fuese atractivo*; y el empaquetado genérico se combinó con ASG ampliadas, dominantes y visualmente repulsivas. Es interesante señalar que los resultados también mostraron que, incluso antes del empaquetado genérico y de las ASG ampliadas, a la mayoría de los fumadores les desagradaba el aspecto de su paquete.
>
> En cuanto al atractivo de los productos de tabaco, el menor atractivo visual del paquete parece guardar alguna relación con las evaluaciones de los entrevistados relativas a la calidad, la satisfacción y el valor de sus cigarrillos "en comparación con el año anterior".[2510] Estos indicadores del atractivo de los productos de tabaco mostraron efectos estadísticamente significativos de la introducción del empaquetado genérico y de las ASG más grandes en el sentido hipotetizado. No obstante, la magnitud de los efectos fue notablemente menor (todos los efectos fueron pequeños; r's ≤ 0,30) para el atractivo del producto que para el atractivo del paquete.[2511]

7.954. Estas conclusiones parecen indicar que Ajzen *et al.*, tras revisar los datos del NTPPTS obtenidos para la República Dominicana e Indonesia, aceptaron que los paquetes genéricos se han percibido, "como se pretendía", como menos atractivos, y que "el menor atractivo visual del paquete parece guardar alguna relación con la evaluación de los entrevistados relativa a la calidad,

---

[2507] Véase la sección 1.6.7.3.2 *supra*.

[2508] Véanse el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2); y el informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-6).

[2509] (nota del original) Mientras que la primera de las dos preguntas relativas al atractivo del paquete constituye una medición directa del desagrado que se siente por el paquete, en la segunda pregunta se pidió a los entrevistados que calificaran el atractivo del empaquetado actual "en comparación con el año anterior". A los participantes debió de haberles parecido extraña esa pregunta antes de la introducción del empaquetado genérico ya que no había habido ningún cambio significativo en el aspecto de sus paquetes de cigarrillos. Además, es probable que el hecho de pedir a los entrevistados comparaciones con el año anterior diese lugar a efectos de demanda, haciéndoles creer que los investigadores esperaban que advirtieran alguna diferencia. Por estos motivos, es probable que la primera pregunta directa proporcione una indicación mejor del atractivo del paquete, y mostró una repercusión mucho menor del empaquetado genérico de lo que hizo la segunda pregunta comparativa. Véase Paulhus, D. L. (1991). *Measurement and control of response bias*. En J.P. Robinson, P.R. Shaver & L. S. Wrightsman (editores), *Measures of personality and social psychological attitudes* (páginas 17-59). San Diego, CA: Academic Press.

[2510] (nota de pie de página del original) Merece la pena señalar de nuevo que las preguntas en que se comparan los atributos de paquetes, marcas o productos actuales con los del año anterior son problemáticas. Al pedir a los entrevistados que realicen dichas comparaciones, se les pide que busquen diferencias que pueden no haber mencionado espontáneamente. Habría sido mejor pedir simplemente a los participantes que calificaran los atributos del paquete y del producto en ocasiones diferentes (antes y después de la introducción del empaquetado genérico) y analizar los cambios directamente en lugar de pedir a los participantes que indicaran los cambios.

[2511] Informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 90-91. (no se reproducen las cursivas del original; sin cursivas en el original)

la satisfacción y el valor de sus cigarrillos" en comparación con el año anterior. Señalamos que estos expertos concluyen también que "estos indicadores del atractivo de los productos de tabaco mostraron efectos estadísticamente significativos de la introducción del empaquetado genérico y de las ASG más grandes *en el sentido hipotetizado*".[2512] Las pruebas empíricas disponibles relativas a la aplicación de las medidas TPP desde su entrada en vigor confirman, por lo tanto, más que desacreditan, el "sentido hipotetizado", es decir, la hipótesis reflejada en los trabajos sobre empaquetado genérico del tabaco de que el empaquetado genérico reduciría el atractivo de los productos de tabaco.

7.955. Ajzen *et al.* también analizan los resultados del NTPPTS y otros datos con respecto a la repercusión de las medidas TPP en la eficacia de las ASG y concluyen que son dispares y en general deficientes[2513]: señalan, entre otras cosas, que pese a que las pruebas presentadas parecen indicar que el empaquetado genérico y las ASG ampliadas no repercuten en el recuerdo de determinados riesgos del consumo de tabaco, los resultados también parecen indicar que las medidas TPP, conjuntamente con las ASG ampliadas, tuvieron una pequeña, pero estadísticamente significativa, repercusión positiva en la capacidad de recordar una enfermedad ilustrada en una ASG actual.[2514] Ajzen *et al.* también confirman los resultados plasmados en un estudio basado en datos del proyecto ITC, en que se profundiza sobre la magnitud de las repercusiones, que describen como "intermedia" con respecto a la orientación de la atención y la evitación de las ASG y "pequeña" con respecto a la visibilidad de las ASG y los comportamientos cognitivos.[2515] Ajzen *et al.* mencionan la posibilidad de que existan efectos de desgaste, pero no comprueban esta suposición.[2516]

7.956. Como se analiza en el apéndice A[2517], se encuentran pruebas empíricas sobre la repercusión de las medidas TPP en el atractivo de los cigarros (puros) y cigarritos (puritos) en un único trabajo examinado por homólogos, en el que un análisis estadístico descriptivo indica que los fumadores ocasionales de cigarros y cigarritos premium con una mayor exposición al empaquetado genérico del tabaco, los fumadores de cigarritos no premium y los participantes del estudio en línea señalaron que percibían un menor atractivo desde la implementación de las medidas TPP y las ASG ampliadas.[2518] Creemos que estas conclusiones son coherentes con las conclusiones publicadas en los estudios examinados por homólogos sobre los fumadores adultos de cigarrillos y los adolescentes que se examinan en el apéndice A. Además, no vemos fundamento alguno para rechazar estas pruebas en su totalidad.[2519]

7.957. Por lo que respecta a la visibilidad de las ASG, el mismo estudio examinado por homólogos concluye que 15 meses después de la introducción de las medidas TPP, los fumadores de cigarros y cigarritos expuestos al empaquetado genérico comunicaron una mayor visibilidad de las ASG y, en algunos casos, una mayor preocupación acerca de las advertencias sanitarias y de la evitación y el ocultamiento.[2520] Como se explica en el apéndice A, no vemos fundamento alguno para rechazar el estudio en su totalidad sobre la base de las críticas pertinentes.[2521] Además, las conclusiones generales sobre los fumadores de cigarros y cigarritos están en cierta medida en consonancia con los resultados comunicados en los demás trabajos examinados por homólogos donde se analiza la repercusión de la eficacia de las ASG en los fumadores adultos de cigarrillos.[2522]

7.958. En conjunto, nuestro análisis de las pruebas empíricas que tenemos a nuestra disposición relativas a la repercusión de las medidas TPP desde su entrada en vigor en los resultados proximales de interés, tal como se detalla en el apéndice A[2523], indica lo siguiente:

[2512] Informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 90-91. (sin cursivas en el original)
[2513] Véase el apéndice A, párrafo 68.
[2514] Apéndice A, párrafo 37.
[2515] Apéndice A, párrafo 46.
[2516] Apéndice A, párrafo 45.
[2517] Apéndice A, párrafo 24.
[2518] Apéndice A, párrafo 32.
[2519] Apéndice A, párrafo 32.
[2520] Apéndice A, párrafo 71.
[2521] Apéndice A, párrafo 71.
[2522] Apéndice A, párrafo 71.
[2523] Apéndice A, conclusiones generales, párrafo 86.

a. Las medidas TPP y las ASG as ampliadas han reducido de modo estadísticamente significativo el atractivo de los cigarrillos entre los fumadores adultos.

b. Las medidas TPP y las ASG ampliadas han aumentado de modo estadísticamente significativo la eficacia de las ASG por lo que respecta a la visibilidad de las advertencias sanitarias, la evitación de las etiquetas sanitarias gráficas y el ocultamiento del paquete entre los fumadores adultos de cigarrillos -aunque modestamente en el caso de algunos resultados-, mientras que la repercusión de las medidas TPP y las ASG ampliadas en las creencias de los fumadores adultos de cigarrillos relativas a la salud es relativamente más limitada y moderada.

c. Las medidas TPP y las ASG ampliadas han tenido repercusiones más dispares y limitadas con respecto a la capacidad del paquete de inducir a error a los fumadores adultos de cigarrillos sobre los efectos nocivos de fumar.

d. Mientras que las medidas TPP (junto con las ASG ampliadas) han contribuido de modo estadísticamente significativo a reducir el atractivo de los cigarrillos entre los adolescentes, la repercusión de las medidas TPP (con ASG ampliadas) en las creencias de los adolescentes relativas a la salud y en su procesamiento cognitivo de la información de advertencia en los paquetes de cigarrillos es mucho más limitada. De forma análoga, las repercusiones de las medidas TPP (y las ASG ampliadas) en la capacidad del paquete de inducir a error a los adolescentes sobre los efectos nocivos de fumar son más dispares y limitadas.

e. El atractivo percibido del empaquetado ha disminuido tras exponer a los fumadores de cigarros y cigarritos a las medidas TPP (y a las ASG ampliadas). Y ha aumentado la visibilidad de las advertencias sanitarias y el ocultamiento de paquetes entre los fumadores de cigarros y cigarritos, pero las pruebas relativas a las creencias sobre la salud son dispares.

7.2.5.3.6.2 Repercusión de las medidas TPP en los resultados relacionados con el abandono del tabaco y otros resultados distales

7.959. Las partes han presentado como pruebas documentales y han analizado varios estudios examinados por homólogos en que se investiga la repercusión posterior a su implementación de las medidas TPP y de las ASG ampliadas en las cogniciones relacionadas con el abandono del tabaco, el ocultamiento de paquetes y los intentos de abandono.[2524]

7.960. Australia afirma que estos estudios confirman que las medidas TPP han dado lugar a un aumento de las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco y del número de intentos de abandono.[2525] Australia además afirma que las características de determinados datos de los estudios son más adecuadas para detectar cambios en los resultados proximales (es decir, el atractivo de los productos de tabaco, la eficacia de las ASG y la capacidad del empaquetado de tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar) que en variables más distales, como las intenciones y los comportamientos relacionados con el abandono del tabaco.[2526]

7.961. Los reclamantes afirman que las medidas TPP no han tenido los efectos previstos en los antecedentes de comportamiento postulados por el marco conceptual de las medidas de empaquetado genérico del tabaco de Australia.[2527] En particular, los expertos de la República Dominicana e Indonesia afirman que más allá de las conclusiones obvias de que el paquete resulta

[2524] En algunos de estos trabajos también se analizan variables de resultados más proximales relacionadas con el atractivo, la eficacia de las ASG y la capacidad de los paquetes de inducir a error, que se examinan en el apéndice A de los presentes informes.

[2525] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 464.

[2526] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 371-375.

[2527] Véanse el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2); el segundo informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-4); el informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-6); el segundo informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN 8); el informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-122); y el segundo informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-165).

menos atractivo visualmente y de que la población con mayor frecuencia ve primero la ASG más grande, las pruebas empíricas muestran que las políticas han tenido pocos efectos, o ninguno en los antecedentes de comportamiento. Los reclamantes aducen además que las pruebas empíricas demuestran que las medidas TPP no han tenido ninguna repercusión en las variables relativas al abandono y la recaída.[2528] La República Dominicana e Indonesia presentaron informes de expertos dedicados a la revisión de una serie de trabajos examinados por homólogos donde se evalúa la repercusión de las medidas TPP en los resultados relacionados con el abandono del tabaco. En algunos casos, los expertos de los reclamantes también volvieron a analizar los datos utilizados en los estudios.[2529]

7.962. Además, los expertos de la República Dominicana y de Indonesia afirman que algunos estudios empíricos publicados en los que se basó Australia ofrecen una imagen inexacta de las pruebas empíricas. Según ellos, en algunos de estos trabajos no se indicaron los resultados correspondientes a más de la mitad de todas las variables disponibles del conjunto de datos de los estudios, que en una inmensa mayoría carecían de relevancia estadística, lo que da a entender que el empaquetado genérico no ha tenido ninguna repercusión en estas variables. Los reclamantes afirman que los autores de algunos de estos estudios tampoco explicaron que varios de los efectos estadísticamente significativos comunicados habían "desaparecido" al final del primer año de implementación de las medidas TPP como consecuencia de los efectos del desgaste. La República Dominicana e Indonesia además critican estos trabajos por no señalar la magnitud de los efectos estadísticamente significativos. Según sus expertos, la mayoría de los efectos estadísticamente significativos comunicados son pequeños, lo que da a entender que tienen poca importancia en la modificación de conductas. Los reclamantes también critican a los autores de uno de los estudios por haber eliminado los efectos de una tendencia diaria no existente en respuestas del estudio, lo que ha distorsionado el análisis al constatar efectos estadísticamente significativos erróneos.[2530]

7.963. Estas pruebas se analizan detalladamente en el apéndice B. En conjunto, nuestro examen de las pruebas empíricas de que disponemos con respecto a los resultados relacionados con el abandono del tabaco y otros resultados distales indica lo siguiente:

a. Las repercusiones de las medidas TPP y de las ASG ampliadas en las intenciones de abandono de los fumadores adultos de cigarrillos y en sus reacciones cognitivas relacionadas con el abandono son limitadas y dispares.

b. Las medidas TPP y las ASG ampliadas han tenido repercusiones positivas estadísticamente significativas en los comportamientos de evitación, como el ocultamiento de paquetes, entre los fumadores adultos de cigarrillos, mientras que sus repercusiones en comportamientos como apagar el cigarrillo y dejar de fumar son mucho más limitadas y dispares.

c. Pese a que las medidas TPP y las ASG ampliadas han aumentado de modo estadísticamente significativo las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco, las repercusiones observadas en los intentos de abandono son muy limitadas y dispares.

d. Las pruebas empíricas sobre la repercusión de las medidas TPP y las ASG ampliadas en los resultados relacionados con el abandono del tabaco entre los adolescentes son limitadas. Estas pruebas indican que las medidas TPP y las ASG ampliadas no han repercutido de modo estadísticamente significativo en que los adolescentes no fumen cigarrillos ni en sus ideas de abandonar el tabaco. No se han presentado pruebas empíricas sobre el ocultamiento de paquetes entre los fumadores adolescentes

[2528] Véanse el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 10-22; y el informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-122), párrafo 100.

[2529] Véanse el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2); el segundo informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-4); el informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-6); el segundo informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN 8); y el informe de Klick (Prueba documental UKR-5).

[2530] Véase el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 23-27.

e. Las pruebas empíricas sobre la repercusión de las medidas TPP y las ASG ampliadas en los resultados relacionados con el abandono del tabaco entre fumadores de cigarros y cigarritos son limitadas. Estas pruebas indican que ha aumentado la proporción de fumadores de cigarros y cigarritos premium y de fumadores de cigarritos no premium que han declarado haber pasado los cigarros y cigarritos de sus cajas a un humidificador o a un contenedor sin marca o que han ocultado su paquete, y ha habido un aumento de la proporción de fumadores de cigarritos no premium que contemplan dejar de fumar.

7.2.5.3.6.3 Repercusión de las medidas TPP en las conductas tabáquicas

7.964. Los reclamantes, en general, consideran que los datos sobre la prevalencia y las ventas de tabaco permiten una evaluación objetiva de los efectos reales que el cambio del aspecto de los productos de tabaco y su empaquetado tiene en las conductas.[2531]

7.965. La República Dominicana e Indonesia aducen que las pruebas empíricas sobre la aplicación de las medidas TPP desde su entrada en vigor indican que a la población le gustan menos los paquetes genéricos que los paquetes con marca, pero que esto no llega a todas las variables que evalúan el atractivo de los productos de tabaco, ya que el empaquetado genérico no influye en el atractivo del hábito de fumar y casi no tiene ningún efecto en el atractivo del paquete y de los productos de tabaco entre los adolescentes no fumadores.[2532] Ajzen *et al.*, en un informe de experto presentado por Honduras y la República Dominicana, aducen además que las medidas TPP no han tenido ninguna repercusión positiva ulterior en las intenciones e intentos de abandono de los fumadores, y no han dado lugar a cambios en la conducta tabáquica real de los fumadores.[2533]

7.966. Australia considera que, en las primeras etapas de la introducción de las medidas, la mejor manera de medir sus resultados es sobre la base de experimentos y estudios que analizan los determinantes de la elección, las actitudes y la elicitación de las intenciones conductuales. No obstante, elaboró un análisis econométrico sobre datos relativos a la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco desde la entrada en vigor de las medidas TPP.

7.967. Analizamos a continuación las pruebas de que disponemos sobre la evolución de la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco en Australia desde la entrada en vigor de las medidas TPP.

Repercusión de las medidas TPP en la prevalencia del consumo de tabaco

7.968. Varios informes de expertos presentados por las partes están dedicados en parte o en su totalidad a realizar una evaluación de la contribución de las medidas TPP a la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco.[2534] Estos informes de expertos se basan en distintas bases de datos, análisis estadísticos y métodos econométricos para determinar si el empaquetado genérico

[2531] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 48-50; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 31; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 40; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 112-117.

[2532] Véase el informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-6), párrafos 44-51.

[2533] Véase el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 167-173 y 221-224.

[2534] Véanse el informe de Chipty (Prueba documental AUS-17); el informe suplementario de Chipty (Prueba documental AUS-511); el informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-535) (IEC); el informe de contrarréplica de Chipty (Prueba documental AUS-586); el segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591); el tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605); el informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582); el tercer informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-604); el informe de List (Prueba documental DOM/IDN-1); el informe de réplica de List (Prueba documental DOM/IDN-3); el segundo informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-5); el tercer informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-7); el informe resumido de List (Prueba documental DOM/IDN-9); el informe del IPE (Prueba documental DOM-100); el informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-303); el segundo informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-361); el tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375); el informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379); el informe de Klick (Prueba documental UKR-5); el informe de réplica de Klick (Prueba documental HND-118); el informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-122); el segundo informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-165); el tercer informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-166); y el cuarto informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-169).

del tabaco y las ASG ampliadas han contribuido a una reducción de la prevalencia del consumo de tabaco.

7.969. Los reclamantes aducen que los estudios generales empíricos, estadísticos y econométricos realizados por sus expertos concluyen que las medidas TPP no han reducido la prevalencia del consumo de cigarrillos y cigarros.[2535] Los reclamantes asimismo indicaron inicialmente que las medidas TPP "surtían el efecto opuesto al deseado" al aumentar la prevalencia del consumo de tabaco entre la juventud[2536], aunque abandonaron este argumento en etapas posteriores del procedimiento.

7.970. Pese a su posición de que en las primeras etapas de la introducción de las medidas, la forma más adecuada de distinguir sus efectos es basándose en experimentos y estudios que analizan los determinantes de la elección, las actitudes y, en última instancia, la elicitación de las intenciones conductuales, Australia elaboró una estimación econométrica de la repercusión de las medidas TPP en la prevalencia del consumo de tabaco, en respuesta a las afirmaciones de los reclamantes.[2537] Australia aduce que si se utiliza el conjunto de datos más adecuado disponible y se corrigen los errores de los modelos econométricos presentados por los expertos de los reclamantes, los resultados muestran que las medidas TPP ya han contribuido a reducir la prevalencia del consumo de cigarrillos y cigarros.[2538]

7.971. Los enfoques propuestos por las partes para analizar las tendencias en la prevalencia del consumo de tabaco evolucionaron a lo largo del procedimiento. En conjunto, abordan los tres aspectos principales siguientes, que se examinan detalladamente en el apéndice C:

a. Primero, las partes han presentado cifras económicas y análisis descriptivos de estadísticas destinados a determinar si la prevalencia del consumo de tabaco ha disminuido después de la implementación de las medidas TPP.

b. Segundo, Australia, la República Dominicana, Honduras e Indonesia han presentado análisis estadísticos para determinar si se produjo una interrupción en la tendencia de la prevalencia del consumo de tabaco después de la implementación de las medidas TPP y, en particular, si la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco se ha acelerado después de la implementación de las medidas TPP.

c. Por último, Australia, la República Dominicana, Honduras e Indonesia han presentado análisis econométricos para determinar si las medidas TPP han contribuido a una reducción de la prevalencia del consumo de tabaco, separando y cuantificando los diferentes factores que pueden explicar la evolución de la prevalencia del consumo de tabaco.

7.972. Sobre la base de un examen de los datos más recientes disponibles y de las pruebas econométricas presentadas por las partes, como se detalla en el apéndice C, constatamos lo siguiente:

a. Hay pruebas de que la prevalencia general del consumo de tabaco en Australia siguió disminuyendo después de la introducción de las medidas TPP.

[2535] Véanse la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 56-60; las observaciones de la República Dominicana sobre las respuestas a las preguntas del Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva, párrafos 681-682; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 276-277; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 192.

[2536] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 395; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 523; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 163; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 412.

[2537] Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 670. En cambio, Australia alegó que la repercusión del empaquetado genérico tenía que investigarse mediante su mecanismo observando su repercusión en resultados no conductuales: 1) reducción del atractivo de los productos de tabaco, 2) aumento de la eficacia de las advertencias sanitarias y 3) reducción de la capacidad del paquete de inducir a error. Australia remitió a la serie de estudios examinados por homólogos publicados en la revista *Tobacco Control*.

[2538] Véanse las observaciones de Australia sobre la respuesta de los reclamantes a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafo 214.

b. La tendencia a la baja de la prevalencia general del consumo de tabaco en Australia parece haberse acelerado en el período posterior al empaquetado genérico del tabaco.

c. Pese a que no es posible distinguir entre la repercusión del empaquetado genérico del tabaco y la repercusión de las ASG ampliadas sobre la base de las pruebas empíricas presentadas, algunas pruebas econométricas indican que las medidas TPP, junto con las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo, contribuyeron a la reducción de la prevalencia general del consumo de tabaco, incluida la prevalencia del consumo de cigarros, desde su entrada en vigor.

Repercusión de las medidas TPP en el consumo y el volumen de ventas de productos de tabaco

7.973. Varios informes de expertos están dedicados en parte o en su totalidad a realizar un análisis de pruebas relativas a la evolución del consumo de productos de tabaco desde la entrada en vigor de las medidas TPP.[2539] Se han propuesto diferentes bases de datos, análisis estadísticos y métodos econométricos para determinar si el empaquetado genérico del tabaco y las ASG ampliadas han contribuido a la reducción del consumo de cigarrillos.

7.974. Al igual que sucede con respecto al análisis de la prevalencia del consumo de tabaco, uno de los únicos puntos en que las partes están de acuerdo es que en las pruebas econométricas empíricas presentadas sobre el consumo de cigarrillos no distingue entre la repercusión del empaquetado genérico del tabaco y la repercusión de las ASG ampliadas en las ventas o el consumo de cigarrillos, porque ambas medidas se implementaron exactamente en el mismo momento.[2540]

7.975. Los reclamantes aducen que todos los estudios empíricos estadísticos y econométricos de sus expertos muestran que las medidas TPP no redujeron el volumen de ventas o el consumo de cigarrillos.[2541] Los reclamantes incluso indicaron inicialmente que las medidas TPP "surtían el efecto opuesto al deseado" al aumentar las ventas de tabaco.[2542] No obstante, este argumento no se desarrolló posteriormente en el procedimiento.

7.976. Pese a su afirmación de que era demasiado pronto para investigar la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en el consumo de tabaco, Australia presentó informes de expertos en que se estima la repercusión de las medidas TPP en la venta de cigarrillos, como respuesta a las afirmaciones de los reclamantes.[2543] Australia afirma que cuando se utilizan los

[2539] Véanse el informe de Chipty (Prueba documental AUS-17); el informe suplementario de Chipty (Prueba documental AUS-511); el informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-535) (IEC); el informe de contrarréplica de Chipty (Prueba documental AUS-586); el segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591); el tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605); el informe de List (Prueba documental DOM/IDN-1); el informe de réplica de List (Prueba documental DOM/IDN-3); el segundo informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-5); el tercer informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-7); el informe resumido de List (Prueba documental DOM/IDN-9); el informe del IPE (Prueba documental DOM-100); el informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-303); el segundo informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-361); el tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375); el informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379); el informe de Klick (Prueba documental UKR-5); el informe de réplica de Klick (Prueba documental HND-118); el informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-122); el segundo informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-165); el tercer informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-166); el cuarto informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-169); el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2); y el segundo informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-4).

[2540] Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 518; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 8 del Grupo Especial, párrafo 61; las respuestas de Honduras a la pregunta 8 del Grupo Especial; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 8 del Grupo Especial, párrafo 8.

[2541] Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre las respuestas a las preguntas del Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva, párrafos 681-682; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 56-60; la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 192; y la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 276-277.

[2542] Véanse la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 412; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 163; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 523; y la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 395.

[2543] Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 670. En cambio, Australia alegó que la repercusión del empaquetado genérico del tabaco tenía que investigarse mediante su mecanismo observando

conjuntos de datos más adecuados disponibles (es decir, los datos de In-Market-Sales) y se corrigen los errores de los modelos econométricos presentados por los reclamantes, los resultados econométricos muestran que las medidas TPP ya han contribuido a sus objetivos reduciendo el volumen de ventas de cigarrillos.[2544]

7.977. De forma análoga a lo que ocurre con el análisis sobre la prevalencia del consumo de tabaco, los enfoques presentados por las partes para analizar el volumen de ventas y el consumo de cigarrillos evolucionaron durante el procedimiento. En conjunto, estos enfoques abordan tres aspectos principales, que se examinan detalladamente en el apéndice D:

a. Primero, las partes han presentado cifras económicas y análisis descriptivos de estadísticas destinados a determinar si las ventas o el consumo de cigarrillos han disminuido después de la aplicación de las medidas de empaquetado genérico del tabaco.[2545]

b. Segundo, Australia, la República Dominicana e Indonesia han presentado análisis estadísticos para determinar si se produjo una interrupción en la tendencia de las ventas de cigarrillos después de la implementación de las medidas TPP y, en particular, si la reducción de los volúmenes de ventas de cigarrillos se ha acelerado en el período posterior al empaquetado genérico del tabaco.

c. Por último, Australia, la República Dominicana, Honduras e Indonesia han presentado análisis econométricos para determinar si las medidas TPP han contribuido a una reducción de las ventas o el consumo de cigarrillos, separando y cuantificando los diferentes factores que pueden explicar la evolución de las ventas o el consumo de cigarrillos.

7.978. Las partes también presentaron y examinaron un análisis gráfico y descriptivo sobre datos relativos al comercio de cigarros.

7.979. En conjunto, sobre la base de un examen de los datos más recientes disponibles y las pruebas presentadas por las partes[2546], tal como se detalla en el apéndice D, constatamos lo siguiente:

---

su repercusión en resultados no conductuales: 1) reducción del atractivo de los productos de tabaco, 2) aumento de la eficacia de las advertencias sanitarias y 3) reducción de la capacidad del paquete de inducir a error. Australia remitió a la serie de estudios examinados por homólogos publicados en la revista *Tobacco Control*.

[2544] Véanse las observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas del Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva, párrafo 214.

[2545] Señalamos que las partes también presentaron datos sobre el valor y el volumen de las importaciones de tabaco australianas, incluidos cigarros y cigarritos. Véanse el informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC); la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 5 del Grupo Especial; la respuesta de Honduras a la pregunta 5 del Grupo Especial; la respuesta de Cuba a la pregunta 5 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial); y la respuesta de Indonesia a la pregunta 5 del Grupo Especial. Estos datos no se examinan aquí porque no se utilizaron en los informes econométricos presentados por las partes.

[2546] Tomamos nota de los análisis teóricos y de las simulaciones basados en datos anteriores a la implementación de los informes de expertos presentados por el Profesor Neven y el Profesor Katz relativos al efecto de las medidas TPP en el consumo, entre otras variables de resultados. Véanse el informe de Neven (Prueba documental UKR-3 (IEC); el informe de réplica de Neven (Prueba documental HND-123); el informe de Katz (Prueba documental AUS-18); y el informe de contrarréplica de Katz (Prueba documental AUS-584). Por lo que respecta al análisis teórico, señalamos que el Profesor Neven y el Profesor Katz llegan a conclusiones diferentes con respecto a los efectos del empaquetado genérico en el precio de los cigarrillos y el consumo. En opinión del Profesor Katz, los precios aumentarán mientras los fabricantes respondan al empaquetado genérico "recolectando" fumadores cautivos, y el consumo disminuirá. El Profesor Neven, por el contrario, aduce que 1) la estrategia de recolección tiene características muy concretas y no se corresponde con la reacción que normalmente cabe esperar de los productores; 2) en el mercado de tabaco australiano, con marcas fuertes y débiles, una estrategia de recolección reforzaría el cambio a productos de menor precio al aumentar el precio de los cigarrillos premium respecto del de las marcas asequibles; 3) el aumento del precio asociado a una estrategia de recolección probablemente será transitorio y, a largo plazo, los precios probablemente disminuirán. Su predicción es que el empaquetado genérico disminuirá el precio de los cigarrillos y aumentará el consumo.

a. Algunas pruebas indican que las ventas de cigarrillos en Australia siguieron disminuyendo después de la introducción de las medidas TPP.

b. La tendencia a la baja de las ventas de cigarrillos en Australia parece haberse acelerado en el período posterior al empaquetado genérico del tabaco.

c. Pese a que no es posible distinguir entre la repercusión del empaquetado genérico del tabaco y la de las ASG ampliadas, algunas pruebas econométricas indican que las medidas TPP, junto con las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo, contribuyeron a la reducción de las ventas de cigarrillos al por mayor y, por consiguiente, del consumo de cigarrillos, después de su entrada en vigor.

d. Las pruebas de que disponemos sobre la evolución del consumo de cigarros en el período posterior al empaquetado genérico del tabaco son más limitadas y no nos permiten extraer conclusiones claras sobre el efecto de las medidas TPP en el consumo de cigarros en Australia.

7.2.5.3.6.4 Conclusión general sobre las pruebas relativas a la aplicación de las medidas TPP desde su entrada en vigor

7.980. Al evaluar la repercusión de las medidas TPP desde su entrada en vigor, todas las partes reconocen la dificultad intrínseca que entraña separar sus efectos de los de otros factores que contribuyen a los resultados de interés, tanto proximales como más distales. En particular, la aplicación simultánea de las ASG ampliadas, que entraron en vigor al mismo tiempo que las medidas TPP, dificulta una evaluación del efecto real de las medidas TPP.

7.981. A este respecto, las observaciones del Órgano de Apelación sobre las dificultades que entraña separar la contribución de una medida adoptada en el contexto de una política global son especialmente pertinentes:

> Reconocemos que solo es posible hacer frente a algunos problemas complejos ambientales o de salud pública con una política global que comprenda una pluralidad de medidas en interacción. A corto plazo, podría resultar difícil separar la contribución a los objetivos ambientales o de salud pública de una medida concreta de los imputables a las demás medidas que forman parte de la misma política global.

Con respecto a las simulaciones, el Profesor Neven presupone que el empaquetado genérico tiene, por una parte, un efecto moderado en la disposición de los consumidores a pagar, pero, por otra parte, reduce significativamente las diferencias, lo que genera una disminución del precio suficiente para inducir a un aumento general del consumo. En su informe de réplica, el Profesor Katz observa que los precios han aumentado y el consumo ha disminuido en el año posterior a la implementación del empaquetado genérico. Además, muestra que, con arreglo a un conjunto de hipótesis diferentes, el modelo del Profesor Neven puede generar los efectos observados. El Profesor Neven responde que el tiempo transcurrido es insuficiente para que los efectos a largo plazo del empaquetado genérico se hayan materializado y que el método de simulación debe considerarse como un método alternativo que se centra en los efectos a largo plazo y, por lo tanto, aporta pruebas que complementan el análisis empírico *ex post*. Informe de réplica de Neven (Prueba documental HND-123), párrafo 6.

Observamos que, en función de las hipótesis seleccionadas, el modelo del Profesor Neven puede predecir que el empaquetado genérico aumentará el consumo de cigarrillos, o bien que lo disminuirá. El Profesor Neven y el Profesor Katz discrepan sobre cómo afecta el empaquetado genérico en la disposición de los consumidores a pagar, es decir, en la importancia relativa del efecto de "expansión del mercado" en comparación con el efecto de "robo de mercado". Asimismo, discrepan sobre cómo ajustan los productores sus precios en respuesta al empaquetado genérico, lo que explica por qué realizan predicciones diferentes en relación con los efectos del empaquetado genérico en el consumo. Además, discrepan sobre cómo deberían sopesarse los efectos a largo plazo frente a los efectos a corto plazo en el caso de que sean diferentes. En nuestra opinión, ni el análisis teórico ni las simulaciones aportan pruebas concluyentes que contradigan las constataciones formuladas por el Grupo Especial sobre la base del resto de las pruebas que se han presentado. Señalamos que, con respecto al proceso de sopesar los resultados a corto y a largo plazo, el Profesor Neven no explica por qué su modelo realiza predicciones a largo plazo más que a corto plazo, donde el largo plazo se define como lo que podría ocurrir después de transcurridos "al menos una serie de años". Informe de Neven (Prueba documental UKR-3), nota 41. Sobre este punto concreto, su opinión se aparta de la de los reclamantes, que habitualmente aducen que los efectos del empaquetado genérico deberían ponerse de manifiesto poco después de su implementación. Además, no explica, en la medida en que el empaquetado genérico genere efectos positivos a corto plazo, cómo deben sopesarse estos efectos positivos frente a sus efectos a largo plazo. Véanse, por ejemplo, los párrafos 7.1181 y 7.1215.

> Además, los resultados de determinadas acciones -por ejemplo de medidas adoptadas para atenuar el calentamiento global y el cambio climático, o de determinados actos preventivos encaminados a reducir la incidencia de enfermedades que solo pueden manifestarse después de transcurrido un cierto período- solo pueden evaluarse contando con el concurso del tiempo.[2547]

7.982. Asimismo, señalamos las observaciones del Órgano de Apelación relativas al tipo de pruebas que pueden ser pertinentes, en tales situaciones, para establecer que la medida en cuestión contribuye a la protección de los objetivos ambientales o de salud pública perseguidos, incluidas "pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente", así como "proyecciones cuantitativas de futuro o [] razonamientos cualitativos basados en un conjunto de hipótesis que sean acreditados y apoyados por prueba suficiente".[2548]

7.983. Como se ha analizado *supra*, está previsto que las medidas TPP, por su diseño, funcionen conjuntamente con otra serie de medidas de control del tabaco, entre otras, ASG eficaces. En este contexto, parece inevitable que la evaluación de los resultados efectivos se haga en presencia de estas otras medidas, incluidas las ASG, lo que cabe esperar que afecte al menos en cierto grado a la capacidad de separar el efecto del empaquetado genérico, aplicado en presencia de estas ASG.

7.984. Pese a esta limitación, consideramos que las pruebas que tenemos ante nosotros informan convenientemente la contribución, en el momento de nuestra evaluación, de las medidas TPP al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y su exposición a estos productos. Como se ha descrito *supra*, se ha presentado, y analizado, un conjunto de pruebas en estos procedimientos que trata de identificar los efectos de las medidas TPP desde su entrada en vigor. Como se analiza detalladamente en los apéndices A a D, estas pruebas se refieren a cada uno de los resultados proximales de interés (atractivo de los productos de tabaco, eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de los productos de tabaco), a algunos resultados conductuales relacionados con el tabaco y a conductas tabáquicas reales (ventas y consumo de productos de tabaco y prevalencia de fumadores).

7.985. Señalamos que algunas de las conclusiones comunicadas sobre los resultados proximales, o "no conductuales", son dispares. No obstante, las pruebas que tenemos ante nosotros, incluido un examen realizado por los propios expertos de los reclamantes de los datos recogidos en un estudio nacional de seguimiento llevado a cabo específicamente para evaluar la repercusión de las medidas TPP, son compatibles con la opinión de que, junto con las ASG ampliadas, estas medidas han dado lugar en particular a una reducción del atractivo de los productos de tabaco, como se hipotetizó en las publicaciones sobre empaquetado genérico del tabaco, y a una mayor visibilidad de las ASG.

7.986. El hecho de que las tendencias a la baja preexistentes de la prevalencia de fumadores y las ventas y el consumo globales de productos de tabaco no solo continuasen, sino que se acelerasen desde la implementación de las medidas TPP, y de que las medidas TPP y las ASG ampliadas tuviesen una repercusión negativa y estadísticamente significativa en la prevalencia del consumo de tabaco y las ventas de cigarrillos al por mayor, también es coherente con la hipótesis de que las medidas han tenido una repercusión en las conductas tabáquicas reales, pese al hecho de que cabría esperar que algunos de los resultados conductuales pretendidos se pongan de manifiesto tras un período más prolongado. Señalamos a este respecto las limitadas pruebas en nuestro poder que abordan la relación entre los resultados proximales observados y las conductas tabáquicas reales, lo que indica que será necesario realizar otro análisis a este respecto.

7.2.5.3.7 Repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito

7.2.5.3.7.1 Principales argumentos de las partes

7.987. Honduras aduce que "un aumento en el consumo de productos de tabaco ilícitos también significa un aumento en la prevalencia del tabaco en general en Australia"[2549], lo que socava

[2547] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151. (no se reproduce la nota de pie de página)
[2548] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.
[2549] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 564.

directamente "el objetivo perseguido por Australia mediante las medidas de empaquetado genérico, es decir, la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco".[2550] Honduras afirma que las medidas TPP han alentado a operadores ilícitos a seguir vendiendo paquetes con marca ilícitos y a introducir paquetes genéricos ilícitos que imitan los paquetes que cumplen las normas[2551], y crean oportunidades para que los operadores ilegales oferten productos "con el mismo formato de marca completa que se utilizaba antes de la adopción de las medidas de Australia".[2552] Basándose en el informe de CMZ, Honduras añade que "[l]a necesidad de marcas familiares también puede traducirse en una mayor demanda de paquetes con marca falsificados".[2553] En opinión de Honduras, engañar a los fumadores "puede resultar cada vez más sencillo en un entorno de empaquetado genérico ya que los fumadores, con el paso del tiempo, empiezan a estar menos familiarizados con el aspecto de los productos que llevan la marca completa".[2554] Además, Honduras aduce que las medidas TPP han fomentado la oferta de una categoría de productos conocidos como "blancos ilícitos" tanto con el formato de marca completa como de paquetes genéricos.[2555] Honduras también aduce que las medidas TPP fomentan no solo la oferta de productos ilícitos, sino también la demanda por el consumidor de estos productos debido a la sensibilidad a los precios y a la pérdida de la fidelidad a la marca.[2556]

7.988. La República Dominicana aduce que las medidas TPP probablemente han aumentado los niveles de comercio ilícito en Australia.[2557] En apoyo de esta afirmación, la República Dominicana se basa en un informe elaborado por KPMG titulado "*Illicit Tobacco in Australia*" ("Tabaco ilícito en Australia") (informe de KPMG)[2558] que indica el aumento relativo de determinadas categorías de productos de tabaco ilícitos, así como datos sobre decomisos de los Servicios de Aduanas y Protección de Fronteras de Australia (ACBPS) que indican un aumento de la detección de comercio ilícito entre el período 2011/2012 y el período 2012/2013.[2559]

7.989. La República Dominicana aduce además que las medidas TPP "promueven las oportunidades de competencia de los productores *ilegales* a costa de los productores *legales*"[2560] porque "solo en el mercado ilícito puede haber ofertas de productos con marca en un entorno de empaquetado genérico".[2561] Haciendo referencia a un informe de experto elaborado por los Profesores Chaudhry, Murray y Zimmerman (informe de CMZ)[2562], presentado conjuntamente con Honduras, aduce que los productos ilícitos falsificados son cada vez más fáciles de producir y más difíciles de detectar[2563] y que el precio inferior del tabaco ilícito resulta más atractivo para los consumidores en el marco de las medidas TPP.[2564]

7.990. Cuba afirma que las medidas TPP no han reducido el hábito de fumar y que el comercio ilícito se ha incrementado sustancialmente en Australia desde la introducción de las medidas TPP.[2565]

7.991. Indonesia aduce que las medidas TPP están contribuyendo a que "se pase del consumo de productos de tabaco con marca más caros" al de, entre otros, productos ilícitos.[2566] Haciendo

[2550] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 564.
[2551] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 551.
[2552] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 552. Honduras aduce que los consumidores que traten de comprar sus marcas preferidas con el mismo formato que antes de la implementación de las medidas TPP "pueden ahora optar por comprar un producto de contrabando, aunque esto signifique entrar en el mercado ilícito por primera vez". Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 554.
[2553] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 555.
[2554] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 555. Véanse también *ibid.* los párrafos 557-558.
[2555] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 556 y 559-560.
[2556] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 561.
[2557] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 534.
[2558] KPMG, "*Illicit Tobacco in Australia: 2013 Full Year Report*" (3 de abril de 2014) (Informe de KPMG 2013) (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 6.
[2559] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 541.
[2560] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 549. (las cursivas figuran en el original)
[2561] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 544.
[2562] P. Chaudhry, A. Murray y A. Zimmerman, "*The Impact of Plain Packaging on the Illicit Trade in Tobacco Products in Australia*", 22 de septiembre de 2014 (informe de CMZ) (Prueba documental DOM/HND-2).
[2563] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 546-549.
[2564] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 545.
[2565] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 153.
[2566] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 117.

referencia al informe de KPMG, aduce que el nivel de consumo de tabaco ilegal en Australia "alcanzó niveles récord, con un aumento del 11,8% en 2012 al 13,9% en 2013". Afirma que el "factor clave que motiva este crecimiento ha sido un aumento de un 151% del consumo de tabaco *ilegal con marca*", lo que "equivale a una pérdida de 1.100 millones de dólares australianos anuales para el tesoro australiano".[2567]

7.992. Australia responde que, contrariamente a lo que afirman los reclamantes, "las pruebas indican que el tabaco ilícito no constituye una parte significativa del mercado australiano y que la medida de empaquetado genérico del tabaco no ha tenido ni probablemente tendrá ningún efecto apreciable en el consumo de tabaco ilícito en Australia".[2568] Australia se basa en el informe de experto del Profesor Chaloupka[2569], que señala los "graves errores metodológicos" y la significativa sobreestimación del "tamaño del mercado de tabaco ilícito en Australia" contenidos en el informe KPMG.[2570] Australia además afirma que el costo de suministrar tabaco ilícito en Australia es elevado, dado su "riguroso control sobre la cadena de distribución del tabaco, la efectiva exigencia del cumplimiento de las políticas destinadas al comercio de tabaco ilícito, la sólida gobernanza y los bajos niveles de corrupción, así como la baja demanda de tabaco ilícito entre los fumadores australianos".[2571] Australia cuestiona la alegación de que "la medida de empaquetado genérico del tabaco dificulta aún más la detección de productos de tabaco ilícitos" por considerarla "totalmente especulativa" y "en directa contradicción con las pruebas que indican una tendencia al alza del número de detecciones" por los ACBPS después de la introducción de las medidas TPP.[2572]

7.2.5.3.7.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.993. En apoyo de su afirmación de que el aumento del comercio ilícito de productos de tabaco socava cualquier contribución de las medidas TPP a su objetivo, los reclamantes presentan y pruebas e informes de expertos que incluyen estimaciones empíricas del tamaño del mercado ilícito de tabaco en Australia, así como opiniones de expertos relativas a la cuestión de si las medidas TPP exacerban determinados factores que contribuyen al comercio ilícito de productos de tabaco.

7.994. Con respecto a las estimaciones empíricas del tamaño del mercado de tabaco ilícito en Australia, los reclamantes se basan principalmente en un informe elaborado por KPMG (el informe de KPMG) encargado por BATA, Imperial Tobacco Australia Limited (ITA) y Philip Morris Limited (PML).[2573] La finalidad específica del informe de KPMG era "ofrecer un panorama general de la naturaleza y la dinámica de los mercados de tabaco legal e ilícito en Australia" y "presentar una estimación independiente del tamaño del mercado de tabaco ilícito en Australia".[2574]

[2567] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 120.

[2568] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 653.

[2569] F. Chaloupka, "*Expert Report on Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation*", 6 de marzo de 2015 (informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito) (Prueba documental AUS-8).

[2570] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 654. Véase también el informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafos 10(d) y 78-79.

[2571] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 655. Véase también el informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafos 35-66.

[2572] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 657.

[2573] Honduras, la República Dominicana e Indonesia presentaron, cada una de ellas, informe de KPMG correspondiente al año 2013 completo sobre el tamaño del mercado de tabaco ilícito en Australia, que forma parte de una serie de informes posteriores a la introducción de las medidas TPP elaborados por KPMG. Las estimaciones ofrecidas en este informe se calcularon sobre la base del enfoque adoptado en el informe correspondiente al primer semestre de 2013, utilizando todos los datos disponibles recopilados en 2013. Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 6. Honduras además presentó el informe correspondiente al año 2014 completo en el que se utiliza el mismo método que en informes anteriores. KPMG, "*Illicit Tobacco in Australia: 2014 Full Year Report*" (27 de marzo de 2015) (Prueba documental HND-148), página 6. El Grupo Especial se basa en su análisis de la versión del informe correspondiente al año 2013 completo, que fue la base principal de los argumentos de los reclamantes relativos a las estimaciones empíricas del tamaño del mercado de tabaco ilícito en Australia.

[2574] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 7.

7.995. En el informe de KPMG se analizan dos tipos principales de productos de tabaco *legales* dentro del consumo total de tabaco: i) los *cigarrillos liados* vendidos en paquetes y ii) *las hebras* de *tabaco* vendidas en petacas que se consumen utilizando papeles de liar o tubos.[2575]

7.996. Con respecto al consumo de tabaco *ilícito*, en el informe de KPMG se hace referencia a tres categorías de productos de tabaco[2576]:

a. "Tabaco sin marca", que se vende como picadura fina de hebras de tabaco que, generalmente, se introduce de manera clandestina procedente de países extranjeros, incluidos el denominado "*chop chop*" (hebras de tabaco sin marca que se venden en bolsas) y el tabaco sin marca que se vende en tubos rellenos.

b. Productos de tabaco "falsificados", que consisten en cigarrillos liados introducidos clandestinamente en Australia y que llevan una marca sin el consentimiento del titular de la marca de fábrica o de comercio.

c. Productos de tabaco de "contrabando", que consisten principalmente en cigarrillos auténticos fabricados legalmente fuera de Australia e introducidos clandestinamente en el mercado australiano. Esta categoría incluye los cigarrillos que se compran legalmente en el extranjero, pero que se importan en cantidad superior al límite permitido de importación personal sin pagar derechos.[2577] Esta categoría también incluye las denominadas "marcas blancas ilícitas", término utilizado para las marcas de cigarrillos liados que no están disponibles legalmente en el mercado local, pese a que pueden ser legales en el lugar de fabricación, y que se elaboran con frecuencia exclusivamente para el contrabando.

7.997. A fin de hacer una estimación del tamaño del mercado de tabaco ilícito, en el informe de KPMG se utilizaron fuentes de datos y métodos diferentes para estas categorías diferentes de consumo de tabaco ilícito. Respecto del tabaco sin marca, KPMG utilizó un "enfoque de modelos de consumo" basado en los resultados de una encuesta de consumidores.[2578] Los resultados de la encuesta se basaron en las declaraciones sobre las compras de tabaco sin marca ilícito, la frecuencia media de compras por año y el volumen medio comprado en cada ocasión.[2579]

7.998. Respecto de los cigarrillos liados ilícitos (falsificados y de contrabando), se realizó un análisis de una encuesta de paquetes vacíos (EPS) basado en la recogida de paquetes de cigarrillos desechados en Australia en 2013.[2580] El enfoque EPS entrañó la recogida de 12.000 paquetes de cigarrillos en 2013 en 16 pueblos y ciudades de Australia.[2581] Cada paquete recogido fue evaluado

[2575] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 9.

[2576] Véase el informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 9.

[2577] A este respecto, en el informe de KPMG se señala que "los consumidores importan en Australia una cantidad de tabaco pequeña para su propio consumo personal". Basándose en el "bajo límite permitido" de 50 cigarrillos o 50 gramos de hebras de tabaco que pueden introducirse en Australia sin pagar el impuesto especial, en el informe de KPMG se afirma que "el volumen legal no nacional probablemente representa una proporción pequeña del consumo". Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 12. Véase también *ibid.*, el apéndice A2.4.

[2578] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 27. La encuesta de consumidores fue realizada por Roy Morgan Research, una empresa de estudios de mercado australiana, mediante entrevistas en línea asistidas por ordenador realizadas a una muestra de 2.116 adultos encuestados tomados de los 10.286 que respondieron a un contacto inicial enviado a la base de encuestados de Roy Morgan Research. Esta muestra de encuestados se limitó a las personas mayores de 18 años que son "fumadores habituales", lo que se definió como una persona que fuma productos de tabaco al menos cinco días a la semana. Véase *ibid.*, página 32.

[2579] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 33. Véase también *ibid.*, el apéndice A1.1.

[2580] Véase el informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), páginas 25 y 27.

[2581] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 25. En particular, los paquetes vacíos se recogieron "sobre una base proporcional en varios barrios ... de las calles y papeleras públicas de fácil acceso de zonas del plan de muestreo". Estos barrios se "seleccionaron de modo que fueran representativos de la ciudad que era muestreada". Los paquetes "se recogieron con independencia de su marca y país de origen" y "se han excluido del plan de muestreo las viviendas, las oficinas y otros lugares, como los estadios". *Ibid.*, página 34.

para determinar si era un producto nacional o no nacional y si era un producto original o falsificado.[2582] Como se explica en el informe de KPMG, la EPS "se utiliza para extrapolar el consumo total en el mercado haciendo una proyección de las ventas nacionales legales" y "[l]os porcentajes de paquetes no nacionales y falsificados se suman a este total a fin de establecer el consumo total en Australia de cigarrillos liados".[2583] En el informe de KPMG se explica además que la "pequeña proporción" de "cigarrillos legales no nacionales", a saber, los introducidos legalmente en Australia por turistas o australianos que han viajado al extranjero, se estima sobre la base de estadísticas de viajes llevadas a cabo por la Oficina de Estadística de Australia (ABS).[2584] Estos "cigarrillos legales no nacionales" se eliminan del volumen total "no nacional" para que quede el mercado total de cigarrillos liados ilícitos, compuesto por los cigarrillos de contrabando y falsificados.[2585]

7.999. Sobre la base de estos análisis, el informe de KPMG concluye que el consumo de tabaco ilícito en Australia aumentó al 13,9% como proporción del consumo total en 2013.[2586] Según las estimaciones que hace sobre la base de varias fuentes, el informe de KPMG presenta esto como un aumento de la proporción de consumo de tabaco ilícito desde el 11,8% de 2012, siendo las estimaciones de años anteriores del 12,4% en 2011; 12,8% en 2010; 9,1% en 2009 y 8,3% en 2007.[2587]

7.1000. El informe de KPMG concluye que, dentro del mercado de tabaco ilícito, en 2013 los cigarrillos liados de contrabando constituían el 52% del consumo ilícito total, mientras que los cigarrillos liados falsificados y las hebras de tabaco sin marca constituían el 6% y el 42% respectivamente del total.[2588] Sobre la base de sus métodos principales para cada categoría, el informe de KPMG estima además que el mercado de cigarrillos liados ilícitos aumentó un 151% de 2012 a 2013 (compuesto por un aumento del 148% de los cigarrillos de contrabando[2589] y un

[2582] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 25. Como se explica en el informe de KPMG, los paquetes recogidos en la EPS son examinados por las empresas participantes, las cuales son capaces de identificar los paquetes que son versiones falsificadas de sus productos. *Ibid.*, el apéndice A1.2.1.

[2583] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 25. Más específicamente, "[l]a incidencia no nacional del 9,8% se combina con estimaciones de volúmenes de ventas nacionales legales de Euromonitor para crear una estimación del volumen de cigarrillos liados ilícitos", que "después puede desglosarse en estimaciones de volúmenes legales no nacionales, falsificados y de contrabando". *Ibid.*, apéndice A1.2.2.

[2584] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 25. En el cálculo de cigarrillos no nacionales legales, KPMG utiliza datos sobre tendencias de viajes de salida del país realizados por los australianos y la propensión a comprar tabaco en el extranjero, así como de tendencias de viajes de entrada al país de visitantes extranjeros (tanto de visitantes de corta duración como de inmigrantes). En el cálculo también se tiene en cuenta el cambio de los límites permitidos para viajeros que entran en el país introducido en septiembre de 2012, que redujo la cantidad permitida. Véase KPMG, apéndice A2.4.

[2585] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 25. En el informe de KPMG también se ofrecen estimaciones alternativas basadas en otros enfoques para validar las estimaciones que hace sobre la base de los enfoques mencionados anteriormente. Con respecto al tabaco sin marca, en el informe de KPMG se infirió, sobre la base de una serie de hipótesis, el volumen de hebras de tabaco fumado a partir de la cantidad de papel de liar vendido. Esto se comparó con las ventas legales de hebras de tabaco para estimar una diferencia entre consumo legal e ilícito. *Ibid.*, páginas 25 y 27. En el informe de KPMG también se utilizaron datos sobre decomisos realizados por las Autoridades de Aduanas y Protección de Fronteras de Australia relativos al volumen y tipo de tabaco interceptado en puertos y aeropuertos, así como un "análisis de la diferencia del consumo" basado en la diferencia entre las ventas legales nacionales y las estimaciones del consumo total de tabaco basadas en el número de fumadores de que se tiene conocimiento en Australia y pautas de consumo históricas. *Ibid.*, páginas 26-27.

[2586] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 6.

[2587] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 6, figura 1.1.

[2588] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 28. En el informe de KPMG se señala además que esto forma parte de un cambio estructural mayor experimentado en los últimos años en favor de los cigarrillos liados ilícitos y en detrimento del tabaco sin marca ilícito. En particular, el informe de KPMG concluye que el volumen de tabaco sin marca ilícito ha disminuido un 31%, mientras que el volumen de cigarrillos liados ilícitos aumentó un 151% entre 2012 y 2013. *Ibid.*

[2589] Se computan como cigarrillos liados de contrabando el resto de todos los "cigarrillos liados no nacionales" que no son falsificados o no se han introducido legalmente en Australia como parte del límite permitido que los viajeros pueden introducir. Véase el informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas

aumento del 187% de los cigarrillos falsificados[2590]), mientras que el volumen del consumo de tabaco sin marca disminuyó un 31% en el mismo período.[2591] El informe de KPMG, por lo tanto, caracteriza los productos de contrabando como "el factor predominante que impulsó el aumento del volumen de cigarrillos liados ilícitos entre 2012 y 2013".[2592]

7.1001. El experto de Australia, Profesor Chaloupka, presenta varias críticas a las conclusiones alcanzadas y a los métodos utilizados en los estudios de KPMG relativos al mercado de tabaco ilícito de Australia.[2593] En particular, el Profesor Chaloupka afirma que "[e]l comercio ilícito de productos de tabaco en Australia es relativamente limitado y que probablemente representa entre el 3% y el 5% del mercado total de productos de tabaco en los últimos años".[2594] El Profesor Chaloupka afirma además que el método utilizado en el informe de KPMG "está viciado y casi con certeza produce sobrestimaciones de la proporción que representa el tabaco ilícito con respecto al consumo de tabaco australiano y distorsiona la tendencia del consumo de tabaco ilícito a lo largo del tiempo".[2595]

7.1002. El Profesor Chaloupka señala la incompatibilidad de las estimaciones presentadas en el informe de KPMG con muchas otras estimaciones procedentes de diversas fuentes con respecto al tamaño del mercado de tabaco ilícito en Australia. El Profesor Chaloupka afirma que ninguna de las estimaciones examinadas "ofrece una estimación definitiva, pero tomadas en conjunto, permiten hacerse una buena idea del alcance del problema".[2596] Sobre la base de su examen, el Profesor Chaloupka concluye que las últimas estimaciones del tamaño del mercado de tabaco ilícito en Australia indican que el tabaco ilícito representa una proporción relativamente pequeña del consumo de tabaco total, salvo "los informes apoyados por la industria tabacalera … que presentan estimaciones que duplican o triplican las de los demás".[2597]

7.1003. Por ejemplo, el Profesor Chaloupka cita las estimaciones anuales de Euromonitor International relativas al volumen de cigarrillos lícitos e ilícitos consumidos en Australia "basadas en las opiniones formuladas por 'expertos' sobre el alcance del problema del comercio ilícito".[2598] El Profesor Chaloupka observa sobre la base de las estimaciones de los años 2000 a 2013 que el

documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), apéndice A1.2.1. El informe de KPMG señala que la incidencia de las "marcas blancas ilícitas" (marcas de cigarrillos liados que no están legalmente disponibles en el mercado local) ha aumentado significativamente en los resultados de la EPS entre 2012 y 2013, y los últimos resultados de la EPS para el informe de KPMG mostraron que las marcas blancas ilícitas constituían aproximadamente el 30% del consumo de cigarrillos liados no nacionales. Véase *ibid.*, la página 40.

[2590] Específicamente en relación con los cigarrillos falsificados, en el informe de KPMG se afirma que "[s]i bien la proporción del consumo total correspondiente a las falsificaciones sigue siendo relativamente pequeña, merece la pena señalar que se trata del nivel más elevado de incidencia de las falsificaciones registrado en una encuesta de paquetes vacíos realizada en Australia". Además, en el informe se afirma que el "análisis de los paquetes falsificados también ha puesto de relieve que no se notificó ningún paquete genérico falsificado en la encuesta de paquetes vacíos correspondiente al cuarto trimestre de 2013". Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 38.

[2591] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 29.

[2592] Véase el informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), apéndice A1.2.1. Véanse también *ibid.*, las páginas 6 y 28. Con respecto a los enfoques alternativos empleados para la validación, el informe de KPMG concluye que los datos sobre los decomisos indican que la proporción de cigarrillos liados introducidos clandestinamente en Australia "parece haber crecido como porcentaje del tabaco ilícito total, lo que valida el crecimiento de los cigarrillos liados ilícitos indicado por los enfoques principales". Con respecto a su análisis de la diferencia del consumo, en el informe de KPMG se afirma además que "la población fumadora ha disminuido a un ritmo más lento que el de las ventas legales nacionales, lo que indica que puede quedar margen para un aumento del consumo de tabaco ilícito". En el informe de KPMG se afirma además que "[l]a diferencia del consumo valida la estimación general del volumen de tabaco ilícito, que indica cambios en la composición del tabaco ilícito entre los cigarrillos liados y el tabaco sin marca". *Ibid.*, página 30.

[2593] El Profesor Chaloupka presenta sus observaciones sobre el método utilizado y las conclusiones alcanzadas en una serie de informes de KPMG que incluye el informe correspondiente a todo el año 2013 en que se basan los reclamantes. Véase el informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 79, nota 61.

[2594] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 10(a).

[2595] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 10(d).

[2596] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 17.

[2597] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 27.

[2598] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 18.

comercio de cigarrillos ilícitos de Australia representó "entre el 3 y el 5% del consumo a lo largo del tiempo", sin que hubiera una tendencia clara durante este período.[2599]

7.1004. Asimismo, el Profesor Chaloupka hace referencia a una serie de encuestas como pruebas del consumo de productos de tabaco ilícitos en Australia. Por ejemplo, el Profesor Chaloupka cita las encuestas NDSHS de Australia[2600] que indican una disminución del conocimiento de la existencia de tabaco sin marca y cigarrillos falsificados, una compra "relativamente infrecuente" de cigarrillos potencialmente falsificados y una compra de "cantidades relativamente pequeñas" de productos en 2013 sin empaquetado genérico ni ASG.[2601] El Profesor Chaloupka cita además los resultados de la VSHS de 2013 correspondientes a la población mayor de 18 años de Victoria, que indican que un porcentaje muy bajo de fumadores declaró consumir o comprar tabaco ilícito o productos en paquetes no conformes con la legislación.[2602] Análogamente, en una encuesta transversal nacional realizada a 8.679 fumadores australianos entre abril de 2012 y marzo de 2014 se constató un "consumo de tabaco ilícito limitado" sobre la base de determinados comportamientos declarados.[2603] Por último, el Profesor Chaloupka analiza los resultados de la encuesta del Proyecto CIT sobre comportamientos de compra de los fumadores australianos desde 2002, que muestran muy pocas declaraciones de compras transfronterizas, compras en línea o a otros proveedores directos o compras a otras fuentes con más probabilidades de reflejar evasión fiscal.[2604]

7.1005. Además, el Profesor Chaloupka cita un estudio basado en las compras de productos de tabaco en tiendas que indica que la disponibilidad de tabaco ilícito en los establecimientos minoristas es muy baja[2605], y elabora su propia estimación basada en los datos de la encuesta

[2599] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 18. Específicamente, en el documento "*Estimates of Illicit Trade Penetration in Australia*" (Estimaciones de la penetración del comercio ilícito en Australia) de Euromonitor se muestran estimaciones que van desde un 2,8% en 2000 hasta un 4,6% en 2013, con una ligera caída de 2007 a 2009 y un aumento de 1,5 puntos porcentuales en 2013, "en comparación con el aumento de 4,4 puntos porcentuales que se muestra en las estimaciones de KPMG para el período comprendido entre 2009 a 2013". *Ibid.*, cuadro A y párrafo 88.

[2600] Australia y la República Dominicana presentaron cada uno la totalidad del informe sobre la NDSHS de 2010 como prueba documental en los presentes procedimientos. Véase el informe sobre la NDSHS de 2010 (Pruebas documentales AUS-45, DOM-280). Australia también presentó fragmentos del informe detallado sobre la NDSHS de 2013. Véase el informe sobre la NDSHS de 2013 (Prueba documental AUS-48).

[2601] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 20. En particular, el Profesor Chaloupka señala una marcada reducción del conocimiento y consumo de tabaco sin marca por los fumadores (incluidas las hebras de tabaco sin marca, conocidas como "*chop chop*") entre 2007 y 2013. Con respecto a los cigarrillos falsificados, el Profesor Chaloupka cita los resultados de la encuesta de 2010 donde se indica que el conocimiento de cigarrillos falsificados era inferior al conocimiento de tabaco sin marca, y afirma que la compra de cigarrillos potencialmente falsificados era "relativamente infrecuente", de modo que solo un 4,6% de los fumadores declaró haberlos comprado al menos una vez al mes. Además, el Profesor Chaloupka cita los resultados de la encuesta de 2013 relativos a los productos de tabaco sin empaquetado genérico con ASG, según los cuales aproximadamente uno de cada ocho encuestados (12,5%) y menos de uno de cada cinco fumadores (18,5%) declararon haber visto productos de tabaco no conformes a la legislación. Menos de uno de cada 10 fumadores (9,6%) declaró haber comprado productos no conformes y la mayoría de estos declaró haber comprado "cantidades relativamente pequeñas": del 9,6% de los fumadores que declaró haber comprado productos no conformes, el 4,2% declaró la compra de cinco o menos paquetes, el 1,2% declaró la compra de 6 a 14 paquetes y el 4,4% declaró la compra de 15 o más paquetes. *Ibid.*

[2602] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 21 (donde se hace referencia a Scollo *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-507, JE-24(57)). Específicamente, estos resultados indicaron que un 4% de los fumadores declaró haber consumido algún tabaco sin marca ilícito durante el año anterior, de los cuales un 1,9% declaró estar consumiendo actualmente; un 2,6% de los fumadores declaró haber comprado cigarrillos en empaquetado no conforme, de los cuales dos tercios compraron menos de cinco paquetes en los tres meses anteriores a la encuesta y uno de cada cinco compró más de 10 paquetes no conformes. Además, un 1,7% de los fumadores declaró haber comprado a un proveedor no oficial durante el año anterior a la encuesta y "muy pocos de estos declararon haber comprado más de cinco paquetes a estos proveedores en el último año". *Ibid.*

[2603] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 22 (donde se hace referencia a Scollo *et al.* 2015 (Prueba documental CUB-60) y se identifican comportamientos como la compra de marcas internacionales a un precio como mínimo un 20% inferior al precio recomendado de venta al por menor, la compra a un vendedor no oficial o el consumo de tabaco sin marca).

[2604] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 23 (donde se hace referencia a Guindon *et al.* 2014 (Prueba documental HND-156)).

[2605] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 26.

realizada por Roy Morgan que muestra una prevalencia y un consumo de tabaco ilícito muy inferiores.[2606]

7.1006. El Profesor Chaloupka también hace referencia a las estimaciones muy inferiores realizadas por Quit Victoria del tamaño del mercado de tabaco ilícito en Australia (entre un 2 y un 3% del mercado) utilizando datos de la NDSHS combinados con información de las autoridades aduaneras de Australia.[2607] En un análisis de las estimaciones del informe de KPMG[2608], Quit Victoria manifiesta una "preocupación fundamental … por la representatividad de las dos encuestas que proporcionan los datos de base del estudio"[2609] y plantea la posibilidad de que en la EPS sobre cigarrillos liados haya una "sobrerrepresentación de los paquetes consumidos por turistas y otros visitantes y estudiantes extranjeros".[2610] Quit Victoria también afirma que "la estimación muy baja de consumo legal de paquetes extranjeros, que es fundamental para la estimación de la prevalencia de cigarrillos de contrabando, es muy problemática".[2611]

7.1007. El Profesor Chaloupka formula críticas similares sobre el método y las conclusiones del informe de KPMG con respecto a la representatividad y a la posible sobrestimación de los cigarrillos de contrabando no nacionales. En particular, el Profesor Chaloupka critica el cribado de los participantes en la encuesta en el sentido de que excluye a fumadores menos habituales, que tienen menos probabilidad de consumir productos de tabaco ilícito[2612]; la aparentemente baja tasa de respuesta a la encuesta y la información insuficiente sobre las características de la muestra resultante[2613]; y el hecho de que no se haya distinguido debidamente en las encuestas entre los distintos productos de tabaco ilícito, con la posibilidad de obtener estimaciones exageradas debido a una doble contabilización (por ejemplo, de cigarrillos de contrabando y falsificados).[2614] El Profesor Chaloupka afirma que la EPS utilizada por KPMG "sobrestimará casi con seguridad la presencia de cigarrillos ilícitos habida cuenta de que excluye jurisdicciones más pequeñas donde es menos probable que existan redes de distribución de tabaco ilícito", y señala que las jurisdicciones más pequeñas excluidas de la EPS representan aproximadamente el 25% de la población australiana.[2615] El Profesor Chaloupka también critica que la EPS se centre en las ciudades más grandes sobre la base de que "abarcará una parte desproporcionada de cigarrillos consumidos por

[2606] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafos 28-33 y anexo D. En particular, sobre la base de los datos de la encuesta correspondientes a los 12 últimos meses disponibles, el Profesor Chaloupka estima que un 5,7% de los consumidores de tabaco actuales ha consumido un producto de tabaco ilícito en los 3 últimos meses y que aproximadamente un 3,2% del tabaco que se ha fumado en Australia es tabaco ilícito. *Ibid.*, párrafo 33.

[2607] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 25. Según el Profesor Chaloupka, este enfoque tiene por objeto corregir los errores de los métodos utilizados para elaborar las estimaciones patrocinadas por la industria tabacalera, y da lugar a estimaciones considerablemente inferiores del tamaño del mercado ilícito. *Ibid.*

[2608] Señalamos que Quit Victoria analizó el informe de KPMG correspondiente al primer semestre de 2013, que fue complementado por el informe correspondiente al año completo en que se basaron los reclamantes. Véase el análisis del Informe de KPMG realizado por el CCV (Prueba documental DOM-99), página 2.

[2609] Análisis del Informe de KPMG realizado por el CCV (Prueba documental DOM-99), página 2. Por ejemplo, Quit Victoria afirma que la muestra de la encuesta realizada por internet sobre el consumo de tabaco sin marca estaba "probablemente sesgada en favor de personas más propensas a consumir tabaco sin marca" porque incluía personas de la base de datos de los encuestadores que respondieron a encuestas anteriores. Quit Victoria señala además que en el informe de KPMG no se describen características de la muestra que puedan ser pertinentes para la probabilidad de consumir tabaco sin marca, y se calcularon promedios de una forma que produce una estimación exagerada "si los fumadores de tabaco sin marca que compran con más frecuencia tienden a ser las mismas personas que compran cantidades sustancialmente inferiores". *Ibid.*, páginas 5-7.

[2610] Análisis del Informe de KPMG realizado por el CCV (Prueba documental DOM-99), página 7.

[2611] Análisis del Informe de KPMG realizado por el CCV (Prueba documental DOM-99), página 2. Por ejemplo, Quit Victoria menciona una serie de factores, entre ellos: la posible mayor prevalencia de fumadores entre los viajeros que entre la población australiana en general; el gran número de visitantes procedentes de países de los que con mayor frecuencia llegaron los paquetes extranjeros identificados en la EPS; y el aumento del número de viajes al extranjero realizados por australianos a los países de origen de los paquetes no nacionales y el aumento del número de llegadas de visitantes de dichos países entre 2012 y 2013. Véanse *ibid.*, las páginas 9-12.

[2612] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 80.

[2613] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 81.

[2614] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 82.

[2615] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 85.

turistas, otros visitantes y estudiantes extranjeros, que son quienes con más probabilidad visitan estas ciudades y desechan sus paquetes en lugares públicos".[2616]

7.1008. En un estudio de las primeras pruebas sobre las "consecuencias involuntarias previstas" del empaquetado normalizado del tabaco en Australia, los autores señalan que la EPS analizada en el informe de KPMG presumía que casi todos los paquetes no nacionales encontrados eran cigarrillos de contrabando.[2617] Los autores afirman que el método de la EPS es problemático ya que tiende a sobrerrepresentar los paquetes de cigarrillos que acaban en papeleras de lugares públicos y que en esos estudios "no se puede distinguir entre paquetes extranjeros que se introducen ilegalmente de manera clandestina en Australia y los introducidos por residentes y visitantes que los han comprado en el extranjero y los han introducido con arreglo a los límites permitidos de importación personal o tras haber pagado los derechos correspondientes".[2618]

7.1009. En el EPI y en el análisis de costos y beneficios relacionado con las medidas TPP, el Gobierno de Australia tomó nota de las críticas formuladas con respecto a las estimaciones sobre el comercio ilícito encargadas por las empresas tabacaleras. El Gobierno australiano también hizo referencia a los estudios examinados por homólogos que concluyeron que no había habido ningún cambio en el consumo de tabaco sin marca ilícito declarado por los fumadores, ni pruebas de un aumento del consumo de cigarrillos de contrabando, así como niveles bajos de consumo de cigarrillos que pudieran ser de contrabando y que no se había producido ningún aumento de la compra de tabaco a vendedores no oficiales.[2619] En consecuencia, en el análisis de costos y beneficios relacionado con el EPI de las medidas TPP "se consideró que lo más probable era que la repercusión [de las medidas TPP] en los cambios en el mercado de tabaco ilícito en Australia no haya sido sustantiva, si es que ha habido alguna repercusión".[2620]

7.1010. Aceptamos que el comercio ilícito podría, en principio, y se sabe que así ocurre en determinados casos, socavar los esfuerzos realizados en materia de control del tabaco.[2621] Asimismo, señalamos, como explica lo anterior, la dificultad y los límites intrínsecos que comporta la medición del comercio ilícito, dada la naturaleza cuasilegal o ilegal de las actividades que conlleva.[2622] Como se ha descrito anteriormente, no existe acuerdo en cuanto al tamaño del mercado de comercio ilícito en Australia, y en el informe de KPMG las estimaciones son significativamente superiores a otras estimaciones procedentes de otras fuentes.

[2616] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 85. En opinión del Profesor Chaloupka, la probabilidad de que en la EPS los paquetes de los visitantes estén sobrerrepresentados y que los paquetes de los fumadores australianos estén infrarrepresentados aumenta por el hecho de que se excluyeron del plan de muestreo las viviendas, las oficinas y otros lugares, como los estadios. El Profesor Chaloupka también compara las conclusiones de KPMG relativas a las "marcas blancas ilícitas" con mayor prevalencia con "la encuesta CIT-Australia de representación nacional [en la que] ningún fumador declara fumar ninguna de estas marcas". El Profesor Chaloupka afirma que la prevalencia de estos paquetes en la EPS, que no se declaran análogamente en una muestra representativa de fumadores australianos, "indica que probablemente los visitantes extranjeros son responsables de muchos de los paquetes desechados que KPMG atribuye al comercio ilícito". *Ibid.*, párrafos 85-86.

[2617] Scollo *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-507, JE-24(57)), página 2.

[2618] Scollo *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-507, JE-24(57)), página 2.

[2619] Véase el EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), párrafos 162-163.

[2620] EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), párrafo 163.

[2621] Véanse, por ejemplo, el CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 15; y el Protocolo del CMCT sobre comercio ilícito (Prueba documental DOM-97), preámbulo, página 1 ("el comercio ilícito aumenta la accesibilidad y asequibilidad de los productos de tabaco, alimentando así la epidemia del tabaquismo y socavando las políticas de control del tabaco".).

[2622] Véanse, por ejemplo, el informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), anexo C, párrafo C1 (donde se afirma que "[n]ingún enfoque reflejará en su totalidad y con precisión el alcance del comercio ilícito, y cada enfoque tiene sus limitaciones"); el informe de CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), párrafos 16 (donde se señala con respecto al comercio ilícito que "medir su magnitud exacta es extremadamente difícil y … los expertos están de acuerdo en que no hay estadísticas definitivas sobre el tamaño del problema del comercio de tabaco ilícito global"), 29 ("hoy por hoy, no existe una estimación universalmente aceptada sobre la magnitud del mercado de tabaco ilícito global") y 30 ("no existen cifras generalmente aceptadas relativas al nivel y la composición del comercio de tabaco ilícito en Australia"); el Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 299; y "Manual técnico de la OMS sobre administración de impuestos al tabaco" (2011) (Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro) (Prueba documental CUB-62), página 82.

7.1011. Señalamos que los resultados del análisis de la EPS utilizado en el informe de KPMG relativo a los cigarrillos liados muestran "un gran aumento del volumen no nacional en 2013", una pequeña proporción del cual se ha identificado como falsificaciones y una proporción incluso menor se ha estimado que son cigarrillos *legales* no nacionales.[2623] Con respecto al fundamento empírico de la afirmación de los reclamantes, algunas críticas del informe de KPMG subrayan que posiblemente se haya infraestimado la parte legal de la "incidencia no nacional" identificada en la EPS que puede haber sido introducida por visitantes en Australia o por australianos que regresan del extranjero, de conformidad con los límites permitidos exentos de derechos.[2624] Este elemento del análisis del informe de KPMG y de las conclusiones es particularmente significativo dada la gran proporción del comercio ilícito total de 2013 que se asigna a los "cigarrillos de contrabando" tal como esta categoría está definida en el informe de KPMG.

7.1012. A los efectos de nuestro análisis, no entendemos que el informe de KPMG pretenda establecer una conclusión definitiva en cuanto al tamaño del mercado de tabaco ilícito en Australia. Al contrario, señalamos la advertencia de KPMG al principio de su informe de que su estudio "se realizó para cumplir el mandato específico" acordado con las empresas tabacaleras que encargaron el informe y que su informe "no debe, por lo tanto, considerarse idóneo para que cualquier otra persona lo utilice o se base en él, o para ninguna otra finalidad" y "se distribuye a todas las partes sobre la base de que solo tiene carácter informativo". KPMG además explica que "se establecieron características particulares a los efectos del encargo".[2625] Estas características o el "mandato" acordados con las empresas que encargaron el estudio, sin embargo, no se identifican expresamente en el informe.

7.1013. Las críticas vertidas sobre sus métodos y la incompatibilidad de sus estimaciones con las de otras fuentes arrojan ciertas dudas sobre la exactitud de la estimación que se hace en el informe de KPMG del tamaño del mercado de tabaco ilícito de Australia. Sobre la base de las estimaciones empíricas y los argumentos que obran en nuestro poder, no estamos convencidos, por lo tanto, de que la posible dimensión del comercio ilícito y, por ende, el grado en que el mercado ilícito puede socavar la contribución de las medidas TPP, sean de la magnitud estimada en el informe de KPMG.

7.1014. La cuestión específica que se nos plantea aquí, sin embargo, es en qué grado las medidas TPP han entrañado, como aducen los reclamantes, un *aumento* del comercio ilícito de productos de tabaco tal que socave su contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud púbica reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Las afirmaciones de los reclamantes a este respecto se basan en gran medida en argumentos cualitativos sobre los determinantes causales que impulsan el comercio de tabaco ilícito a la luz de las prescripciones que se imponen en el marco de las medidas TPP, como se indica en un informe elaborado por expertos en cuestiones comerciales y aduaneras internacionales (el informe de CMZ).

7.1015. En el informe de CMZ se analiza la cuestión de si las medidas TPP podrían exacerbar el comercio ilícito de productos de tabaco, en particular en relación con: i) la creación de posibles oportunidades para los comerciantes ilícitos; ii) las dificultades que se generan para los fumadores adultos actuales, los minoristas y los organismos encargados de hacer cumplir la ley; y iii) las formas en que las medidas TPP podrían empeorar los efectos negativos actuales del comercio ilícito de tabaco.[2626] Los autores del informe de CMZ consideran que "el empaquetado genérico en

[2623] Véase el informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), apéndice A1.2.2 y figura A1.2.2.

[2624] Se ha subrayado la dificultad de basarse en datos observacionales a este respecto, ya que "[s]in timbres fiscales u otras formas de marcado manifiestas, los paquetes de cigarrillos de contrabando u otros paquetes de cigarrillos de contrabando serán indistinguibles a menos que no lleven las advertencias sanitarias australianas. Incluso los paquetes desechados sin advertencias sanitarias australianas podrían ser paquetes comprados en el extranjero por turistas que viajan a Australia". *Tobacco in Australia* 2012, fragmentos presentados por Australia (Prueba documental AUS-343), página 79.

[2625] Informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), página 1.

[2626] Informe de CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), párrafo 14. Como antecedente, en el informe de CMZ se describen varios factores que contribuyen al comercio de tabaco ilícito global, incluidos la idoneidad del tabaco como producto que se introduce clandestinamente, la rentabilidad para los comerciantes ilícitos, el comportamiento cómplice de los consumidores con respecto a la compra de productos de tabaco ilícitos y la globalización y la disminución de los obstáculos al comercio. *Ibid.*, *párra*fos 35-49.

Australia ofrece a los comerciantes ilícitos una 'ventaja competitiva' única con respecto a los 'fabricantes de tabaco legales'", habida cuenta de que los comerciantes ilícitos pueden utilizar marcas que los propietarios de estas tienen prohibido utilizar.[2627] En consecuencia, los autores explican que los comerciantes ilícitos podrán vender productos de contrabando y falsificados en paquetes con marca que resulten familiares a los fumadores, y que será más fácil falsificar paquetes genéricos con especificaciones fijas y conocidas por el público y se crearán economías de escala en la producción.[2628]

7.1016. Los autores del informe de CMZ opinan que "el empaquetado genérico de productos de tabaco empeorará el comercio ilícito de estos productos".[2629] En apoyo de esta opinión, y señalando las limitaciones de las estimaciones empíricas sobre el comercio ilícito, en el informe de CMZ se menciona el aumento de detecciones y decomisos de productos de tabaco ilícito realizados por los ACBPS en el período inmediatamente anterior y posterior a la introducción de las medidas TPP.[2630]

7.1017. El Profesor Chaloupka, experto de Australia, cuestiona el hecho de que el informe de CMZ se haya basado en estimaciones realizadas por KPMG, que él caracteriza de "estimaciones engañosas y sesgadas" que no deben utilizarse para extraer conclusiones sobre tendencias[2631], y señala que los autores "no parecen tener en cuenta otros datos que son incompatibles con su alegación de que el consumo de tabaco ilícito en Australia ha aumentado después de la implementación del empaquetado genérico del tabaco".[2632] El Profesor Chaloupka señala que el consumo de cigarrillos *falsificados* en Australia es muy limitado y pone en duda que el empaquetado genérico tenga alguna repercusión significativa en los costos de producir o suministrar productos falsificados.[2633]

7.1018. Además de criticar aspectos específicos del informe de CMZ, el Profesor Chaloupka destaca otros "determinantes o factores impulsores" del comercio ilícito no relacionados con el empaquetado genérico. El Profesor Chaloupka cita como "factores claves" el nivel de los impuestos y precios del tabaco (y las diferencias entre jurisdicciones cercanas)[2634] y los costos de suministrar productos de tabaco ilícitos en el mercado (incluidos los costos de producción y distribución).[2635] Además, el Profesor Chaloupka cita otros factores, incluidos el acceso a cigarrillos no sujetos a tributación (por ejemplo, debido a un control deficiente de la cadena de distribución) y la existencia de redes de distribución no oficiales.[2636] Otro "determinante clave" son los costos

[2627] Informe de CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), página 1.

[2628] Informe de CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), páginas 1-2. Con respecto a los productos con marca ilícitos, incluidos el contrabando de productos auténticos y las "marcas blancas ilícitas", en el informe de CMZ se explica un posible aumento de oportunidades en el marco de las medidas TPP debido a que los consumidores buscan paquetes con marca que les sean familiares, los precios de los productos ilícitos son inferiores y resulta más sencillo engañar a los consumidores mediante las falsificaciones. En el informe de CMZ también se menciona la coincidencia con las conclusiones de KPMG sobre el aumento de los productos de contrabando y las "marcas blancas ilícitas". *Ibid.*, párrafos 66-78. Con respecto a los productos ilícitos en empaquetado genérico, en el informe de CMZ se explica que la complejidad y los costos de falsificar paquetes en empaquetado genérico son menores. *Ibid.*, párrafos 79-87. Además, en el informe de CMZ se presentan diversos aspectos que dificultarán la autenticación de productos y el cumplimiento de la legislación con respecto a los productos de tabaco ilícitos en empaquetado genérico. *Ibid.*, párrafos 88-92.

[2629] Informe de CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), párrafo 94.

[2630] Informe de CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), párrafo 60 (donde se señala que entre 2012 y 2013 hubo 76 detecciones de 183 toneladas de tabaco y 200 millones de cigarrillos, mientras que entre 2011 y 2012 hubo 45 detecciones de 177 toneladas de tabaco y 141 millones de cigarrillos).

[2631] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 91.

[2632] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 94. El Profesor Chaloupka hace referencia específicamente a los datos de Euromonitor, los datos de la NSDHS y los datos del proyecto CIT analizados *supra* en el contexto de las críticas formuladas por el Profesor Chaloupka sobre las estimaciones de KPMG del comercio ilícito en Australia. *Ibid.*

[2633] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 96. El Profesor Chaloupka cita las opiniones de varias autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y de un directivo de una empresa tabacalera que arrojan dudas sobre la repercusión del empaquetado genérico de tabaco en el aumento del consumo de productos falsificados. *Ibid.*, *párra*fos 99-100.

[2634] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 36. Véase también el manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), páginas 301-303.

[2635] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 40. Véase también el manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), páginas 303-304.

[2636] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafos 41-42. Véase también el manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), páginas 305-306.

previstos de adoptar comportamientos ilegales, que pueden verse afectados por los esfuerzos en materia de observancia y unas sanciones más elevadas; una sólida gobernanza, una administración fiscal eficaz y la ausencia de corrupción pueden dar lugar a un aumento de los costos del suministro de tabaco ilícito.[2637]

7.1019. Al examinar los diversos factores que pueden incidir en los incentivos para participar en el comercio ilícito, señalamos que existe una multiplicidad de posibles determinantes y que Australia está relativamente bien situada en relación con varios aspectos para paliar la incidencia del comercio ilícito de tabaco. A pesar de su nivel de precios relativamente alto en comparación con países vecinos, el Profesor Chaloupka señala la regulación y el control de la cadena de distribución de tabaco por parte de Australia, su carácter geográfico insular y el efecto que esto tiene en el control de las importaciones, y la ausencia de zonas de libre comercio y zonas francas que son la fuente de productos de tabaco ilícito en muchos países.[2638]

7.1020. Como parte de los esfuerzos de control del tabaco más amplios realizados por Australia, las autoridades australianas han reconocido la importancia de tener un marco legislativo y reglamentario sólido para controlar el comercio ilícito de productos de tabaco.[2639] El Profesor Chaloupka describe el marco legislativo de Australia relacionado con el comercio de tabaco ilícito y las actividades de observancia adoptadas con arreglo a este marco, que incluyen la concesión de licencias y el establecimiento de condiciones para el comercio y el movimiento de productos de tabaco, la imposición por parte de las autoridades aduaneras australianas de prescripciones en materia de notificación y de mantenimiento de registros, un férreo control del cultivo de tabaco y la regulación de la venta al por menor de productos de tabaco.[2640] Además, Australia aplica mecanismos de observancia que incluyen inspecciones de las autoridades aduaneras australianas (priorizando los esfuerzos para lograr la observancia en lo que respecta al tabaco ilícito en 2014), así como la coordinación entre organismos y el intercambio de información a múltiples niveles gubernamentales.[2641] Australia también impone sanciones por el cultivo, la distribución o la venta de tabaco ilícito, endurecidas en 2012 al tipificar la introducción clandestina de tabaco como un delito específico en la Ley de Aduanas de Australia.[2642]

7.1021. Como se ha explicado *supra*, no existe un acuerdo sobre el tamaño total del mercado ilícito. Con respecto a las pruebas del aumento de detecciones y decomisos de tabaco ilícito tras la introducción del empaquetado genérico[2643], consideramos que tales pruebas tienen un valor probatorio limitado para la cuestión que nos ocupa habida cuenta de que "el aumento de detecciones de tabaco ilícito puede ser debido, al menos en parte, a un aumento de los esfuerzos realizados en materia de observancia".[2644] Además, es posible que las incautaciones no sean representativas de todo el mercado ilícito, e incluso es posible que no sea significativo realizar comparaciones entre países sobre la base de las incautaciones dado que las técnicas de

[2637] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafos 43-44. Véase también el manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), páginas 306-307.

[2638] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafos 48-51.

[2639] Véanse, por ejemplo, Ministro de Salud y Envejecimiento, *"Taking Preventative Action - A Response to Australia: The Healthiest Country by 2020 - The Report of the National Preventative Health Taskforce"* (11 de mayo de 2010) (Prueba documental JE-15), página 63; y Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), páginas 19-20.

[2640] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafos 52-56.

[2641] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafos 57-60.

[2642] Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 61; y Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 20. Con respecto a los determinantes del comercio ilícito, el Profesor Chaloupka señala que Australia ocupa un puesto alto en varias evaluaciones internacionales sobre la ausencia de corrupción y otros indicadores de fuerte gobernanza, así como datos que indican que no existe una gran red de distribución no oficial de productos de tabaco en Australia. Informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafos 63-64.

[2643] Véase el informe de CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), párrafos 32 y 60.

[2644] Informe de CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), párrafo 61. Véase también el informe de Chaloupka relativo al mercado ilícito (Prueba documental AUS-8), párrafo 93 ("[a]l utilizar los datos de los ACBPS, CMZ no tiene en cuenta que Aduanas y otras autoridades han dedicado una mayor atención al tabaco a raíz de las considerables subidas de los impuestos sobre el tabaco y la implementación del empaquetado genérico del tabaco").

investigación, los procedimientos de información y la aplicación de la ley en aduanas son diferentes.[2645]

7.1022. Como se describe *supra*, varios factores, que no están relacionados con el empaquetado y las marcas de los productos, pueden incidir en los determinantes del comercio ilícito. Asimismo, tomamos nota de los intensos esfuerzos de reglamentación y supervisión de las redes de distribución de tabaco realizados por Australia para abordar el comercio ilícito. Señalamos también que determinadas características del régimen australiano para combatir el comercio ilícito están en consonancia con el Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco del CMCT[2646], a saber: el mantenimiento del control sobre la cadena de suministro mediante la concesión de licencias y el control de los canales de distribución, la imposición de sanciones por conducta ilegal y el fomento de la cooperación entre las autoridades pertinentes y los organismos encargados de hacer cumplir la ley.[2647] Tomadas en conjunto, las pruebas que tenemos ante nosotros no establecen claramente, ni mediante pruebas empíricas ni mediante los argumentos descriptivos basados en los factores que impulsan el comercio ilícito, que las medidas TPP hayan dado lugar a un aumento del comercio de tabaco ilícito en Australia o que tal aumento fuese de tal magnitud que socavaría la contribución de las medidas TPP al objetivo de salud pública de Australia.

7.1023. Habida cuenta de lo anterior, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP hayan dado lugar a un aumento del comercio o el consumo de tabaco ilícito en Australia tal que socave la contribución de las medidas TPP al objetivo de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.2.5.3.8 Conclusión general sobre el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia

7.1024. Hemos analizado *supra* las pruebas que tenemos ante nosotros en relación con la contribución de las medidas TPP a su objetivo de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Hemos analizado las pruebas pertinentes relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP y las pruebas disponibles relativas a su aplicación desde su entrada en vigor en diciembre de 2012.

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

7.1026. Como se ha analizado detalladamente *supra*, en varios estudios, incluidos estudios publicados en una serie de revistas pertinentes, se analizó la posible repercusión del empaquetado genérico del tabaco, antes de la implementación de las medidas TPP en Australia. En particular, en muchos de estos estudios se aborda la repercusión prevista del empaquetado genérico en los tres "mecanismos" que la Ley TPP identifica como aquellos mediante los cuales se prevé que las medidas TPP tenga una repercusión en las conductas tabáquicas, a saber, reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y limitar la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar. Se ha constatado que estos estudios coinciden en gran medida en la conclusión de que el empaquetado genérico de productos de tabaco tiene la capacidad de reducir el atractivo de los productos de tabaco,

[2645] Véase el manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 83.

[2646] Véase el párrafo 2.99 *supra*. El Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco del CMCT fue adoptado por consenso el 12 de noviembre de 2012 en la quinta reunión de la Conferencia de las Partes en el CMCT. "[E]ntrará en vigor el nonagésimo día contado desde la fecha en que haya sido depositado ... el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación confirmación oficial o adhesión". Protocolo del CMCT sobre comercio ilícito (Prueba documental DOM-97), preámbulo, páginas 1-2.

[2647] Véase el Protocolo del CMCT sobre comercio ilícito (Prueba documental DOM-97), artículo 4 y Partes III-V.

aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar.

7.1027. Los reclamantes identificaron una serie de limitaciones en estos estudios. Las pruebas que tenemos ante nosotros a este respecto indican que es posible, y así se reconoce en exámenes realizados sobre estos estudios, que algunos de estos estudios presenten varias limitaciones, algunas de las cuales son intrínsecas de la naturaleza de la investigación en cuestión. No obstante, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan establecido que las conclusiones en gran medida coincidentes reflejadas en el corpus de estudios en cuestión, y las conclusiones generales extraídas a partir de estos, deban considerarse tan fundamentalmente viciadas que no respaldan en modo alguno la propuesta de que las medidas TPP son capaces de contribuir a su objetivo mediante estos mecanismos.

7.1028. Nuestra conclusión se ve respaldada por el hecho de que este corpus de estudios ha sido objeto de varios exámenes realizados fuera del contexto de los presentes procedimientos, que han concluido que el conjunto de estudios en cuestión apoya la tesis de que el empaquetado genérico del tabaco sería adecuado para reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del empaquetado de tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los riesgos del consumo de tabaco. Señalamos en particular las conclusiones del examen independiente realizado en nombre del Gobierno del Reino Unido[2648], en el que se analizó tanto la calidad de un examen sistemático anterior de la base probatoria relativa al empaquetado genérico del tabaco como la calidad de las propias pruebas subyacentes, y se concluyó que los estudios cuantitativos examinados se habían realizado "con criterios rigurosos", que "las conclusiones que se extrajeron son un reflejo razonable de las pruebas disponibles"[2649] y que el examen de los estudios cualitativos en cuestión era "un examen sistemático de alta calidad", que estaba "claramente documentado y sigue la mejor práctica reconocida para tales exámenes".[2650]

7.1029. Señalamos también que, en la medida en que los estudios cuestionados son anteriores a la implementación del empaquetado genérico del tabaco en Australia o en cualquier otro lugar y que la adopción de las medidas TPP se basó en determinadas hipótesis sobre respuestas conductuales a una intervención normativa que aún no se había aplicado en ningún territorio, las pruebas en cuestión representan una previsión de los posibles efectos, más que una demostración de los efectos reales, de tal intervención. Esta circunstancia repercute en la naturaleza y el alcance de las pruebas que cabía esperar que se desarrollaran, en el momento en que estos estudios se estaban realizando, y en cuán concluyentes cabía esperar que fuesen esas pruebas.[2651]

7.1030. Como se ha detallado anteriormente, en tanto en cuanto se espera que la contribución de las medidas TPP se derive del funcionamiento de una "cadena causal" o "modelo mediacional" subyacente al diseño de la Ley TPP, resulta adecuado analizar no solo el funcionamiento de los mecanismos mencionados *supra* (que dan lugar a "resultados proximales"), sino también su correlación con las conductas tabáquicas. Los reclamantes han aducido que las hipótesis de Australia a este respecto carecen de fundamento y que, aun presuponiendo que dichos mecanismos dieran lugar a los resultados proximales identificados por Australia en la Ley TPP, estos no serían capaces de influir en conductas tabáquicas ulteriores. Por consiguiente, también hemos analizado las pruebas que obran en nuestro poder relativas a la medida en que cabe esperar que una reducción del atractivo de los productos de tabaco, un aumento de la eficacia de las ASG y una reducción de la capacidad del empaquetado de tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos del consumo de tabaco tengan una repercusión en conductas tabáquicas ulteriores, incluidos el inicio del hábito de fumar, su abandono y la recaída en él.

[2648] Asignamos un peso particular a esta evaluación realizada por examinadores independientes que no se encuentran entre los autores de estudios sobre "empaquetado genérico" citados frecuentemente y recibieron el encargo a los efectos de realizar una evaluación independiente de los estudios pertinentes.

[2649] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, página 49 (donde se hace referencia al examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59).

[2650] Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo E, página 56 (donde se hace referencia al examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59).

[2651] Como se ve en un examen temprano acerca de las publicaciones el empaquetado genérico del tabaco, en que se preguntaba a los participantes "Que pasaría si" con respecto a varias situaciones relacionadas con el empaquetado. Goldberg *et al.* 1995 (Pruebas documentales AUS-221, JE-24(26)), apéndice C, *Summary of Male Focus Groups in Toronto*, *III Grade 8 (Have not Smoked in Last Month).*

7.1031. En general, estas pruebas indican que se reconoce que las percepciones, las actitudes y los comportamientos guardan una relación compleja. En particular, las pruebas de que disponemos indican que, si bien hay una correlación entre actitudes y comportamientos, una serie de factores intervinientes pueden influir en el grado en que las actitudes inciden en las intenciones y, en última instancia, en los comportamientos reales en un contexto determinado. El contexto en que tiene lugar la intervención, incluidos los factores específicos que pueden influir en los comportamientos en dicho contexto, debe ser tenido en cuenta. No obstante, no entendemos que Australia aduzca que los comportamientos se verían sistemáticamente alterados como consecuencia del empaquetado genérico del tabaco, de manera que todas y cada una de las personas se verían afectadas de forma similar y modificarían sus conductas tabáquicas. Más bien, entendemos que Australia se basa en investigaciones pertinentes sobre la relación existente entre las percepciones, las actitudes y los comportamientos, así como en pruebas de los factores que se entiende que influyen en las conductas tabáquicas, para aducir esencialmente que, en el contexto específico de esta intervención, cabe razonablemente esperar que una reducción del atractivo de los productos de tabaco y una mayor claridad sobre sus efectos nocivos influirán *al menos en* las conductas tabáquicas de *algunos* consumidores.

7.1032. En este sentido, es incuestionable que los determinantes de las conductas tabáquicas son complejos y que el inicio del hábito de fumar, su abandono o la recaída en él se ven influidos por una amplia gama de factores, distintos del empaquetado del producto. No obstante, no estamos convencidos de que esto implique, como aducen los reclamantes, que el empaquetado del tabaco *no* pueda tener una influencia en las conductas tabáquicas, especialmente en un contexto normativo donde el empaquetado para la venta al por menor sería el único medio para promocionar el producto y para transmitir al consumidor cualesquiera asociaciones positivas con el producto. Las pruebas que nos han sido presentadas demuestran, a este respecto, el papel que desempeña el empaquetado con marca de productos de tabaco a la hora de transmitir la imagen de los productos de tabaco y de hacerlos atractivos, especialmente en un mercado "oscuro" como Australia. No estamos convencidos de que los efectos del uso de tales marcas se limiten, como aducen los reclamantes, a la demanda secundaria de productos de tabaco -esto es, la elección de fumar una marca u otra- y quede excluida la demanda primaria de dichos productos -esto es, la decisión de fumar o no fumar-. En particular, señalamos la importancia reconocida, para la industria, que tiene atraer a nuevos consumidores y, por consiguiente, hacer que sus productos resulten atractivos para aquellos que tengan más probabilidades de iniciarse en el consumo de tabaco (es decir, los jóvenes), mediante, entre otras cosas, el empaquetado con marcas.

7.1033. Tampoco estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que el empaquetado genérico del tabaco tampoco pueda tener alguna repercusión en el abandono del hábito de fumar y en la recaída en él, al reducir la capacidad de los elementos de diseño de las marcas de actuar como un estímulo del hábito de fumar y al dar más prominencia a los mensajes transmitidos por las ASG.

7.1034. En general, sobre la base de nuestro examen de las pruebas relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que una reducción del atractivo de los productos de tabaco o un mejor conocimiento de los riesgos mediante el empaquetado genérico del tabaco, o una reducción de la capacidad de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de los productos del tabaco, mediante el empaquetado genérico de los productos de tabaco aplicado por Australia, no puedan influir en ninguna de las conductas tabáquicas pertinentes. Al contrario, en un contexto normativo en el que el empaquetado del tabaco constituiría la *única* ocasión de transmitir una percepción positiva del producto a través de las marcas, como en el caso de Australia, nos parece razonable plantear la hipótesis de que existe alguna correlación entre la eliminación de esos elementos de diseño y el atractivo del producto, y entre ese menor atractivo del producto y los comportamientos de los consumidores. Tampoco nos parece irrazonable, en tal contexto, de acuerdo con las pruebas de que disponemos, prever que la eliminación de estos elementos también impediría que generaran señales contradictorias que socavasen otros mensajes que intentan aumentar el conocimiento de los consumidores sobre el carácter nocivo del consumo de tabaco y que forman parte de la estrategia de control del tabaco de Australia, incluidos los que transmiten las ASG.

7.1035. Estas pruebas deben analizarse también a la luz de las pruebas empíricas disponibles sobre la aplicación de las medidas. A este respecto, es indiscutible que, no obstante cualquier "atractivo intuitivo", las políticas de control del tabaco deben evaluarse para obtener pruebas

concretas de sus efectos"[2652] y que "la mejor forma de ensayar el empaquetado genérico sería mediante su implementación y evaluación en un entorno basado en la población".[2653]

7.1036. Las pruebas de que disponemos sobre la aplicación de las medidas TPP incluyen pruebas empíricas relacionadas con su repercusión en los resultados proximales que reflejan los tres mecanismos identificados y previstos en la Ley TPP, desde su entrada en vigor. Estas pruebas indican que la introducción del empaquetado genérico del tabaco, en combinación con las ASG ampliadas, ha 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. Como se ha analizado *supra*, esto ha sido reconocido por algunos de los propios expertos de los reclamantes sobre la base de un examen directo de los datos recopilados con la finalidad específica de evaluar los efectos de las medidas TPP y que fueron facilitados a los reclamantes para utilizar en los presentes procedimientos. Las pruebas empíricas relacionadas con los resultados proximales de las medidas TPP también indican que el empaquetado genérico y las ASG ampliadas han tenido alguna repercusión en la eficacia de las ASG.

7.1037. Por último, también analizamos las pruebas que nos han sido presentadas sobre las conductas tabáquicas reales en Australia desde la entrada en vigor de las medidas, reflejadas en los datos relacionados con la evolución de la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco. Como se ha analizado, no existe acuerdo sobre la medida en que los datos disponibles en el momento de nuestra evaluación pueden informar una evaluación general de la contribución real y prevista de las medidas a su objetivo. Los datos que tenemos a nuestra disposición en los presentes procedimientos se refieren a un período de hasta tres años a contar desde la entrada en vigor de las medidas TPP. En general, constatamos que estas pruebas son compatibles con una constatación de que las medidas TPP contribuyen a una reducción del consumo de productos de tabaco, en tanto en cuanto indican que, junto con las ASG ampliadas introducidas al mismo tiempo, el empaquetado genérico ha dado lugar a una reducción de la prevalencia de fumadores y del consumo de productos de tabaco.

7.1038. Las pruebas que nos han sido presentadas relacionadas específicamente con los cigarros (puros) son más limitadas. Si bien somos conscientes de las limitaciones de este conjunto de pruebas, no nos convence de que nuestra conclusión deba ser diferente con respecto a los cigarros. Las pruebas que tenemos a nuestra disposición indican que la importancia del empaquetado a la hora de establecer asociaciones y percepciones relativas a las marcas también es aplicable a los fumadores de cigarros, aunque con matices. Asimismo, señalamos las pruebas que tenemos ante nosotros que indican un nivel inferior de conocimiento de los riesgos con respecto al consumo de cigarros que con respecto a otros productos de tabaco. Las limitadas pruebas anteriores a la implementación de que disponemos también indican que el empaquetado genérico podría actuar en al menos algunos de los mecanismos mediante los cuales las medidas TPP están diseñadas para funcionar también con respecto de los cigarros. Concretamente, indican que los paquetes genéricos tendrían la capacidad de minimizar el atractivo y las percepciones relativas a la calidad con respecto a los cigarritos (puritos), los cigarros pequeños y -en un menor grado- los cigarros (puros) premium, y podría afectar también a las percepciones relativas a la facilidad de dejar de fumar por lo que respecta a los cigarritos y -en un menor grado- los cigarros premium.

7.1039. Estas conclusiones son compatibles con las limitadas pruebas empíricas de que disponemos relativas a los resultados observados de las medidas TPP, que indican una disminución del atractivo percibido del empaquetado cuando los fumadores de cigarros fueron expuestos a las medidas TPP y las ASG ampliadas[2654], y un aumento de la visibilidad de las advertencias sanitarias y del ocultamiento de paquetes entre los fumadores de cigarros y cigarritos, aunque las pruebas son dispares por lo que se refiere a las creencias respecto de la salud.[2655] Las pruebas econométricas que tenemos ante nosotros que indican que las medidas TPP y las ASG ampliadas contribuyeron a una reducción de la prevalencia[2656] del consumo de cigarros también son

[2652] Fong *et al.* 2006 (Prueba documental AUS-132), página 1.
[2653] Wakefield *et al.* 2012 (Pruebas documentales AUS-557, JE-24(63)), página 1166.
[2654] Apéndice A, párrafo 25.
[2655] Apéndice A, párrafos 59 y 71. También disponemos de pruebas que demuestran un aumento en la proporción de fumadores de cigarritos que no son premium que contemplan dejar de fumar después de la implementación de las medidas TPP y las ASG ampliadas. Véase el apéndice B, párrafo 31.
[2656] Señalamos a este respecto que, según Cuba, los consumidores particulares de cigarros LHM pueden realizar ocasionalmente compras de gran valor de cigarros LHM por internet a proveedores extranjeros, por lo

compatibles con la conclusión de que las medidas tienen una repercusión en las conductas tabáquicas pertinentes con respecto de los cigarros.

7.1040. Es difícil cuantificar la repercusión general de las medidas TPP por lo que se refiere a la magnitud de los cambios en las conductas tabáquicas atribuibles a las medidas, sobre la base de las pruebas de que disponemos. En particular, esta repercusión, como se describe *supra*, es difícil de separar empíricamente, sobre la base de las pruebas de que disponemos, de otros factores que también afectan a la evolución de las conductas tabáquicas, incluidas las medidas de control del tabaco aplicadas simultáneamente con las medidas TPP.

7.1041. Señalamos que este contexto normativo guarda una relación directa con la capacidad de las medidas TPP de contribuir a su objetivo mediante los mecanismos identificados en la Ley TPP. Concretamente, la existencia de una prohibición general relativa a la promoción y publicidad asegura que el tipo de elementos de diseño cuyo uso está restringido en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor como consecuencia de las medidas TPP no se pueda utilizar en otros contextos de una forma que podría socavar el funcionamiento del primer mecanismo previsto en la Ley TPP, a saber, la reducción del atractivo de los productos de tabaco generado por las marcas. El funcionamiento del segundo mecanismo previsto en la Ley TPP también presupone la existencia de las ASG aplicadas simultáneamente, que Australia también exige.

7.1042. Asimismo, consideramos que la importancia de la contribución que las medidas TPP hacen al objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos debe considerarse a la luz del hecho de que también tienen por efecto apoyar y complementar la eficacia de estas otras medidas, evitando los vacíos normativos (respecto de la publicidad y la promoción) y asegurando que no se socaven otras iniciativas de control del tabaco destinadas a aumentar el conocimiento de los efectos nocivos del consumo de tabaco (incluidas las ASG y las campañas a través de los medios sociales).

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

7.1044. Al formular esta determinación, también somos conscientes de que la repercusión de las medidas TPP puede evolucionar con el tiempo. Nuestra determinación se basa en las pruebas de que disponemos en el momento de realizar nuestra evaluación y no pretende prejuzgar la evolución futura de la contribución de las medidas TPP a la reducción del consumo de productos de tabaco y a la exposición a estos productos. No obstante, señalamos que consideramos razonable la indicación de Australia de que cabe esperar que las medidas tengan una repercusión en particular en las generaciones futuras de jóvenes cuya exposición a la publicidad y promoción del tabaco habrá sido generalmente limitada, y que también será necesario algún tiempo para que las repercusiones en el abandono del hábito de fumar por parte de los fumadores actuales sean completas.

---

que los reciben en paquetes donde consta toda la marca y con vitolas donde consta toda la marca. Cuba aduce que las medidas TPP son un "gesto puramente simbólico" que no reducirá la prevalencia y el consumo de cigarros LHM porque no son aplicables a los productos que se venden o compran, incluso por internet, para un uso personal en Australia. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 272 y 274. Si bien la compra en línea de productos de tabaco sin empaquetado genérico parece contemplarse como una posibilidad en las medidas TPP (véase el artículo 32(2) de la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1)), que exonera a los particulares que compran productos de tabaco "para su uso personal"), no estamos convencidos de que esta excepción haga que las medidas TPP sean un "gesto puramente simbólico" que no será capaz de reducir la prevalencia y el consumo de cigarros LHM. De hecho, algunas pruebas econométricas indican que las medidas TPP, junto con las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo, contribuyeron a una reducción de la prevalencia del consumo de cigarros observada después de su entraba en vigor. Véase el apéndice C, párrafo 123.

7.1045. Por último, entendemos que el objetivo de reducir la "exposición" a los productos de tabaco (que se expresa en el artículo 3(1)(a)(iv) de la Ley TPP como "reduci[r] la exposición al humo de los productos de tabaco")[2657] mediante las medidas TPP está directamente vinculado con el objetivo de reducir el "consumo" de productos de tabaco, y es el resultado del logro de dicho objetivo, en el sentido de que una reducción del consumo de productos de tabaco por aquellos que los consumen entrañará una reducción de la exposición de los no consumidores a estos productos. Por consiguiente, concluimos que en tanto en cuanto las medidas TPP contribuyen a una reducción del consumo de productos de tabaco, también tendrán alguna repercusión en la reducción de la exposición a dichos productos.

7.2.5.4 La restrictividad del comercio de las medidas TPP

7.1046. Según se ha descrito *supra*[2658], uno de los factores que ha de considerarse en el "análisis de la relación" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 es la "restricción del comercio" de las medidas impugnadas[2659], que informará la evaluación de si las medidas impugnadas "restring[en] el comercio *más* de lo necesario" (sin cursivas en el original) en el sentido del párrafo 2 del artículo 2:

> [E]n el párrafo 2 del artículo 2 no se prohíben las medidas que tienen cualquier efecto de restricción del comercio. El párrafo 2 del artículo 2 menciona los "obstáculos innecesarios" y por lo tanto permite cierto grado de restricción del comercio; más concretamente, ese párrafo estipula que los reglamentos técnicos no "restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo". Así pues, el párrafo 2 del artículo 2 se refiere a las restricciones al comercio internacional que van más allá de lo necesario para alcanzar el grado de contribución de un reglamento técnico al logro de un objetivo legítimo.[2660]

7.1047. Las partes han mantenido un considerable intercambio de argumentos en relación con la norma que debería aplicar el Grupo Especial al evaluar la "restrictividad del comercio" de las medidas TPP en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Por lo tanto, consideramos primero esta cuestión antes de pasar a la evaluación de la restrictividad del comercio de las medidas TPP.

7.2.5.4.1 Sentido de la expresión "restringir[] el comercio" del párrafo 2 del artículo 2

7.2.5.4.1.1 Principales argumentos de las partes

7.1048. Honduras aduce que la palabra "restricción", como se utiliza en el párrafo 2 del artículo 2, en conjunción con la palabra "comercio", significa algo que tiene un efecto limitador en el comercio.[2661] Honduras afirma que el Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - EPO* constató que el reglamento técnico impugnado restringía el comercio porque afectaba negativamente a las condiciones de competencia de los productos importados.[2662] Honduras aduce que la jurisprudencia del GATT y la OMC acerca del artículo XI del GATT de 1994 también indica que las restricciones del comercio son medidas que imponen una condición limitativa a la importación, o tienen un efecto limitativo de la importación al afectar desfavorablemente a las oportunidades competitivas de que disponen los productos importados; medidas que crean incertidumbre y afectan a los planes de inversión; medidas que tienen consecuencias negativas identificables para la importación de un producto; y medidas que hacen la importación más onerosa que si la condición no existiera, generando así un desincentivo para importar.[2663] A juicio

---

[2657] Ley TPP (Pruebas documentales JE-1, AUS-1), artículo 3(1)(a)(iv).

[2658] Véase el párrafo 7.31 *supra*.

[2659] Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 375. Los otros dos factores que deben examinarse en el "análisis de la relación" son el grado de contribución de la medida a su objetivo y los riesgos que crearía no alcanzarlo, que se abordan en la sección 7.2.5.3 *supra* y la sección 7.2.5.5 *infra*, respectivamente.

[2660] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319.

[2661] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 809 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319).

[2662] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 809 (donde se hace referencia los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 7.574-7.575).

[2663] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 810 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *India - Automóviles*, párrafo 7.270; *Colombia - Puertos de entrada*, párrafos 7.240,

de Honduras, la evaluación de la restrictividad del comercio no exige demostrar efectos reales en el comercio, ya que la atención debe centrarse en si la medida tiene efectos perjudiciales en las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados.[2664] Honduras sostiene que la restrictividad del comercio debería determinarse caso por caso, a la luz de las circunstancias específicas de cada medida. La cuestión de si es útil o necesario demostrar efectos reales en el comercio es algo que habrá que determinar a la luz de las características de cada medida y las pruebas disponibles. A este respecto, Honduras añade que, en algunos casos, las pruebas relativas a las corrientes comerciales pueden no ser fiables, por la simple razón de que los cambios observados en dichas corrientes pueden deberse a actos realizados por entidades privadas por motivos que no guardan relación con la medida en litigio.[2665] Honduras menciona la recomendación del Comité OTC relativa al concepto de "efecto significativo en el comercio de otros Miembros" del párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC[2666] (la Recomendación del Comité OTC), que "es pertinente" para entender la expresión "restringir[] el comercio" del párrafo 2 del artículo 2. Aduce sobre esta base que el "valor de las importaciones [...] o la importancia que tengan por otros motivos" es un factor que puede demostrar la restrictividad del comercio de un reglamento técnico. En el asunto que nos ocupa, según Honduras, "la capacidad de lograr la diferenciación de los productos es un elemento de gran 'valor' e 'importancia' para los productores de tabaco".[2667] Además, la referencia en la Recomendación del Comité OTC a las dificultades que supone para los productores de otros Miembros la aplicación del reglamento técnico en proyecto "apoya también el argumento de Honduras de que los costos de cumplimiento ... son un factor que demuestra la restrictividad del comercio de las medidas de empaquetado genérico".[2668]

7.1049. La República Dominicana aduce que la palabra "restricción", como se utiliza en el párrafo 2 del artículo 2, significa algo que tiene un efecto limitador en el comercio[2669], y que la norma jurídica de la restrictividad del comercio conlleva una comparación con una situación de referencia; es decir, una comparación entre el trato dado a las mercancías importadas en virtud de la medida impugnada y el trato que se daría a las mismas importaciones de no ser por la medida impugnada.[2670] En cuanto a la norma probatoria de la restrictividad del comercio, la República Dominicana mantiene que la restrictividad del comercio no exige demostrar efectos reales en el comercio, ya que la atención debe centrarse en si la medida tiene efectos perjudiciales en las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados[2671], algo que debe determinarse en referencia a su diseño, arquitectura, estructura reveladora y funcionamiento.[2672] Según la República Dominicana, tales pruebas bastan para demostrar una limitación de las oportunidades de competencia sin tener que demostrar efectos reales en el comercio. Pueden ser necesarias pruebas relativas a los efectos reales en el comercio en situaciones en que de otras pruebas concernientes al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto no se puede discernir de manera fiable una limitación de las oportunidades de competencia. La necesidad de pruebas relativas a los efectos reales en el comercio depende de lo que pueda averiguarse a partir de las demás pruebas[2673], y un reclamante también podrá utilizar tales pruebas para confirmar que la medida impugnada limita las oportunidades de competencia.[2674] La República Dominicana añade

7.243, 7.256, 7.257, 7.274 y 7.275; *India - Restricciones cuantitativas*, párrafo 7.269; y al informe del Grupo Especial del GATT, *Japón - Cuero (Estados Unidos II)*, párrafo 55).

[2664] Respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 532.

[2665] Respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[2666] Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, Nota de la Secretaría, "Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1º de enero de 1995", documento G/TBT/1/Rev.12 de la OMC, 21 de enero de 2015, página 22, sección 4.3.1.1 (titulada "Efecto significativo en el comercio de otros Miembros").

[2667] Respuesta de Honduras a la pregunta 118 del Grupo Especial.

[2668] Respuesta de Honduras a la pregunta 118 del Grupo Especial.

[2669] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 963 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319).

[2670] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477); y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 929.

[2671] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 928 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477).

[2672] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 931 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.228; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 130; y *Japón - Bebidas alcohólicas II*, párrafos 10.37-10.40).

[2673] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 931.

[2674] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 929 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477).

que: i) la limitación de las oportunidades de competencia puede derivarse de una reglamentación aplicable a todo el mercado que afecta desfavorablemente a la situación de todas las mercancías, ya sean importadas o nacionales; ii) la limitación de las oportunidades de competencia puede derivarse de un reglamento técnico que reduce las oportunidades de los *productos* importados en un determinado segmento del mercado; iii) la limitación de las oportunidades de competencia puede evaluarse en función del volumen y/o el valor de las importaciones; iv) la limitación de las oportunidades de competencia debería evaluarse teniendo en cuenta la forma en que la medida afecta a las importaciones procedentes de otros *países* "individualmente o en conjunto"; v) la evaluación de la restrictividad del comercio debería tener en cuenta la forma en que la medida afecta a las importaciones procedentes de otros países "individualmente o en conjunto"; y vi) la restrictividad del comercio debería evaluarse en función de sus efectos en el "potencial" de crecimiento de esas importaciones, y no de los efectos reales de la medida.[2675] Con respecto a los puntos ii)-vi) *supra*, la República Dominicana se remite a la Recomendación del Comité OTC[2676] que, según la descripción de este país, ofrece un "contexto útil" para interpretar la expresión "restringir[] el comercio" del párrafo 2 del artículo 2.[2677]

7.1050. Cuba aduce que la restrictividad del comercio debe evaluarse examinando si una medida tiene "un efecto limitativo en el comercio".[2678] En relación con esta norma, Cuba sostiene que es suficiente que se identifiquen efectos perjudiciales para la posición de los exportadores, como la restricción del acceso a los mercados, la incertidumbre que pueda afectar a la inversión y el aumento de los costos.[2679] A juicio de Cuba, una medida puede restringir el comercio aunque no cause la reducción del volumen de las importaciones, ya que basta con que se identifiquen efectos perjudiciales para la posición de los exportadores[2680] o con que se demuestren efectos de la medida en las oportunidades comerciales de los productos importados.[2681] Cuba aduce que la Recomendación del Comité OTC[2682] "proporciona al Grupo Especial una guía para el análisis de la restricción del comercio en virtud del artículo 2.2". Cuba señala que la Recomendación no solo tiene que ver con el volumen de las importaciones, sino también con su valor y potencial de crecimiento, lo cual, en opinión de Cuba, es particularmente relevante en cuanto al argumento sobre el cambio a productos de menor precio (analizado con más detalle *infra*). Cuba añade que estos "criterios" para la evaluación de una restricción del comercio van más allá del simple análisis de los "efectos reales en el comercio", y apoyan sus argumentos relativos a la pertinencia de las oportunidades de competencia para determinar si un reglamento técnico es restrictivo del comercio.[2683]

7.1051. Indonesia aduce que la restrictividad del comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 significa "algo que tiene un efecto limitador en el comercio", y que las medidas que restringen el comercio son aquellas que niegan oportunidades de competencia a las importaciones.[2684] Indonesia aduce que el alcance de la expresión "restringirán el comercio" es amplio y no obliga a demostrar efectos reales en el comercio, ya que la atención debe centrarse en las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados[2685] o los competidores en el mercado.[2686] A este respecto, Indonesia afirma que "durante más de 60 años, el GATT y la OMC se

[2675] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477; y a Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, Nota de la Secretaría, "Actualización de las decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la Ronda de Tokio relativas a los procedimientos de notificación y de intercambio de información", G/TBT/W/2/Rev.1, 21 de junio de 1995); y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 930.

[2676] Véase la nota 2666 *supra*.

[2677] Respuesta de la República Dominicana a las preguntas 117 y 118 del Grupo Especial.

[2678] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 398.

[2679] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 400 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.240; y a los informes de los Grupos Especiales del GATT, *CEE - Semillas oleaginosas I*, párrafo 150; y *Estados Unidos* - Superfund, párrafo 5.2.2).

[2680] Respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[2681] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 225.

[2682] Véase la nota 2666 *supra*.

[2683] Respuesta de Cuba a la pregunta 118 del Grupo Especial.

[2684] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 393 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319; y al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.455).

[2685] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 393 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477).

[2686] Respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

han basado en el entendimiento de que no es necesario que los reclamantes demuestren efectos de carácter cuantitativo en el comercio para demostrar que una medida es incompatible con el GATT o con un acuerdo de la OMC", y que "el diseño, la estructura y la arquitectura de una medida pueden bastar para indicar si esa medida restringe el comercio". Indonesia observa que puede darse el caso de que el examen del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de una medida realizado por un grupo especial plantee dudas sobre si existe un efecto limitativo de las oportunidades de competencia y, cuando sucede esto, es posible que el reclamante tenga que ir más allá y demostrar algo más, como efectos en el comercio de valor cuantitativo.[2687] Indonesia aduce que la Recomendación del Comité OTC[2688] proporciona un contexto importante para que el Grupo Especial interprete el párrafo 2 del artículo 2. En opinión de Indonesia, en dicha Recomendación se indica que: i) un efecto en un producto determinado, un grupo de productos o productos en general puede dar lugar a un efecto significativo en el comercio; ii) entre las medidas que tienen un efecto significativo en el comercio se incluyen las que afectan al valor de las importaciones (con inclusión del efecto de cambio de marcas premium a marcas de menor precio), pero las "medidas también pueden afectar a la 'importancia que tengan [las importaciones] por otros motivos'", con respecto a lo cual Indonesia señala la importancia del sector del tabaco que han destacado determinados terceros menos adelantados; iii) un "efecto significativo en el comercio" puede referirse a "otros Miembros, individualmente o en conjunto"; y iv) la frase "las dificultades que supone para los productores de otros Miembros cumplir el reglamento técnico en proyecto" "podría" respaldar el argumento de que cabría incluir los costos de cumplimiento en la evaluación de la restrictividad del comercio (no obstante el hecho de que Indonesia no ha alegado que los costos de cumplimiento den lugar a que se restrinja el comercio).[2689]

7.1052. Australia aduce que el sentido corriente del término "restricción" es "algo que restringe a alguien o algo, una limitación de la acción, una condición o reglamentación limitativa" y que, cuando se utiliza en conjunción con la palabra "comercio", la palabra "restricción" significa "algo que tiene un efecto limitador en el comercio".[2690] A juicio de Australia, un reglamento técnico tendrá un "efecto limitador en el comercio" cuando cree un "obstáculo" (que Australia equipara a una "traba" o "impedimento") al comercio internacional.[2691]

7.1053. En opinión de Australia, la demostración de que un reglamento técnico crea un obstáculo al comercio internacional no requiere pruebas de "efectos reales en el comercio", sino que más bien puede discernirse del diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida.[2692] Australia observa que "un posible modo" de demostrar la restrictividad del comercio es demostrar que el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado en detrimento de los productos importados frente a los productos nacionales.[2693] Sostiene, sin embargo, que, al no haberse presentado una alegación en ese sentido, no basta con que los reclamantes hagan referencia a cambios en las condiciones del mercado en abstracto, sin demostrar también que esos cambios tienen un efecto limitativo en el comercio internacional.[2694] Por lo tanto, Australia reconoce "que los obstáculos erigidos a la entrada o el aumento de los costos de cumplimiento pueden ser pertinentes para determinar si una medida restringe el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2", pero "solo si han dado lugar a un efecto limitativo en el comercio general de productos de tabaco".[2695] Según Australia, a no ser que "el diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico demuestren que dará lugar a un efecto limitativo en el comercio internacional, se precisarán pruebas de efectos reales en el comercio para establecer que la medida, de hecho, restringe el comercio".[2696] Australia aduce que los reclamantes "se han limitado a afirmar que la medida de empaquetado genérico del tabaco ha modificado las condiciones de competencia en el mercado australiano de tabaco", pero no han demostrado que esos efectos se hayan producido como resultado de las medidas TPP, ni que tales modificaciones

[2687] Respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2688] Véase la nota 2666 *supra*.
[2689] Respuesta de Indonesia a la pregunta 118 del Grupo Especial.
[2690] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 524.
[2691] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 525.
[2692] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 525; y respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2693] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 526; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 374.
[2694] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 527.
[2695] Respuesta de Australia a las preguntas 68 y 117 del Grupo Especial. Véase también la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 547.
[2696] Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

hayan dado lugar a un efecto limitativo en el comercio general de productos de tabaco.[2697] Australia afirma que las alegaciones de restrictividad del comercio planteadas por los reclamantes obligan a estos a aportar pruebas y argumentos que justifiquen los efectos reales en el comercio, algo que no han hecho.[2698]

7.1054. En este contexto, Australia entiende que la expresión "efecto en el comercio" se refiere a "el efecto en el comercio de todos los Miembros de la OMC en los productos objeto de la medida; en este caso, los productos de tabaco".[2699] Asimismo, Australia afirma que "el alcance del análisis debe abarcar necesariamente el comercio internacional más en general, y no el comercio solo con respecto a un único Miembro", porque "una medida que restringe o limita el comercio para un Miembro ... pero aumenta el comercio para todos los demás Miembros, de manera que hay un incremento neto del comercio, no restringirá el comercio, sin más, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC" (aun cuando tal medida pudiera incumplir la obligación de trato de la nación más favorecida (NMF) prevista en el párrafo 1 del artículo 2).[2700] A este respecto, Australia aduce que la Recomendación del Comité OTC[2701] no ayuda al Grupo Especial a determinar si una medida "restring[e] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC[2702], puesto que carece de importancia desde el punto de vista interpretativo.[2703]

7.2.5.4.1.2 Principales argumentos de los terceros

7.1055. El Brasil aduce que el artículo 2 del Acuerdo OTC establece condiciones distintas y acumulativas que deben informar la adopción y aplicación de reglamentos técnicos por los Miembros de la OMC. El Brasil cita la declaración del Órgano de Apelación de que "[e]n último término, el cometido de un grupo especial con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 es determinar si el reglamento técnico en litigio restringe el comercio internacional más allá de lo necesario para alcanzar el grado de contribución de ese reglamento técnico al logro de un objetivo legítimo".[2704] Pueden utilizarse pruebas y argumentos que justifiquen los efectos reales en el comercio para demostrar la restrictividad del comercio en el sentido de "obstáculos innecesarios al comercio". Sin embargo, no es necesario que las pruebas cuantifiquen la restricción del comercio, que puede evaluarse cualitativamente en función de las contribuciones al objetivo legítimo.[2705]

7.1056. El Canadá aduce que una medida puede "restringir[] el comercio" si tiene un efecto limitativo en el comercio, y que ese efecto puede ser consecuencia de la modificación de las condiciones de competencia de los productos importados, de una reducción del volumen del comercio de un Miembro en particular *o* del volumen global del comercio, de una prohibición de las importaciones o del aumento de los costos de cumplimiento en que incurren los fabricantes. Determinar la restrictividad del comercio exclusivamente y en todas las circunstancias sobre una base cuantitativa rígida no es compatible con la amplia interpretación que han dado a la expresión anteriores grupos especiales y el Órgano de Apelación.[2706] Aunque puede utilizarse un análisis de los efectos *reales* en el comercio para *confirmar* que una medida tiene un cierto grado de restrictividad del comercio, ese análisis no es necesario en todos los casos como cuestión de carga de la prueba. No debería determinarse si una medida "restring[e] el comercio" únicamente mediante un ejercicio empírico; más bien, el sentido corriente de las palabras en su contexto indica que la expresión comprende un amplio conjunto de circunstancias.[2707]

[2697] Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2698] Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2699] Respuesta de Australia a las preguntas 68, 117 y 151 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 366.
[2700] Respuesta de Australia a las preguntas 68 y 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 366.
[2701] Véase la nota 2666 *supra*.
[2702] Respuesta de Australia a la pregunta 118 del Grupo Especial.
[2703] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 397, nota 380.
[2704] Respuesta del Brasil en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 471).
[2705] Respuesta del Brasil en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2706] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 375; y a los informes de los Grupos Especiales, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 7.426; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.569).
[2707] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.

7.1057. China aduce que la restrictividad del comercio de la medida en litigio es una cuestión previa y que las medidas que no restringen el comercio no pueden ser incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2. China argumenta, en referencia al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)*, que "restringir[] el comercio" significaría "[algo] que tiene un efecto limitador en el comercio".[2708] China afirma que el Grupo Especial podría considerar la cuestión de si la demostración de que el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado en detrimento de los productos importados frente a los productos nacionales es la única manera de establecer un efecto de restricción del comercio. Esa opinión podría significar, a juicio de China, que el análisis a tenor del párrafo 2 del artículo 2 depende en gran medida del resultado del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2. China recuerda que el Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* estableció una distinción entre la índole del análisis que debe llevarse a cabo en el marco del párrafo 2 del artículo 2 y la del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2.[2709]

7.1058. China aduce asimismo que el sentido de la palabra "restricciones" del artículo XI del GATT de 1994 puede informar la interpretación de "restrictividad del comercio" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación ha constatado que "no es necesario demostrar [el efecto limitativo de las restricciones] cuantificando los efectos de la medida en litigio", sino que "se puede[] demostrar a través del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida en litigio considerados en su contexto pertinente". Así pues, las pruebas y argumentos que justifiquen los efectos reales en el comercio pueden ayudar a evaluar la "restrictividad del comercio", pero no se requerirán necesariamente.[2710]

7.1059. La Unión Europea aduce que la expresión "obstáculos [...] al comercio internacional" que figura en la primera frase del párrafo 2 del artículo 2 y la expresión "restringir[] el comercio" de la segunda frase de dicha disposición se informan mutuamente. La Unión Europea observa que la restrictividad del comercio a que hace referencia la segunda frase es internacional, no obstante la ausencia de ese término en dicha frase, y que el párrafo 2 del artículo 2 no se refiere a las restricciones del comercio que tienen lugar exclusivamente dentro de un Miembro de la OMC. "Parece que puede haber un matiz ligeramente distinto entre el término 'obstáculo', que también daría a entender algo que puede ser superado, y el término 'restricción', que también daría a entender un efecto limitativo".[2711] Sin embargo, cabe aducir también que algo solo sería un obstáculo si superarlo supusiera un costo, y que un costo normativo adicional podría equivaler a una restricción del comercio aunque las empresas puedan asumirlo o mitigarlo, o lo asuman o mitiguen. El examen de todos los casos en que los términos obstáculo y restricción figuran en el Acuerdo OTC no indica que no se utilicen indistintamente. En el Acuerdo OTC también se hace referencia a un efecto en el comercio de otros Miembros[2712], y la Unión Europea señala casos en que el Órgano de Apelación ha constatado que expresiones diferentes tienen el mismo sentido o sentidos muy similares.[2713]

7.1060. Según la Unión Europea, la restricción del comercio es algo que puede ser "observado" comparando la diferencia entre datos históricos (a los que no afecta la medida) y datos actuales, y determinando que la medida causa la restricción del comercio. La restricción del comercio también puede determinarse sobre la base de una hipótesis o referirse al futuro, pero ser determinada sobre la base del diseño y la arquitectura de la medida y de todos los hechos conexos. Por lo tanto, cabe la posibilidad de que, tras la adopción de la medida, el comercio internacional aumente por otras razones, pero no obstante la medida restrinja el comercio, porque impide un aumento mayor que en otro caso tendría lugar. Por otra parte, la posibilidad de que las empresas tomen medidas para asumir, mitigar o superar el obstáculo no significa necesariamente que no exista restricción del comercio. Así pues, es preciso evaluar la cuestión de si existe o no un obstáculo al comercio internacional, una restricción del comercio o un efecto en el comercio sobre la base de todos los hechos pertinentes. Puede ser necesario recurrir a hipótesis o supuestos, apoyados por pruebas suficientes, sobre todo en los casos en que se dan complejas interacciones entre distintas medidas, que surten sus efectos con el tiempo. Sin embargo, un órgano resolutorio tiene que

[2708] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 73; y respuesta de China en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2709] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafos 73-74.
[2710] Respuesta de China en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2711] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 54.
[2712] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 54.
[2713] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 55.

actuar con cautela y prudencia al tratar con hipótesis o supuestos.[2714] La Unión Europea considera que no se podría sostener una alegación de infracción del párrafo 2 del artículo 2 sobre la base de un supuesto obstáculo al comercio internacional, una supuesta restricción del comercio o un supuesto efecto en el comercio que fueran excesivamente hipotéticos o remotos.[2715]

7.1061. La Unión Europea añade que, si bien volumen y precio guardan una estrecha relación, y el beneficio de una corriente comercial se mide en términos tanto de volumen como de precio (o valor), las partes en los presentes procedimientos parecen concebir el concepto de restricción del comercio principalmente en términos de volumen. Los reclamantes parecen aducir que una medida que aumenta los precios (o los costos) reducirá los volúmenes, si los demás factores no varían. A este respecto, la Unión Europea considera que, si una medida impone mayores costos al comercio, a corto o largo plazo, incluidos mayores obstáculos a la entrada, entonces, si los demás factores no varían, puede dar lugar a una restricción del comercio.[2716]

7.1062. La Unión Europea observa que algunas partes equiparan el concepto "de efecto perjudicial en las condiciones u oportunidades de competencia utilizado en el contexto de las alegaciones de discriminación *de facto*" con el de restricción del comercio a los efectos del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, según la Unión Europea, los párrafos 1 y 2 del artículo 2 se ocupan de cuestiones distintas -el párrafo 1 se ocupa de la cuestión de la discriminación mientras que el párrafo 2 se ocupa de la cuestión de la necesidad-. Una medida puede no ser discriminatoria pero entrañar un alto grado de restricción del comercio y ser innecesaria. A la inversa, una medida puede tener un grave efecto perjudicial o ser muy discriminatoria pero no restringir el comercio y ser completamente necesaria. En consecuencia, la Unión Europea no está de acuerdo en que la cuestión de si existe restrictividad del comercio deba ser evaluada en relación con los productos nacionales. Una medida podría tener efectos en los productos nacionales e importados por igual y seguir entrañando un alto grado de restricción del comercio.[2717]

7.1063. La Unión Europea no considera que el comercio afectado deba tener lugar necesariamente entre el Miembro reclamante y el Miembro demandado. Puesto que el párrafo 2 del artículo 2 se refiere únicamente a un obstáculo al comercio internacional o a una restricción del comercio, y no exige, a diferencia del párrafo 1 del artículo 2, una comparación entre los productos nacionales y los importados, o entre los productos originarios de dos o más terceros países, la restricción del comercio en cuestión podría tener lugar con respecto al comercio de cualquier Miembro de la OMC.[2718] Una medida que restringe o limita el comercio para un Miembro pero aumenta el comercio para todos los demás Miembros no restringirá el comercio, sin más, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La Unión Europea entiende que el efecto relativo de una medida entre distintos Miembros exportadores, o entre el Miembro exportador y el Miembro importador (cuestiones como la diferenciación de marcas o el cambio a productos de menor precio objeto de las alegaciones de los reclamantes en el presente asunto), en general, "se presta más a ser considerado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 que en el marco del párrafo 2 del artículo 2".[2719] En lo tocante a las medidas neutrales con respecto al origen que no entrañan una discriminación *de facto*, la Unión Europea considera que no basta con medir la restrictividad del comercio por referencia a un reclamante o varios reclamantes. Los reclamantes no parecen aducir que la medida en litigio les afecta de alguna forma especial, distinta a la forma en que afecta a otros Miembros. Por consiguiente, la Unión Europea estima que no bastaría que un reclamante demostrara que el volumen de su comercio ha disminuido (si hubiera aumentado el volumen del comercio de algún otro reclamante o algunos otros reclamantes).[2720]

7.1064. Por último, la Unión Europea afirma que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC ofrece contexto para la interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Explica que cabe la posibilidad de que haya una medida que complique el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, en el sentido del artículo 20, y que cause una

[2714] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 56.
[2715] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 57.
[2716] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 58.
[2717] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 59.
[2718] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 60.
[2719] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 62.
[2720] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.

restricción del comercio, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2; sin embargo, esto no es algo que suceda automáticamente, y tendría que ser demostrado por los Miembros reclamantes.[2721]

7.1065. El Japón aduce que el examen de la "restrictividad del comercio" en el marco de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 debe basarse en un examen del diseño, la arquitectura, la estructura y el funcionamiento de la medida. Para ello puede ser necesario averiguar si, de no haber existido las medidas en cuestión, podría no haber tenido lugar una modificación de las oportunidades de competencia perjudicial para las importaciones, en su conjunto o en parte. Para confirmar este examen se puede hacer referencia al efecto real en el comercio, pero el efecto real en sí mismo podrá no revelar necesariamente la restrictividad del comercio, ya que la causa del efecto real en el comercio pueden ser diversos factores distintos de las medidas en cuestión. El Japón aduce que ello es coherente con la constatación del Órgano de Apelación de que "puede ser suficiente en las circunstancias particulares de un caso determinado, la demostración de un efecto que limita las oportunidades de competencia en términos cualitativos".[2722]

7.1066. Nueva Zelandia aduce que en las comunicaciones de los reclamantes se intenta ampliar el concepto de "restrictividad del comercio" del párrafo 2 del artículo 2 más allá de su sentido corriente, sin que la jurisprudencia de la OMC respalde esa tesis. La restrictividad del comercio puede evaluarse examinado las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados pero, como ha aducido Australia, la cuestión principal es "si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado de manera que tiene un efecto limitativo en el comercio de los productos importados sujetos a ese reglamento".[2723]

7.1067. Nueva Zelandia sostiene, en referencia a las observaciones formuladas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, que son útiles para orientar la evaluación por el Grupo Especial de la cuestión de si las medidas TPP "restring[en] el comercio". Concretamente, dado "que las medidas de Australia son medidas internas no discriminatorias que abordan un objetivo legítimo, habría que exigir a los reclamantes que aportaran pruebas y argumentos justificantes de los efectos reales en el comercio y que demostraran la existencia y la amplitud de la restrictividad del comercio respecto de las medidas de Australia".

7.1068. Nicaragua observa que en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no se menciona en absoluto la discriminación y que, para constatar que un reglamento técnico constituye un "obstáculo innecesario al comercio internacional", no es pertinente considerar ningún efecto discriminatorio. Según Nicaragua, el examen de pruebas relativas a los efectos reales en el comercio no es inadecuado, pero la demostración de efectos reales en el comercio no es necesaria, puesto que la obligación en el marco de la OMC protege las oportunidades de competencia. Nicaragua hace referencia a *Estados Unidos - EPO*, en el cual el Órgano de Apelación coincidió con las constataciones del Grupo Especial de que no era necesario demostrar efectos reales en el comercio en un examen en el marco del párrafo 2 del artículo 2. El análisis de la restrictividad del comercio se refiere a la posibilidad de que un reglamento técnico afecte desfavorablemente a las condiciones y oportunidades de competencia y, por lo tanto, se centra en "la estructura, la arquitectura y el diseño de la medida" más que en los efectos reales en el comercio. La nota 643 de los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)* apoya la tesis de que es suficiente demostrar "un efecto que limita las oportunidades de competencia en términos cualitativos" para demostrar la restrictividad del comercio del reglamento técnico.[2724]

7.1069. Noruega sostiene que la evaluación de si un reglamento técnico "restringe el comercio" requiere establecer si la medida impone condiciones restrictivas que limitan el comercio internacional. Por lo tanto, el párrafo 2 del artículo 2 se ocupa de cuestiones distintas de las que aborda el párrafo 1 del artículo 2. Según Noruega, las constataciones de incompatibilidad con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 no carecerían sin embargo de pertinencia para la evaluación en

[2721] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 63.
[2722] Respuesta del Japón en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2723] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 87 (donde se cita la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 525).
[2724] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208).

el marco del párrafo 2 del artículo 2. Por ejemplo, que una medida discrimine contra los productos importados en su conjunto, en comparación con los productos nacionales similares, puede indicar que la medida también restringe el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Por otra parte, una medida puede restringir el comercio aunque tenga el mismo efecto en los bienes nacionales y los importados. Esta idea está implícita en la referencia que hizo el Órgano de Apelación, en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, a "la existencia y la amplitud de la restricción del comercio respecto de medidas internas no discriminatorias". Sin embargo, el Órgano de Apelación ha subrayado que la demostración de la existencia y la amplitud de la restricción del comercio respecto de medidas internas no discriminatorias puede exigir "pruebas y argumentos justificantes de los efectos reales en el comercio", en contraposición a las medidas discriminatorias *de jure*, en las cuales la modificación perjudicial de las oportunidades de competencia "puede ser evidente". Ello parece indicar que en esos casos puede plantearse que recae en el reclamante la carga de demostrar una alegación de restricción del comercio.[2725] Noruega comparte las opiniones de la Unión Europea y Australia de que cuando se evalúa si una medida limita el comercio internacional, y en qué grado, hay que centrarse en el comercio desde una perspectiva más general, y no únicamente en el comercio con respecto a un único Miembro. También coincide con la Unión Europea en que "las cuestiones concernientes al efecto relativo de una medida entre distintos Miembros exportadores, o entre el Miembro exportador y los Miembros importadores (cuestiones como la diferenciación de marcas o la orientación del consumo hacia productos de menor precio, objeto de las alegaciones de los reclamantes en el presente asunto), en general, se presta[n] más a ser considerad[as] en el marco del párrafo 1 del artículo 2 que en el marco del párrafo 2 del artículo 2".[2726] Por último, Noruega considera que el efecto de una medida en el acceso a los mercados o los costos de cumplimiento puede ser pertinente para determinar si restringe el comercio, siempre que haya tenido un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco.[2727]

7.1070. Singapur hace referencia a la declaración del Órgano de Apelación en la nota 643 de su informe en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, que indica que puede ser difícil para los reclamantes demostrar la modificación perjudicial de las oportunidades de competencia con respecto a medidas internas no discriminatorias. La restrictividad del comercio "debería considerarse un criterio absoluto, más que relativo (en el sentido de comparación con otro 'producto similar')". Para Singapur, el criterio de la "modificación de las oportunidades de competencia" tiene sus raíces en las disciplinas basadas en la discriminación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y los artículos I y III del GATT de 1994. Singapur invita al Grupo Especial a considerar si es adecuado importar un criterio tan relativo. Sostiene que las pruebas de efectos reales en el comercio no son un requisito para demostrar la existencia y la amplitud de la restrictividad del comercio respecto de medidas internas no discriminatorias que abordan un objetivo legítimo, y que se puede determinar la restrictividad del comercio mediante "las características del reglamento técnico en litigio puestas de manifiesto en su diseño y estructura".[2728]

7.2.5.4.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1071. Como se ha explicado *supra*, lo que tratamos de establecer en esta etapa de nuestro análisis es la "restrictividad del comercio" de las medidas TPP, como un elemento del análisis más amplio de si restringen el comercio *más* de lo necesario en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.

7.1072. El Órgano de Apelación interpretó la palabra "restricción" en el sentido de que se refiere a "algo que restringe a alguien o algo, una limitación de la acción, una condición o reglamentación limitativa" y, en consecuencia, constató, en el contexto del párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994, que dicha palabra se refiere en términos generales a algo que tiene un efecto limitativo. Determinó asimismo que el término, como se utiliza en el párrafo 2 del artículo 2, junto con la

[2725] Respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208, nota 643).

[2726] Respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.

[2727] Respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.

[2728] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208).

palabra "comercio", significa "algo que tiene un efecto limitador en el comercio".[2729] Específicamente, lo que está en cuestión en este contexto es el efecto limitativo de la medida en el comercio *internacional*, como deja claro la referencia al "comercio internacional" que figura en la primera frase del párrafo 2 del artículo 2. Por consiguiente entendemos que un reglamento técnico "restring[e] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 si tiene un efecto limitativo en el comercio internacional.[2730]

7.1073. Observamos que anteriores grupos especiales[2731] y el Órgano de Apelación[2732] han evaluado la restrictividad del comercio de reglamentos técnicos específicos por referencia a su efecto limitativo en las "oportunidades de competencia" de que disponen los productos importados.[2733] En esas diferencias, la restrictividad del comercio de los reglamentos técnicos en cuestión se determinó realizando también una evaluación independiente de la cuestión de si el reglamento técnico daba a los productos importados un trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[2734]

7.1074. La manera en que se justifica una afirmación de restrictividad del comercio puede variar de un caso a otro. Así, el Órgano de Apelación ha constatado que se puede justificar la afirmación de que un reglamento técnico restringe el comercio sobre la base de que el reglamento técnico tiene un efecto que limita las oportunidades de competencia "en las circunstancias particulares de un caso determinado ... en términos cualitativos".[2735] El Órgano de Apelación también ha aclarado que, en algunos casos, "la modificación perjudicial de las oportunidades de competencia puede ser evidente respecto de determinadas medidas discriminatorias *de jure*, mientras que pueden requerirse pruebas y argumentos justificantes de los efectos reales en el comercio para demostrar la existencia y la amplitud de la restrictividad del comercio respecto de medidas internas no discriminatorias que aborden un objetivo legítimo".[2736] Esta constatación confirma que se puede constatar que las "medidas internas no discriminatorias" "restring[en] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Ello es coherente, a nuestro juicio, con el hecho de

[2729] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319 (no se reproducen las notas de pie de página). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 375.

[2730] Como expuso el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319, citado también *supra*, "[a]sí pues, el párrafo 2 del artículo 2 se refiere a las restricciones al comercio internacional", afirmación coherente con la primera frase de ese párrafo, que utiliza la expresión "obstáculos innecesarios al comercio internacional" y no solo "obstáculos innecesarios al comercio". La palabra "internacional" califica al término "comercio" en otras disposiciones esenciales del Acuerdo OTC, como "el comercio internacional" (tercer considerando del preámbulo), "restricción [...] del comercio internacional" (sexto considerando del preámbulo), "obstáculos [...] al comercio internacional" (quinto considerando del preámbulo; párrafo 5 del artículo 2; párrafo 1.2 del artículo 5; y párrafo E del Anexo 3).

[2731] Informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 7.367-7.370; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.572.

[2732] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208 y nota 643 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477).

[2733] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477. Como expuso el Órgano de Apelación, el Grupo Especial encargado de aquel asunto "consideró que la medida tiene un grado considerable de restricción del comercio toda vez que limita las oportunidades de competencia del ganado importado *en comparación con la situación anterior a la promulgación de la medida sobre el EPO*". *Ibid.,* (sin cursivas en el original). En *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación señaló la constatación del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC de que el régimen de la UE para las focas "considerado en su totalidad, restringe el comercio porque 'tiene un efecto limitador en el comercio' al prohibir que determinados productos derivados de las focas, incluidos los importados del Canadá y Noruega, tengan acceso al mercado de la UE". Ibid., párrafo 5.205. El Órgano de Apelación observó además en ese informe que, al referirse a la prohibición de la importación de productos derivados de las focas, "incluidos los importados del Canadá y Noruega", el Grupo Especial puede haber hecho referencia no solo al efecto restrictivo de la prohibición, sino también a cualquier efecto discriminatorio restrictivo causado por la desviación del comercio entre importaciones de productos derivados de las focas procedentes de países diferentes. *Ibid*., párrafo 5.205, nota 1269.

[2734] En los presentes procedimientos, las partes no han mantenido alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Observamos que todos los reclamantes identificaron el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC como fundamento jurídico de sus respectivas reclamaciones, pero no presentaron argumentos con respecto a esas alegaciones ni solicitaron constataciones con respecto a esa disposición.

[2735] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208 (no se reproduce la nota de pie de página).

[2736] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208, nota 643.

que los párrafos 1 y 2 del artículo 2 establecen obligaciones distintas con respecto a los reglamentos técnicos, que conciernen, respectivamente, al trato dado a los productos importados en relación con los otros productos importados y en relación con los productos nacionales, y la restrictividad del comercio. Si bien la existencia de discriminación puede contribuir a establecer la "restrictividad del comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, la determinación de "restrictividad del comercio" no depende de que exista un trato discriminatorio de los productos importados.

7.1075. Cómo haya que demostrar la existencia y la amplitud de la restrictividad del comercio con respecto a los reglamentos técnicos que no se alega que sean discriminatorios dependerá, como sucede con otros reglamentos técnicos, de las circunstancias de un caso determinado.[2737] Sin embargo, como ha destacado el Órgano de Apelación, si no hay ninguna alegación de restricción *de jure* de las oportunidades de que las importaciones compitan en el mercado, ni de ninguna supuesta discriminación a este respecto (entre importaciones o entre productos importados y nacionales), se requerirá una demostración suficiente para establecer la existencia y la amplitud de cualquier "efecto limitativo" en el comercio internacional resultante del reglamento técnico impugnado.

7.1076. Como ha observado el Órgano de Apelación, no siempre será posible cuantificar un factor determinado analizado con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, o cuantificarlo con precisión, debido, entre otras cosas, a la naturaleza del objetivo perseguido y al nivel de protección que se trata de alcanzar, a la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas con que contemos en el momento de realizar nuestro análisis, o a las características del reglamento técnico en litigio puestas de manifiesto en su diseño y estructura.[2738] Cuando se disponga de diferentes métodos para evaluar la restrictividad del comercio sobre la base de los hechos y argumentos aportados por las partes, corresponderá al grupo especial "adoptar o desarrollar un método que sea idóneo para realizar una evaluación correcta" respecto del reglamento técnico de que se trate.[2739] En función de las circunstancias del caso, esa demostración podrá basarse en argumentos y pruebas que sean cualitativos o cuantitativos, o ambas cosas, incluidas pruebas relativas a las características de la medida impugnada puestas de manifiesto en su diseño y funcionamiento.

7.1077. En los presentes procedimientos, las partes han expresado opiniones diferentes sobre la forma en que el Grupo Especial debería evaluar en qué grado restringen el comercio las medidas impugnadas. A este respecto, Australia sostiene que el efecto de las medidas TPP en el comercio internacional debería evaluarse sobre la base de su efecto en el comercio *con todos los Miembros de la OMC*, considerado en su conjunto, de los productos objeto de las medidas (es decir, los "productos de tabaco" según se definen en la Ley TPP).[2740] Como se ha descrito *supra*, los reclamantes consideran que la Recomendación del Comité OTC[2741] sobre el sentido de la expresión "efecto significativo en el comercio de otros Miembros" del párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC ofrece orientación para el análisis de la restrictividad del comercio a tenor del párrafo 2 del artículo 2 y deja claro que la interpretación de Australia es incorrecta. Australia considera que la Recomendación del Comité OTC carece de importancia desde el punto de vista interpretativo.[2742]

7.1078. No vemos base alguna en el texto del párrafo 2 del artículo 2 para dar por supuesto, como propone Australia, que los efectos de un reglamento técnico en el comercio internacional, y

[2737] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208. Observamos también que, en el contexto de su interpretación del término "restricción" del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 (en el que se ha basado en el contexto de la interpretación de la "restricción del comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC), el Órgano de Apelación señaló que "no es necesario demostrar est[os efectos limitativos] cuantificando los efectos de la medida en litigio; esos efectos limitativos se pueden demostrar a través del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida en litigio considerados en su contexto pertinente". Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 5.217.

[2738] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208.

[2739] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.210.

[2740] Véanse la respuesta de Australia a las preguntas 68, 117 y 151 del Grupo Especial; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 366.

[2741] Véase la nota 2666 *supra*.

[2742] Respuesta de Australia a la pregunta 127 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 397, nota 380.

concretamente la existencia y la amplitud de un efecto de "restri[cción[[d]el comercio", deban evaluarse únicamente sobre la base del efecto de la medida en el comercio de todos los Miembros de la OMC, de todos los productos objeto del reglamento técnico. De hecho, consideramos que la adopción de esa interpretación haría que los Miembros de la OMC no pudieran recurrir al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC respecto de un producto determinado cuando su comercio de ese producto estuviera siendo restringido, en el caso de que el comercio de otro Miembro o Miembros aumentara. Es más, siguiendo la lógica de Australia, para que una alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 prosperase, los Miembros tendrían que establecer en todos los casos la existencia de un efecto limitativo no solo con respecto a sus propias exportaciones, sino con respecto a la totalidad de las exportaciones de todos los Miembros. A nuestro juicio, tal interpretación entrañaría la reducción de los derechos de los Miembros en virtud del párrafo 2 del artículo 2.

7.1079. Consideramos que el contexto del párrafo 2 del artículo 2, y en particular el párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC, ofrece orientación útil a este respecto. La parte introductoria del párrafo 9 del artículo 2 dispone lo siguiente:

> En todos los casos en que no exista una norma internacional pertinente o en que el contenido técnico de un reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con el contenido técnico de las normas internacionales pertinentes, y siempre que dicho reglamento técnico pueda tener un *efecto significativo en el comercio de otros Miembros*, los Miembros ... (sin cursivas en el original)

7.1080. En los apartados inmediatamente siguientes a esta parte introductoria se establecen prescripciones para los Miembros de la OMC con respecto, entre otras cosas, a la publicación del proyecto de introducción de un reglamento técnico y a la notificación a los demás Miembros de cuáles serán los productos abarcados por el reglamento técnico, indicando brevemente su objetivo y razón de ser.

7.1081. Observamos que, como han señalado los reclamantes, el Comité OTC adoptó una recomendación a fin de "lograr que se adoptara un método coherente de selección de los proyectos de reglamentos técnicos ... que han de notificarse" de conformidad con el párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La Recomendación del Comité OTC establece lo siguiente:

i. para los fines de los artículos 2.9 y 5.6, el concepto de "efecto significativo en el comercio de otros Miembros" puede referirse al efecto:

   - de un solo reglamento técnico o procedimiento para la evaluación de la conformidad o de varios reglamentos técnicos o procedimientos para la evaluación de la conformidad combinados;

   - en el comercio de un producto determinado, de un grupo de productos o de productos en general; y

   - entre dos o más Miembros.

ii. al evaluar la importancia del efecto que ejercen sobre el comercio los reglamentos técnicos, el Miembro interesado debe considerar elementos tales como:

   - el valor de las importaciones procedentes de otros Miembros, individualmente o en conjunto, o la importancia que tengan por otros motivos para los Miembros importadores y/o exportadores interesados;

   - el potencial de crecimiento de esas importaciones; y

   - las dificultades que supone para los productores de otros Miembros cumplir el reglamento técnico en proyecto.

iii. el concepto de efecto significativo en el comercio de otros Miembros debe comprender los efectos tanto de aumento como de disminución de las importaciones en el comercio de otros Miembros, siempre y cuando esos efectos sean significativos.[2743]

7.1082. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 3 del ESD, los grupos especiales y el Órgano de Apelación deben aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Ello incluye, de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[2744] (Convención de Viena)[2745], tener en cuenta, juntamente con el contexto, todo "acuerdo ulterior" entre las partes. Por lo tanto, examinamos en qué medida cabe considerar que la Recomendación del Comité OTC[2746] constituye un "acuerdo ulterior" a los fines de interpretar la expresión "restringir[] el comercio" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.1083. La Recomendación del Comité OTC fue adoptada en 1995, tras la conclusión del Acuerdo OTC, por todos los Miembros de la OMC actuando conjuntamente por conducto del Comité OTC, por consenso.[2747] Sin embargo, como ha explicado el Órgano de Apelación, la medida en que una decisión de los Miembros informará la interpretación y aplicación de un término o una disposición en un caso concreto dependerá "del grado en que 'concretamente guarda[] relación' con la interpretación y aplicación del término o disposición de que se trate".[2748]

7.1084. Observamos en primer lugar que, según sus propios términos, la Recomendación del Comité OTC[2749] no pretende interpretar el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, o la noción de "restrictividad del comercio" de esa disposición. Más bien, identifica situaciones a las cuales puede hacer referencia el concepto de "efecto significativo en el comercio de otros Miembros" mencionado en el párrafo 9 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5, y consideraciones que los Miembros deben tener en cuenta al evaluar "la importancia del efecto que ejercen sobre el comercio los reglamentos técnicos" en el contexto de la aplicación de esas disposiciones.

7.1085. Teniendo en cuenta lo anterior, no nos queda claro que esos aspectos de la Recomendación tengan una función *que no sea* arrojar luz sobre "el concepto de 'efecto significativo en el comercio de otros Miembros'"[2750] a los efectos de la aplicación del párrafo 9 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5.[2751] En consecuencia, no consideramos que la Recomendación del Comité OTC[2752] "concretamente guarda[] relación" con la interpretación de la expresión "restrictividad del comercio" a que alude el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Consideramos, no obstante, que "concretamente guarda[...] relación" con la interpretación de la expresión "efecto significativo en el comercio de otros Miembros" del párrafo 2 del artículo 9 del Acuerdo OTC. En tanto en cuanto el propio párrafo 2 del artículo 9 ofrece un contexto pertinente para la interpretación del párrafo 2 del artículo 2, la orientación que proporciona la

[2743] Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, Nota de la Secretaría, "Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1º de enero de 1995", documento G/TBT/1/Rev.12 de la OMC, 21 de enero de 2015, página 22, sección 4.3.1.1 (titulada "Efecto significativo en el comercio de otros Miembros").

[2744] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/Conf.39/27.

[2745] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 258 ("De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, los grupos especiales y el Órgano de Apelación están obligados a aplicar las normas usuales de interpretación del derecho internacional público -incluida la norma contenida en el párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*-").

[2746] Véase la nota 2666 *supra*.

[2747] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 371.

[2748] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 372 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 265, donde a su vez se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 390).

[2749] Véase la nota 2666 *supra*.

[2750] Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, Nota de la Secretaría, "Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1º de enero de 1995", documento G/TBT/1/Rev.12 de la OMC, 21 de enero de 2015, página 22, sección 4.3.1.1 (titulada "Efecto significativo en el comercio de otros Miembros").

[2751] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 266. Véase también la nota 1436 *supra*.

[2752] Véase la nota 2666 *supra*.

Recomendación, que es también pertinente, debe informar nuestro entendimiento del contexto pertinente que ofrece el párrafo 9 del artículo 2.

7.1086. Aunque el concepto de "efecto significativo en el comercio de otros Miembros" no es idéntico a la expresión "restringir[] el comercio", según se utiliza en el párrafo 2 del artículo 2, ofrece un contexto pertinente en la medida en que arroja luz sobre la manera en que debe entenderse la palabra "comercio" de la expresión "restrictividad del comercio" con arreglo al párrafo 2 del artículo 2.[2753] Específicamente, como se señala en la Recomendación del Comité OTC[2754], un reglamento técnico puede tener distintos "efectos" en el comercio, entre ellos efectos "de aumento [y] de disminución de las importaciones". Uno de esos efectos puede ser "restringir" el comercio.

7.1087. Tomamos nota además de que la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que requiere a todo Miembro que elabore, adopte o aplique un reglamento técnico que tenga un "efecto significativo en el comercio de otros Miembros" que explique, a petición de otro Miembro, "la justificación del mismo a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo".[2755] El hecho de que pueda ser necesario "justificar" tanto un reglamento técnico que tenga un "efecto significativo en el comercio de otros Miembros" como un reglamento técnico que "restrin[ja] el comercio" sobre la base de si crean una restricción del comercio internacional que va más allá de lo necesario para alcanzar el grado de contribución de dicho reglamento al logro de un objetivo legítimo[2756] nos indica que hay, al menos, una superposición considerable entre el contenido de "efecto significativo en el comercio de otros Miembros" y el de "restrictividad del comercio". Por todas esas razones, no aceptamos la afirmación de Australia de que la Recomendación del Comité OTC[2757] carece de importancia desde el punto de vista interpretativo.

7.1088. La Recomendación del Comité OTC[2758] indica que el concepto de "efecto significativo en el comercio de otros Miembros", enunciado en el párrafo 9 del artículo 2, puede entenderse en el sentido de que se refiere, entre otras cosas, al efecto en el comercio de un producto determinado, de un grupo de productos o de productos en general y al *efecto en el comercio entre dos o más Miembros*. Asimismo, se invita a los Miembros a considerar, al evaluar la importancia de esos efectos en el comercio, el valor de las importaciones *procedentes de otros Miembros, individualmente o en conjunto*, o la importancia que tengan por otros motivos para los Miembros importadores y/o exportadores interesados. Consideramos que esta interpretación confirma la observación, que formulábamos en el párrafo 7.1078 *supra*, de que no es necesario evaluar la "restrictividad del comercio" de un reglamento técnico únicamente sobre la base del efecto de la medida en el comercio entre *todos* los Miembros de la OMC, de *todos los productos* objeto del reglamento técnico. Consideramos asimismo que la Recomendación del Comité OTC indica que, cuando se examinan los efectos de un reglamento técnico (con inclusión de la cuestión de si un reglamento técnico tiene un efecto *limitativo* en el comercio), deben tomarse en consideración "el valor de las importaciones [...] o la importancia que tengan por otros motivos para los Miembros importadores y/o exportadores interesados" y "los efectos tanto de aumento como de disminución de las importaciones en el comercio de otros Miembros".[2759]

[2753] Observamos también que la primera frase del párrafo 2 del artículo 2 requiere que no se elaboren o apliquen reglamentos técnicos que tengan por "*efecto* crear obstáculos innecesarios al comercio internacional". (sin cursivas en el original)

[2754] Véase la nota 2666*supra.*

[2755] Entendemos que la mención que en este contexto se hace en la versión inglesa de los "*paragraphs 2 to 4*" ("párrafos 2 a 4 del presente artículo", en la versión española) se refiere a los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.457.

[2756] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319.

[2757] Véase la nota 2666 *supra.*

[2758] Véase la nota 2666 *supra.*

[2759] Consideramos que apoya también esta conclusión la idea de que, en el contexto de los arbitrajes en virtud del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, la anulación o el menoscabo causado por una medida incompatible con las normas de la OMC se ha evaluado sobre la base del valor total del comercio de los productos afectados por la medida. Véanse, por ejemplo, las decisiones de los Árbitros, *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 42; y *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 43. Señalamos sin embargo que, al formular esta observación, no confundimos nuestra tarea de evaluar la compatibilidad de las medidas TPP con las obligaciones que corresponden a Australia en el marco de la OMC y la tarea de estimar el nivel de cualquier anulación o menoscabo que puedan causar las medidas TPP. Véase la decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 41.

7.1089. Tras haber aclarado el sentido de "restrictividad del comercio" con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la forma en que debe evaluarse, pasamos a examinar en qué grado restringen el comercio las medidas relativas al empaquetado genérico del tabaco.[2760]

7.2.5.4.2 Aplicación a las medidas TPP

7.2.5.4.2.1 Principales argumentos de las partes

7.1090. Honduras aduce que "[l]as restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio restringen el comercio por dos razones: afectan a las oportunidades de competencia de los productos de tabaco importados en el mercado australiano y acarrean costos de cumplimiento para los productores".[2761] Honduras aduce también que las medidas TPP restringen el comercio porque afectan a las oportunidades de competencia de los productos de tabaco importados de varias maneras, "a saber, eliminando la diferenciación de productos que opera como ventaja competitiva, debido a la repercusión que el aumento de los obstáculos a la entrada tiene en el acceso a los mercados y debido a los costos de cumplimiento"[2762] resultantes de las medidas.

7.1091. A juicio de Honduras, al restringir la forma en que las marcas de fábrica o de comercio pueden aparecer en el empaquetado de los productos de tabaco y en los productos de tabaco propiamente dichos, las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio perjudican a las oportunidades de competencia de los productos de tabaco importados y, por consiguiente, restringen el comercio. Honduras explica que, para entender la naturaleza de esta restricción del comercio es necesario valorar primero el papel crucial que desempeñan las marcas de fábrica o de comercio en el mercado. Honduras aduce que las marcas de fábrica o de comercio cumplen funciones importantes, como identificar el origen del producto, señalar su calidad, reducir los costos de las transacciones y los riesgos de compra, y fomentar la competencia leal. Honduras centra sus argumentos sobre la restrictividad del comercio en este último elemento y sostiene que el valor de una marca de fábrica o de comercio está directamente relacionado con el concepto de diferenciación de marcas -"para competir efectivamente, un productor tiene que ser capaz de diferenciar su producto de los que ofrecen sus competidores"-. Honduras afirma, en referencia al Profesor Steenkamp, que "la diferenciación ocupa un lugar central en la mercadotecnia moderna; hace que las empresas sean capaces de crear distinciones entre ofertas que compiten en un determinado mercado de productos ... de modo que los consumidores puedan establecer esas diferencias y actuar en consecuencia". Por lo tanto, las empresas se esfuerzan mucho por mostrar a los consumidores que sus productos son diferentes de los productos de sus competidores.[2763]

7.1092. Honduras añade que una manera de realzar la diferenciación es mediante el uso de marcas de fábrica o de comercio o "marcas". Honduras aduce, en referencia al Profesor Winer, que las marcas pueden definirse como "la propiedad exclusiva de un titular concreto [que] se ha desarrollado con el tiempo hasta abarcar un conjunto de valores y atributos (tanto tangibles como intangibles) que diferencian de manera significativa y adecuada productos que, por lo demás, son muy similares".[2764] Las marcas de fábrica o de comercio sirven también como medio para que las empresas señalen la calidad de un producto a los consumidores[2765]; en este sentido, Honduras hace referencia al Profesor Winer, que describe las marcas "como la materialización de una promesa del fabricante al consumidor, la comunicación de la calidad, el origen del producto, la integridad y la constancia con que el consumidor puede contar cuando adquiere un producto que se vende al amparo de la marca, que se distingue por los símbolos objeto de la marca de fábrica o de comercio".[2766] Honduras sostiene que esto es de particular importancia para los "bienes que se

[2760] Tomamos nota también del texto comparable que figura en la recomendación del Comité MSF sobre la manera de evaluar el "efecto significativo en el comercio" a los efectos de la obligación de notificación prevista en el párrafo 5 del Anexo B del Acuerdo MSF. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Procedimiento recomendado para la aplicación de las obligaciones en materia de transparencia establecidas en el Acuerdo MSF (artículo 7), documento G/SPS/7/Rev.3, 20 de junio de 2008, párrafos 9-10.

[2761] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 857.

[2762] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 539.

[2763] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 862-863.

[2764] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 864 (donde se hace referencia al informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 14).

[2765] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 865 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafo 43).

[2766] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 865 (donde se cita el informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 13).

experimentan", como los productos de tabaco, "cuyos atributos y calidad solo pueden discernirse tras la compra, una vez que el consumidor los ha usado y experimentado realmente".[2767]

7.1093. Honduras aduce que "[l]a capacidad de diferenciar un producto mediante la marca da lugar a una ventaja competitiva", y que "[l]os consumidores que prefieren una determinada marca acaban siendo fieles a esa marca y están dispuestos a pagar un sobreprecio por ella".[2768] Honduras menciona a este respecto las observaciones del Profesor Winer de que "[n]o es infrecuente que un comprador fiel pague entre un 20 y un 30% más por la marca preferida" y que "es menos probable que las actividades de mercadotecnia de los competidores influyan en los consumidores fieles".[2769] El valor de una marca de fábrica o de comercio no reside únicamente en la calidad del producto, sino también en características como el origen y/o la naturaleza especial de ciertos ingredientes.[2770]

7.1094. Honduras aduce que las empresas confían en el empaquetado como canal de transmisión del mensaje de marca a los consumidores, y que eso requiere que en el empaquetado "se exponga la totalidad de los componentes que forman una marca de fábrica o de comercio". Honduras añade que las marcas de fábrica o de comercio no consisten únicamente en el propio nombre de la marca, sino también en colores, gráficos, logotipos, tipos y tamaños de letra y formas.[2771] Los beneficios de las marcas de fábrica o de comercio se pierden cuando las empresas ya no pueden lograr la diferenciación de productos puesto que, en ese mercado, existe una "convergencia de la calidad percibida" que hace que los consumidores, a falta de las señales de calidad habituales transmitidas por el empaquetado con marca, perciban que todos los productos son de la misma calidad.[2772] Honduras aduce que ello "reduce la fidelidad de los consumidores a una marca determinada y que estos se niegan a pagar un sobreprecio por una marca de gama alta cuando la diferenciación de marcas se ha visto afectada"; la consecuencia última de ello es "la reordenación del mercado, en la cual las marcas asequibles ganan cuota de mercado a expensas de las marcas premium y ejercen presión sobre los precios que se fijan".[2773] Honduras sostiene que los datos posteriores a la implementación confirman que las medidas TPP "se han traducido en un mayor efecto de cambio a productos de menor precio".[2774]

7.1095. Honduras añade que la reducción de la diferenciación de productos puede dar lugar a un incremento de las ventas en toda la categoría de productos (es decir, en todas las marcas en su conjunto), dado que las empresas comenzarán a competir sobre la base del precio para recuperar sus cuotas de mercado.[2775]

7.1096. Honduras aduce que "las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio restringen el comercio porque afectan gravemente a las oportunidades de competencia de los productos importados en el mercado australiano". Ello se debe a que, "[a]ntes de la promulgación de las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, los productores de tabaco extranjeros podían competir en el mercado australiano basándose en la fortaleza de sus marcas, cuyo valor y reputación se habían desarrollado a lo largo de los años", pero las "restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio distorsionan la forma en que las marcas de fábrica o de comercio aparecen en el empaquetado de los productos de tabaco y en los propios productos de tabaco", de modo que las empresas no pueden ahora obtener los beneficios del valor de la marca. Más concretamente, la reducción de la diferenciación de marcas ocasionada por las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio hace que los consumidores abandonen las marcas premium en favor de las marcas de gama baja. En opinión de Honduras,

[2767] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 865.
[2768] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 866 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafo 43); y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 544.
[2769] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 866 (donde se cita el informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 24).
[2770] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 866.
[2771] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 867.
[2772] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 870 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafo 64).
[2773] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 870 (donde se cita el informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafo 64).
[2774] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 870; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 546.
[2775] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 871.

esta disminución de la diferenciación de productos hace que los consumidores cambien a productos de menor precio y, "[a] medida que los consumidores comienzan a cambiar a productos de menor precio, es inevitable que disminuya la demanda de productos de tabaco importados". Según Honduras, ello equivale a un "efecto limitativo en el comercio" y a la desincentivación de la exportación de productos de tabaco a Australia.[2776]

7.1097. En respuesta a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, Honduras sostiene también que "[l]as restricciones tanto [en materia de marcas de fábrica o de comercio como relativas al formato] afectan a la competencia de los productos de tabaco", ya que "i) ... afectan a las oportunidades de competencia de los productos de tabaco importado al reducir la diferenciación de marcas y hacer que los consumidores abandonen las marcas premium en favor de las marcas de gama baja; y ii) porque acarrean costos de cumplimiento para los productores, dado que es necesario modificar los productos de tabaco y su empaquetado a fin de que las marcas de fábrica o de comercio aparezcan en la forma prescrita por la legislación de Australia".[2777] En cuanto a la cuestión de si ambos conjuntos de prescripciones restringen el comercio, Honduras aduce que "[e]l análisis del diseño y la estructura de las medidas de empaquetado genérico muestra que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y las restricciones relativas al formato operan conjuntamente", en la medida en que ambos "tipos de restricción operan conjuntamente para normalizar la presentación de los productos de tabaco y su empaquetado". Por lo tanto, la restrictividad del comercio de la medida impugnada (desde el punto de vista de la reducción de la diferenciación de marcas y de los costos de cumplimiento) es el resultado de las restricciones tanto en materia de marcas de fábrica o de comercio como relativas al formato.[2778]

7.1098. Honduras aduce asimismo que "las medidas de empaquetado genérico también restringen el comercio porque restringen el acceso al mercado australiano y distorsionan las condiciones de competencia". Honduras sostiene que, al imponer esos obstáculos al acceso a los mercados, las medidas TPP afectan a las oportunidades de competencia de los productos de tabaco, tienen un efecto limitativo en el comercio, desincentivan la importación en Australia y tienen consecuencias negativas identificables en la importación de productos de tabaco.

7.1099. Honduras detalla, en referencia al informe de experto del Profesor Neven, que las medidas TPP producen ciertos efectos en materia de comunicación y precio que hacen casi imposible el acceso al mercado australiano de tabaco. El Profesor Neven afirma que "los beneficios que un fabricante puede esperar obtener en un mercado particular determinan su disposición a participar en el comercio, introducirse en nuevos mercados y competir con marcas establecidas".[2779] El Profesor Neven explica que el empaquetado genérico produce tres efectos diferentes en la competencia y el comercio en el mercado australiano: i) un efecto en la apertura de los mercados; ii) un efecto en la comunicación; y iii) un efecto competitivo. Honduras aduce que, cuando se considera el resultado neto del funcionamiento combinado de estos tres efectos, "queda claro que el empaquetado genérico tiene efectos negativos generalizados para las marcas de tabaco, con independencia de que ya estén presentes en el mercado australiano o quieran introducirse en él".[2780]

7.1100. Honduras explica que el efecto en la apertura de los mercados se basa en la premisa de que las marcas sólidas ya existentes se benefician de la fidelidad a las marcas establecidas, que es un factor que puede constituir un obstáculo para los posibles nuevos participantes, de manera que el empaquetado genérico, en principio, mejoraría las perspectivas de entrada en el mercado australiano. Honduras aduce, sin embargo, que este efecto positivo inicial en la entrada queda neutralizado por los dos efectos negativos que produce el empaquetado genérico.[2781] Específicamente, en lo concerniente al efecto en la comunicación (que se refiere a la capacidad de los posibles nuevos participantes de dar a conocer las marcas de sus nuevos productos), Honduras sostiene que, "sin la posibilidad de dar a conocer las marcas, se hace considerablemente más difícil

[2776] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 875-876; y respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2777] Respuesta de Honduras a la pregunta 63 del Grupo Especial.
[2778] Respuesta de Honduras a la pregunta 63 del Grupo Especial. Véase también la respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[2779] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 556 (donde se cita el informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), párrafo 6.1).
[2780] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 557.
[2781] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 558.

para los posibles nuevos participantes introducirse con éxito".[2782] En relación con el efecto competitivo, Honduras explica que este se centra "en las repercusiones comerciales concretas del empaquetado genérico", según las cuales la menor diferenciación de marcas a que da lugar el empaquetado genérico afecta a la disposición de los consumidores a pagar y por lo tanto a la capacidad de los productores de fijar los precios. Puesto que los productores tienen que reducir los precios para hacer frente a la menor disposición de los consumidores a pagar, sus márgenes de beneficio también disminuyen, de modo que, según Honduras, "los operadores están menos predispuestos a participar en el comercio", lo que "da lugar también a que la probabilidad de entrada sea menor".[2783]

7.1101. Honduras sostiene por lo tanto que el saldo final de los tres efectos, considerados conjuntamente, es que el empaquetado genérico socava significativamente el margen de entrada en el mercado australiano de tabaco. Sobre esa base, y en referencia al Profesor Neven, Honduras sostiene que el empaquetado genérico distorsiona la competencia y dificulta el comercio internacional para los posibles nuevos participantes y las marcas establecidas de las siguientes maneras:

a. La competencia en el mercado está distorsionada y perjudica de forma diferenciada a los productores de marcas premium y marcas que atienden a preferencias específicas de los clientes en relación con los productores de cigarrillos de calidad inferior, que compiten principalmente en el precio, lo que socava la diversidad, merma el capital que las marcas representan para los productores y restringe en términos generales la competencia no basada en los precios. Esta circunstancia perjudica a las marcas establecidas en el mercado australiano.

b. La competencia en el mercado está considerablemente restringida por la imposición de obstáculos a la entrada potencialmente importantes para las empresas que intentan introducir sus productos en el mercado australiano con nuevas marcas, como un gran número de marcas de éxito internacional que todavía no han penetrado en el mercado australiano. Será prácticamente imposible presentar y transmitir las características de esas marcas extranjeras en Australia sin la capacidad de dar a conocer las marcas.[2784]

7.1102. Así pues, el Profesor Neven concluye que "[e]l empaquetado genérico reduce la diferenciación de productos y por lo tanto la perspectiva de que la entrada y la presencia continuada en el mercado sean rentables", y "también obstaculiza considerablemente la entrada de nuevos productos en el mercado, puesto que los nuevos productos necesitan marcas de fábrica o de comercio y oportunidades de diferenciación de productos para comunicar su presencia en el mercado a los posibles clientes".[2785]

7.1103. Honduras añade que "los efectos económicos identificados por el Profesor Neven no solo afectan a los posibles nuevos participantes (al reducir su predisposición a exportar al mercado australiano), sino que afectan también a las marcas establecidas (al erosionar gradualmente el conocimiento de las marcas previamente logrado)".[2786]

7.1104. La República Dominicana aduce que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y las relativas al formato previstas en las medidas TPP entrañan un alto grado de restricción del comercio. La República Dominicana hace referencia a sus argumentos concernientes a la manera en que "todas y cada una de las exigencias especiales [de empaquetado genérico] complican enormemente el uso de las marcas de fábrica o de comercio", y aduce que "[p]or razones similares, todas y cada una de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio ... imponen una condición a la venta de productos de tabaco en Australia". Además, "todas y cada una de las prescripciones relativas a la forma imponen condiciones a la venta de productos de tabaco en Australia". Por lo tanto, acumulativamente, "esas prescripciones imponen restricciones al comercio de productos de tabaco porque, si un minorista o fabricante las incumple,

[2782] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 559.
[2783] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 560.
[2784] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 562 (donde se hace referencia al informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), párrafo 6.2).
[2785] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 563; y respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[2786] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 565.

no puede vender dichos productos en el mercado australiano". Concretamente, las prescripciones prohíben la venta de productos de tabaco que no cumplan las estrictas condiciones o restricciones impuestas por las autoridades con respecto al empaquetado para la venta al por menor y al aspecto de los productos de tabaco. En opinión de la República Dominicana, ello tiene el efecto de que los productos premium ya no pueden venderse como productos premium, sino que "deben venderse como algo completamente distinto -mercancías indiferenciadas que parecen prácticamente idénticas a cualquier otro producto de tabaco del mercado australiano-", que es "precisamente la finalidad de las medidas [TPP]", esto es, que dichas medidas están "diseñadas para hacer que todos los productos de tabaco se parezcan a los productos de 'peor calidad' que hay en el mercado".[2787]

7.1105. La República Dominicana también afirma que, aparte del efecto limitativo derivado de la prescripción de cumplir las condiciones impuestas a la venta de productos de tabaco, "las prescripciones [TPP] 'restringen el comercio' por otra razón", a saber, que "las marcas de fábrica o de comercio y la marcas, en general, son vitales en un mercado competitivo y dinámico".[2788] Para la República Dominicana, es "por consiguiente inevitable que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas [TPP] afecten a la capacidad de todos los fabricantes de tabaco de diferenciar su oferta en el mercado". Esta interferencia en todas las marcas de fábrica o de comercio limita "la capacidad misma de competir sobre la base de las marcas, eliminando oportunidades de competencia". Además, las medidas TPP "tendrán probablemente un efecto desproporcionado (discriminatorio) en el comercio de productos de tabaco premium (como los cigarros (puros) y los cigarrillos de gama alta) en Australia". La República Dominicana sostiene, en referencia al Profesor Steenkamp, que la marca reviste especial importancia para los productos premium, "puesto que permite a los fabricantes captar y mantener clientes fieles para sus productos, que están dispuestos a pagar precios más altos por su producto preferido". La República Dominicana explica que, según el Profesor Steenkamp, las percepciones de los consumidores sobre la calidad de la marcas competidoras se basan en una combinación de: i) beneficios funcionales (por ejemplo, sabor, aroma) y ii) beneficios intangibles, que cada marca aporta a los consumidores. Los consumidores perciben mayores beneficios funcionales e intangibles en las marcas premium que en las marcas asequibles, aunque las diferencias entre ellas son significativamente más acusadas en el caso de los beneficios intangibles que en el de los beneficios funcionales. El empaquetado desempeña un papel importante para establecer y mantener los elevados beneficios intangibles atribuidos a los productos premium, de modo que, cuando se eliminan las diferencias en el empaquetado, los beneficios intangibles de los productos premium *disminuyen considerablemente* más que los beneficios intangibles de los productos asequibles. A su vez, este efecto desproporcionado en los beneficios intangibles percibidos de los productos premium se traduce en una menor fidelidad a dichos productos y una menor disposición a pagar por ellos. El resultado es el cambio de las marcas premium a marcas de menor precio.[2789]

7.1106. Dado que las medidas TPP "están diseñadas y estructuradas para limitar las oportunidades de competencia de todos los productos de tabaco, y actúan para hacerlo", la República Dominicana afirma que "no está claro sobre qué base Australia considera que es necesario, incluso conforme a la lectura que hace de los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, que la República Dominicana demuestre la existencia de efectos reales en el comercio". En todo caso, la República Dominicana señala también que "las pruebas empíricas obtenidas en el mercado muestran esta distorsión del comercio, y un 'cambio' significativo de productos de tabaco más caros a productos más baratos, que se debe a las medidas [TPP]".[2790]

7.1107. La República Dominicana aduce que Australia promueve el empaquetado genérico como una medida diseñada y estructurada para normalizar los productos de tabaco y su empaquetado eliminando la posibilidad de diferenciar efectivamente esos productos mediante marcas de fábrica o de comercio y otras características distintivas del empaquetado y los productos, y de competir por los sobreprecios sobre la base de esa diferenciación. El resultado de las prescripciones en materia de empaquetado genérico, que comprenden tanto las prescripciones en materia de marcas

[2787] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 976.
[2788] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 977.
[2789] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 936 (donde se hace referencia al informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafo 93).
[2790] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 978; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 938; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.

de fábrica o de comercio como las relativas a la forma, es la normalización del aspecto de todos los productos de tabaco. En otras palabras, en razón de su diseño y estructura, las medidas TPP restringen o limitan las oportunidades de competencia que ofrece la diferenciación de productos. La República Dominicana menciona los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)* y aduce que los grupos especiales pueden basarse en pruebas cualitativas cuando el efecto limitativo del reglamento técnico guarda relación con la restricción de las oportunidades de competencia. Aunque "no es necesario demostrar la existencia de efectos reales en el comercio", la República Dominicana aduce que la medida ha dado lugar a un cambio de productos de mayor precio a productos de menor precio. Por esas razones, la República Dominicana afirma que tanto las prescripciones relativas a la forma como las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio dan lugar a la pérdida de diferenciación, que elimina oportunidades de competencia.[2791] En efecto, la "capacidad de diferenciar un producto de otro es esencial para que un productor exportador tenga la oportunidad de competir en un mercado internacional"; la competencia en el mercado "requiere que haya diferencias perceptibles entre los productos que compiten, lo que proporciona una base para que los consumidores elijan un producto en lugar de otro".[2792] Al reducir la capacidad de diferenciar los productos, incluidos los importados, las medidas TPP restringen las oportunidades de competencia y deterioran las condiciones de competencia de los productos de tabaco importados.[2793]

7.1108. La República Dominicana aduce que en los presentes procedimientos, ya es evidente una limitación de las oportunidades de competencia en el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida, sin que sea necesario establecer las consecuencias de esa limitación desde el punto de vista de los efectos reales en el comercio. La República Dominicana reitera que las medidas TPP están diseñadas y estructuradas, y se implementan, para eliminar la oportunidad de que los productores diferencien sus productos utilizando características de diseño como las marcas de fábrica o de comercio y la forma, el tamaño o el mecanismo de apertura del paquete y los materiales que lo componen.[2794] Esas limitaciones se aplican al empaquetado para la venta al por menor de todos los productos de tabaco, y a todas las barras de cigarros (puros) y cigarrillos sueltas. La "oportunidad, ahora eliminada, de diferenciar un producto de las ofertas que compiten en el mercado es la esencia misma de la competencia en el mercado".[2795] Para la República Dominicana, las características diferenciadoras a las cuales afectan las medidas TPP crean oportunidades de competencia al transmitir al consumidor diferencias de calidad, reputación y otras características de los productos. Los consumidores vinculan características diferenciadoras concretas con las características de productos y productores concretos. Esta diferenciación genera fidelidad en los consumidores, lo que a su vez aumenta su predisposición a pagar.[2796] La pérdida de diferenciación resultante del diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP "conlleva necesariamente una limitación significativa de las oportunidades de competencia para todos los productos de tabaco, importaciones incluidas".[2797] Así pues, la República Dominicana sostiene que "las medidas imponen una gran dosis de comoditización en todo el mercado, eliminando la oportunidad de que las marcas se diferencien", o de que "empleen los medios habituales para diferenciarse a sí mismas de las marcas competidoras". Según la República Dominicana, "una de las consecuencias previstas de la mayor homogeneización del mercado mediante una pérdida de diferenciación es una menor fidelidad y disposición a pagar de los consumidores, que da lugar al cambio de marcas, de las de mayor precio a las de menor precio".[2798] La República Dominicana añade que "Australia no niega que las medidas [T]PP limitan las oportunidades de competencia para todos los productos de tabaco" y "admite abiertamente que la medida está diseñada y estructurada, y se implementa, precisamente con el fin de eliminar las oportunidades de competencia a que da lugar la diferenciación de los productos de tabaco, con inclusión de los productos de tabaco importados". Australia "intenta impedir que los productores

[2791] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 63 del Grupo Especial.
[2792] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[2793] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[2794] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 933.
[2795] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 934.
[2796] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 934.
[2797] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 937; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[2798] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 935.

de tabaco utilicen características de diseño para aumentar las oportunidades de competencia" y "no niega que la diferenciación de productos permite a los consumidores establecer asociaciones entre determinadas características diferenciadoras y las características de productos concretos, aumentando así la fidelidad y disposición a pagar de los consumidores". A juicio de la República Dominicana, no hay base para que Australia niegue que las medidas TPP tienen un efecto limitativo en las oportunidades de competencia; "habida cuenta de las intenciones que inspiran el diseño y la estructura de las medidas [TPP] y de la manera en que se han implementado las medidas, sorprende a la República Dominicana que Australia niegue lo que se desprende evidentemente del mismo diseño y estructura de las medidas: que su propósito es entrañar un alto grado de restricción del comercio menoscabando significativamente las oportunidades de competencia de todos los productos de tabaco, incluidas las importaciones procedentes de todos los Miembros de la OMC".[2799] La República Dominicana observa además que "el propio experto de Australia, el Profesor Dubé, acepta que 'la disminución del atractivo de las marcas de tabaco, incluidas las del segmento de precios reducidos, reducirá probablemente la predisposición a pagar por las marcas de tabaco'".[2800]

7.1109. Por lo que respecta a las consecuencias de la limitación de las oportunidades de competencia, la República Dominicana mantiene que los "reclamantes aducen que, al reducir la diferenciación de marcas, las medidas [TPP] ya han dado lugar al cambio de cigarrillos de mayor precio a los de menor precio y, por lo tanto, a una reducción en el valor del comercio, sin reducir la prevalencia de fumadores ni el consumo". La República Dominicana añade que el desacuerdo entre los reclamantes y Australia en cuanto a los efectos reales en el comercio resultantes de las medidas TPP no es importante para la constatación por el Grupo Especial de restrictividad del comercio en el marco del párrafo 2 del artículo 2, porque resulta evidente del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas que limitan drásticamente las oportunidades de competencia para diferenciar los productos de tabaco. Ello no obstante, la República Dominicana ha "aportado pruebas relativas a una forma de efectos reales en el comercio generados por las medidas [TPP], como medio de confirmar que las medidas limitan las oportunidades de competencia". Las pruebas sobre los efectos en el comercio presentadas por la República Dominicana "muestran que el efecto previsto de reducción de la fidelidad y disposición a pagar, cuyo resultado es el cambio de marcas de mayor precio a marcas de menor precio, se materializó en realidad muy rápidamente después de la implementación de las medidas [TPP]", algo que la República Dominicana aduce ha demostrado mediante su análisis econométrico de "esos efectos de 'sustitución a la baja' o de 'cambio a productos de menor precio'".[2801] La sustitución a la baja de marcas de mayor precio por marcas de menor precio significa que algunos consumidores compran una marca más barata que la que compraban antes de la introducción de las medidas TPP. Esas pruebas demuestran que la eliminación de las características diferenciadoras ha dado lugar -según lo previsto- a que los consumidores sean menos fieles a sus antiguas marcas y ha reducido su disposición a pagar por su antigua marca. En cambio, esos consumidores se han pasado a una marca más barata.[2802]

7.1110. En relación con los argumentos de Australia sobre la evaluación de la restrictividad del comercio, la República Dominicana sostiene que Australia tiene una "preocupación errónea" por los efectos reales en el comercio.[2803] Respecto del argumento de Australia de que las medidas TPP no restringen el comercio porque el volumen de las importaciones de productos de tabaco en Australia ha aumentado desde la introducción de dichas medidas, no cabe atribuir el aumento de las importaciones de productos de tabaco en Australia a las medidas TPP, sino al traslado al extranjero de la producción nacional como consecuencia de las prescripciones relativas al riesgo de incendio que en Australia se aplican a las exportaciones.[2804] Además, Australia no puede basarse simplemente en un aumento del volumen de las importaciones en términos absolutos para rebatir la demostración hecha por la República Dominicana de que las medidas TPP restringen el

[2799] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 945.

[2800] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 935 (donde se cita el informe de Dubé (Prueba documental AUS-11), párrafo 41).

[2801] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial. Véase también la respuesta de la República Dominicana a las preguntas 125, 126 y 151 del Grupo Especial.

[2802] Respuesta de la República Dominicana a las preguntas 117, 125, 126 y 151 del Grupo Especial.

[2803] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 947.

[2804] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 948 (donde se hace referencia a la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 5 del Grupo Especial y a la respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial).

comercio; para mantener tal argumento, Australia debe demostrar cuáles habrían sido los volúmenes del comercio de no haber existido la medida impugnada.[2805] Por otra parte, el hecho de que Australia "se centre en una manera en que una medida puede tener un efecto limitativo en el comercio -en los volúmenes del comercio- es indebidamente simplista". A juicio de la República Dominicana, los Miembros no están únicamente preocupados por las oportunidades de competencia que se reflejan en el *número de unidades* vendidas de un producto exportado, sino también por las oportunidades de competencia que se reflejan en el *valor de cada unidad vendida*.[2806] El valor del comercio afecta a la amplia gama de beneficios económicos directos e indirectos que un país obtiene de su comercio de exportación; confirma también este extremo la Decisión del Comité OTC mencionada *supra*, donde se pide a los Miembros que consideren los posibles efectos en el comercio de una medida en términos del "valor" del comercio afectado.[2807] En respuesta a la referencia de Australia a datos que considera demuestran que el valor total del mercado minorista aumentó, a pesar de la reducción de la demanda total en el mercado australiano, la República Dominicana aduce que el análisis correcto consiste en determinar cuál habría sido la situación -en términos de valor- *de no haber sido por la medida*, y no en determinar, en abstracto, si el valor agregado del comercio de productos de tabaco ha aumentado en un sentido absoluto.[2808]

7.1111. En respuesta a los argumentos de Australia de que una afirmación de restrictividad del comercio exige la demonstración de un efecto limitativo en el "comercio global" (es decir, "las importaciones de la categoría regulada en su conjunto"), la República Dominicana sostiene que este argumento se deriva de la interpretación errónea que hace Australia del criterio adecuado para demostrar la restrictividad del comercio, puesto que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no exige una demostración de la existencia de efectos reales en el comercio, sino de que la medida impugnada limita las oportunidades de competencia, para lo cual bastan pruebas relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas. La República Dominicana reitera que, aun en el caso de que el Grupo Especial interpretara que el párrafo 2 del artículo 2 exige una demostración de que la medida impugnada limita el "comercio global", la República Dominicana lo ha demostrado, ya que las medidas TPP están diseñadas y estructuradas, y se implementan, con el fin de afectar a las oportunidades de competencia de *todos* los productos de tabaco (es decir, que se niega a *todas* la marcas, de *cualquier* procedencia, la oportunidad de competencia de diferenciarse utilizando las características prohibidas en virtud de las medidas TPP). Por consiguiente, las medidas TPP afectan efectivamente al "comercio global" de todos los productos.[2809] Además, la República Dominicana aduce que, aun en el caso de que el Grupo Especial constatara que las medidas TPP limitan únicamente las oportunidades de competencia de los productos de tabaco premium, esa limitación seguiría constituyendo una restricción del comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, puesto que una medida restringe el comercio incluso si tiene un efecto limitativo solo con respecto a un subconjunto de las importaciones, como un segmento de ellas. La República Dominicana mantiene que, en este sentido, ha demostrado que las medidas TPP tienen un efecto limitativo en forma de sustitución a la baja de cigarrillos de mayor precio por cigarrillos de menor precio.[2810]

7.1112. La República Dominicana aduce que Australia incurre en error al argumentar que el efecto de restricción del comercio de una medida impugnada puede ser "neutralizado" por el efecto de promoción del comercio de dicha medida. Australia no ofrece fundamento interpretativo alguno para su argumento. Es más, cuando el concepto de "neutralización" a que alude Australia ha sido considerado en la jurisprudencia, ha sido rechazado como base para determinar la compatibilidad, en general, de una medida con las normas de la OMC.[2811]

7.1113. En el contexto de sus argumentos concernientes a las medidas alternativas, la República Dominicana sostiene que, en caso de que el Grupo Especial constate que las medidas TPP contribuyen al objetivo de reducir la conducta tabáquica (algo que niega la República Dominicana), entonces dichas medidas restringirán, en el grado de esa contribución, el comercio de productos de tabaco al reducir el volumen total de ventas. En tal caso, la República Dominicana mantiene

[2805] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 949.
[2806] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 950.
[2807] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 950 (donde se hace referencia al documento G/TBT/W/2/Rev.1, de 21 de junio de 1995, página 7).
[2808] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 950-951.
[2809] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 955.
[2810] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 956.
[2811] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 957-959.

que el Grupo Especial habría constatado que las medidas TPP conllevan una reducción basada en el volumen.[2812] En este contexto, la República Dominicana reitera también que, al restringir el uso de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y su empaquetado y normalizar todos los aspectos de los productos de tabaco y su empaquetado, las medidas TPP también restringen el comercio puesto que eliminan las oportunidades de competencia que se derivan de la diferenciación, y tienen un efecto limitativo en la competencia para todos los productos de tabaco. Por lo tanto, las medidas TPP entrañan una restricción del comercio resultante de la eliminación de la diferenciación, que distorsiona las oportunidades de competencia en detrimento, sobre todo, de las marcas premium.[2813]

7.1114. Cuba aduce que las medidas deben ser tratadas como restrictivas del comercio en virtud del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, incluso cuando no causan una reducción en los volúmenes de importación: es suficiente si se identifican efectos perjudiciales sobre la posición de los exportadores. En consecuencia, el hecho de que, en el caso de Cuba, las medidas TPP "no den lugar a una reducción en el volumen total de las importaciones de los productos del tabaco, no impide una constatación de que son restrictivas para el comercio".[2814] Cuba aduce que las medidas TPP imponen "condiciones limitantes"; es decir, que Australia impone numerosas condiciones relativas a la apariencia de los envases al por menor de productos de tabaco y la apariencia de los propios productos de tabaco. Es preciso cumplir todas esas condiciones para que los productos de tabaco puedan ser objeto de comercio internacional entre Australia y terceros países. Según Cuba, estas condiciones limitan las opciones comerciales a disposición de los exportadores, imponen costos y hacen que el proceso de distribución en Australia sea más gravoso de lo que debería ser.[2815] Cuba se remite a esas observaciones y sostiene que las medidas TPP "afecta[n] sustancialmente a la entrada en el mercado de productos del tabaco importados mediante la imposición de 'condiciones limitativas'".[2816] Sostiene que la existencia de esas diversas condiciones basta, en y por sí misma, para establecer que las medidas de Australia restringen el comercio.[2817]

7.1115. Cuba aduce que, en cualquier caso, las medidas TPP dan lugar a otros dos tipos de cargas comerciales que también confirman que dichas medidas son restrictivas para el comercio. En primer lugar, las medidas TPP limitan la capacidad de los exportadores de distinguir claramente sus productos de los productos de sus competidores. Esto da lugar a un perjuicio comercial importante para los exportadores, particularmente grave para los productores de productos de mayor calidad, ya que sufrirán una reducción significativa de su cuota de mercado y una significativa presión a la baja sobre los precios que pueden cobrar.[2818] En este sentido, Cuba sostiene que las medidas TPP "mermarán fundamentalmente la capacidad de los productores cubanos de posicionar sus puros LHM como productos premium de lujo con una larga tradición" y que, "aunque esta situación no ocurra de forma inmediata, se dará inevitablemente con el paso del tiempo si se siguen aplicando las medidas de empaquetado genérico".[2819] En opinión de Cuba, Australia no ha respondido al principal argumento de Cuba sobre el efecto de cambio a productos de menor precio que tienen las medidas de empaquetado genérico, es decir, que las medidas "tendrán un impacto negativo en el volumen global del comercio de Cuba, porque llevarán a un downtrading de puros premium LHM de Cuba a productos más baratos, no originales de Cuba". Los productos premium no pueden sobrevivir en un entorno de mercado en que la diferenciación de productos es imposible, y Australia ha declarado explícitamente que sus medidas TPP tienen como objetivo hacer imposible la diferenciación de la calidad y su importancia.[2820]

[2812] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 970; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial. Cabe señalar que, "a los fines del análisis de las alternativas, la República Dominicana se basa en ese supuesto".

[2813] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 971; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.

[2814] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 400-401; y respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[2815] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 401.

[2816] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 226.

[2817] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 401.

[2818] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 403; respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 226.

[2819] Respuesta de Cuba a la pregunta 151 del Grupo Especial.

[2820] Observaciones de Cuba sobre la respuesta de Australia a la pregunta 165 del Grupo Especial.

7.1116. En segundo lugar, Cuba sostiene que los exportadores tienen que adaptar sus productos para cumplir con los requisitos excepcionales impuestos por el Gobierno australiano, que dan lugar a costos de cumplimiento y adaptación (puesto que en la actualidad ninguna otra jurisdicción impone requisitos comparables). La existencia de tales costos demuestra también que las medidas de Australia restringen el comercio.[2821] Cuba añade que lo anterior incluye "el riesgo de graves sanciones económicas y penales".[2822] Por esas razones, Cuba sostiene que las medidas TPP restringen el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[2823]

7.1117. Cuba considera que las medidas TPP son una restricción del comercio en tanto limitan la competencia y reducen las oportunidades comerciales, al suprimir el valor de las marcas de fábrica o de comercio, que son la esencia de la competencia. Las medidas TPP ocasionan un serio perjuicio a los fabricantes que no pueden diferenciar sus productos de los productos de sus competidores, dando al traste con el prestigio y renombre alcanzado gracias a la calidad de sus productos.[2824] Adicionalmente la restricción del comercio también se evidencia en los costos que impone la medida a los productores para acceder al mercado australiano, al obligarles a modificar la forma en que fabrican su producto (gastos de papel, costos de empaquetado, modificación de procesos de manufactura) o retirarse del mercado.[2825]

7.1118. Cuba considera que, si bien el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (artículo 21.5 - Canadá y México)* reconoció que, en ciertos casos, la evidencia de los efectos comerciales reales "podría ser necesaria" para demostrar el carácter restrictivo de una medida, este enfoque no es necesario en la presente diferencia.[2826]

7.1119. Con respecto a sus argumentos concernientes a la diferenciación de productos y el valor de las importaciones, Cuba repite que la medida de empaquetado genérico llevará a una reducción de la diferenciación de producto y, por tanto, a un aumento de la competencia sobre el precio, lo que originará un descenso de precios y reducirá el valor de los productos importados del tabaco. Esta mercantilización de productos del tabaco distorsionará la competencia y generará un desincentivo adicional para exportar a Australia. Cuba sostiene, en respuesta al argumento de Australia de que no existe un impacto limitador sobre el comercio porque las importaciones están aumentando, que esta crítica es irrelevante porque la jurisprudencia del GATT/OMC entiende de forma consolidada que no es necesario un impacto real sobre el comercio y que una medida puede restringir el comercio incluso cuando aumenten las importaciones. Es más, si, como afirma Australia, las importaciones están aumentando debido a que antiguos productores locales han trasladado sus fábricas al extranjero, estos productores tratarán de conservar su poder de mercado, al menos a corto plazo. Así pues, "es falso argumentar que las 'importaciones' están aumentando cuando los productos y los productores en cuestión son los mismos líderes de mercado, quienes simplemente han trasladado su producción al extranjero debido a decisiones que no dependen de la medida de empaquetado genérico".[2827] Asimismo, en relación con la afirmación de Australia de que los argumentos de los reclamantes son "un intento de utilizar el Acuerdo OTC para proteger a los beneficios del sector [de productos de gama alta], en lugar de la garantía de que las normas técnicas no actúen como obstáculos innecesarios al comercio", Cuba sostiene que esta alegación supone una descripción errónea del argumento relativo a reducción comercial y a beneficios del sector. Cuba hace referencia al argumento del Profesor Neven de que no es solamente el precio lo que determina la rentabilidad, sino el precio y el volumen de ventas, de modo que "si la regulación reduce beneficios, esto puede ser debido a que dicha regulación disminuye la producción (según manifiestan los defensores de regulación) o porque la regulación disminuye el margen que obtienen las empresas por cada venta".[2828] Así pues, el Profesor Neven concluye, conforme a sus modelos de marcas, que los beneficios se reducirán, ya sea por un descenso de la producción o por una reducción de los márgenes de las empresas si aumentaran la

[2821] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 404; respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 226.
[2822] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 226.
[2823] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 405.
[2824] Respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2825] Respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2826] Respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2827] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 246-247.
[2828] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 249 (donde se hace referencia al informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 37).

producción.[2829] Por otra parte, en relación con los argumentos de Australia de que se producen cambios a productos de menor precio en otras partes sin la presencia de empaquetado genérico, Cuba sostiene que este argumento se olvida de lo más importante. Sostiene que no manifiesta que el cambio a productos de menor precio solo pueda existir debido al empaquetado genérico, sino que los reclamantes han "demostrado que la reducción comercial está causada en Australia por la retirada de las marcas y de otras características que aumentan la confianza de los productores en la competencia de precios, con independencia de otras medidas o políticas que también puedan influir en la reducción comercial, tales como el impacto en los precios de aumentos de impuestos". Cuba añade que una revisión del diseño, estructura y funcionamiento de la medida para reducir la competencia en aspectos distintos de los precios e incrementar la competencia de precios indica que el cambio a productos de menor precio observado en el mercado es consecuencia, al menos en parte, del empaquetado genérico.[2830]

7.1120. Respecto de sus argumentos concernientes a los costos de cumplimiento y adaptación asociados con las medidas TPP, Cuba explica que estos costes incluyen costes unitarios de adaptación, así como costes de supervisión continuos por cambios en el proceso de producción. Cuba afirma asimismo que, "[l]o que es más importante, también incluyen los costes necesarios para garantizar un estricto cumplimiento a la vista de las elevadas multas y sanciones por cualquier incumplimiento de los requisitos de la medida". Cuba aduce que la diferencia *Brasil - Neumáticos recauchutados* es "muy relevante" en este contexto, puesto que dicho caso "defiende la propuesta de que una propia sanción puede operar como una restricción sobre el comercio internacional". Las sanciones aquí, "que también son muy elevadas y tienen como objetivo imponer medidas punitivas para hacer cumplir la prohibición sobre el comercio en cajetillas de productos del tabaco incumplidoras", constituyen "una base independiente e importante para afirmar que la medida es muy restrictiva del comercio".[2831]

7.1121. Indonesia aduce que el principal efecto de las medidas TPP es que impiden a las empresas tabacaleras utilizar las marcas de fábrica o de comercio para distinguir sus productos de tabaco de los productos de los competidores y en muchos casos exigen precios premium. Al eliminar los elementos más identificables de las marcas (los colores, las formas, los tipos de letra, etc.), el empaquetado genérico "comoditiza" los productos de tabaco, y el precio pasa a ser la principal forma de competir.[2832] Al eliminar las marcas de fábrica o de comercio, las medidas TPP "reestructuraron en lo fundamental las condiciones de competencia del mercado australiano de cigarrillos".[2833] Indonesia sostiene que en el mercado australiano de cigarrillos los productos con marca siempre han competido por cuotas de mercado en segmentos de precio distintos. La utilización de marcas de fábrica o de comercio identificables asociadas a marcas permitía a los productores dar respuesta a las preferencias de los consumidores y que los productos estuvieran significativamente diferenciados. Indonesia sostiene que Australia, el exigir que todos los paquetes transmitan el mismo mensaje de que los productos son de la "peor calidad"[2834], quiso asegurarse de que "los fabricantes *no puedan* competir sobre la base de la calidad".[2835] A este respecto, Indonesia aduce que "un objetivo declarado del [empaquetado genérico] era 'romper la imagen de los cigarrillos como un producto de consumo ordinario'".[2836] Indonesia aduce que "[l]o esencial es el hecho de que el efecto acumulativo en el comercio que tiene el régimen de empaquetado genérico de Australia es negar oportunidades de competencia a los productos premium con marca haciendo que se cambie a productos de menor precio y eliminando la capacidad de las marcas premium de competir sobre la base de cualquier factor distinto de los precios".[2837]

[2829] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 249 (donde se hace referencia al informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 37).
[2830] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 250.
[2831] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 251.
[2832] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 395; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 265.
[2833] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 395; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 266.
[2834] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 396 (donde se hace referencia a Parr *et al*. 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49)), páginas 9-10).
[2835] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 396 (las cursivas figuran en el original); y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 266.
[2836] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 396 (donde se hace referencia al informe técnico 2 del NPHT (Pruebas documentales AUS-52, JE-12), página vi).
[2837] Respuesta de Indonesia a la pregunta 63 del Grupo Especial.

7.1122. Indonesia sostiene que el empaquetado genérico despoja al empaquetado de características de diseño y otras características distintivas, incluidas las marcas de fábrica o de comercio. Las partes no discuten que las marcas de fábrica o de comercio y otras características distintivas son la esencia misma de las oportunidades de competencia, en el sentido de que hacen que los consumidores sean más fieles y estén más dispuestos a pagar por un producto o marca en particular, de manera que "[a]l eliminar las marcas de fábrica o de comercio y establecer prescripciones rigurosas para los elementos del empaquetado y los propios productos de tabaco, Australia ha creado un mercado en el cual los consumidores están más dispuestos a cambiar a otras marcas y menos dispuestos a pagar un sobreprecio por el producto con marca". Según Indonesia, ello es la esencia misma de la limitación de las oportunidades de competencia, "que Australia impuso deliberadamente" puesto que "quiere reducir las oportunidades de competencia que considera se derivan de las características distintivas del empaquetado y de elementos de los propios productos de tabaco, e impedir que los productores de productos de tabaco se beneficiaran de esas oportunidades de competencia".[2838]

7.1123. Indonesia aduce que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, como las que impone el empaquetado genérico, suponen una carga desproporcionada para las marcas premium. En referencia a sus argumentos en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, Indonesia aduce que el cambio a productos de menor precio tiene lugar cuando los consumidores que antes eran fieles a marcas premium cambian a marcas más baratas.[2839] Indonesia explica que los reclamantes también han demostrado con pruebas la existencia de efectos en el comercio en forma de cambio a productos de menor precio. Si el empaquetado genérico interfiere en las oportunidades de competencia de manera cualitativa con respecto al acceso a los mercados (según se analiza más detenidamente *infra*), "es más probable que los consumidores cambien de marca y estén menos dispuestos a pagar". Cuando los consumidores cambian de marcas más caras a marcas más baratas por su mayor predisposición a cambiar de marca y su menor predisposición a pagar, tiene lugar el cambio a productos de menor precio, que "refleja la distorsión en el mercado de las condiciones y oportunidades de competencia de que disponen los productos del segmento medio y premium".[2840] Indonesia aduce que las pruebas sobre un mayor cambio en el mercado australiano, de marcas premium a marcas de precio bajo, demuestran que el empaquetado genérico limita las oportunidades de competencia de los productores de productos premium. Añade que el cambio a productos de menor precio perjudica a los competidores de los segmentos de precio medio y premium del mercado que han invertido en desarrollar productos de mayor calidad. Para Indonesia, ya hay pruebas de que ha habido un cambio a productos de menor precio en el mercado australiano después del empaquetado genérico.[2841]

7.1124. Indonesia aduce que un segundo mecanismo a través del cual el empaquetado genérico limita el comercio se refiere a la necesidad que tienen los productos importados de establecer una identidad para los consumidores que ya están familiarizados con las marcas nacionales. Indonesia hace referencia a una investigación sobre consumo realizada para el Gobierno australiano en paralelo con la implementación del empaquetado genérico, que constató que la consideración de las marcas como "extranjeras" o "nacionales" influía en las actitudes de los consumidores hacia las marcas de cigarrillos, y concretamente que:

> Por el contrario, varias marcas se consideraban netamente "australianas", lo que en general hacía que la marca se considerase más atractiva. Los cigarrillos netamente "australianos" eran fundamentalmente aquellos con respecto a los cuales se consideraba que habían estado *en el mercado durante más tiempo* o se percibía que los fumaban determinados tipos de personas que "representaban" estereotipos australianos claramente definidos (por ejemplo, trabajadores que desempeñan oficios o aficionados al rugby o el cricket).[2842]

7.1125. Indonesia aduce que las consecuencias de las prescripciones previstas en las medidas TPP "también recaen de manera desproporcionada en las marcas premium extranjeras, como la marca

[2838] Respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2839] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 397-399.
[2840] Respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2841] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 397-399; respuesta de Indonesia a las preguntas 117 y 165 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 270.
[2842] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 400 (donde se cita Parr *et al*. 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49)), página 56 (las cursivas son de Indonesia)).

indonesia Djarum Super, que han invertido mucho en su identidad de marca en su mercado nacional, pero ven limitada su capacidad de capitalizar la inversión movilizándola para introducir su producto en el mercado australiano".[2843] Indonesia establece una comparación con el vino, sector en el que hay grandes variaciones en cuanto a calidades y marcas, que son esenciales para que los consumidores identifiquen los productos premium: "[u]n Rioja español o un Cabernet de California vendidos en Australia pueden ser de calidad extraordinariamente alta o baja", y "[d]e no ser por las marcas, las indicaciones geográficas y otras marcas registradas que figuran en la etiqueta, un consumidor en Australia se vería en dificultades para distinguir cuál es el producto premium". Sin embargo, en el caso de un Shiraz australiano, es mucho más probable que los australianos estén familiarizados con los nombres de los principales productores y que elijan el vino australiano conocido premium antes que un producto importado de calidad desconocida. Según Indonesia, el empaquetado genérico excluye precisamente el tipo de marcas de fábrica o de comercio, símbolos y elementos descriptivos que harían más fácil para el consumidor australiano conocer los productos de tabaco importados premium. Indonesia aduce que el hecho de que los fabricantes extranjeros de productos de tabaco no puedan establecer su identidad de marca en Australia para competir con los nacionales hace que sea difícil superar el sesgo existente hacia las marcas nacionales. En consecuencia, las medidas TPP "restringen el comercio porque limitan el comercio al imponer restricciones al derecho a usar las marcas de fábrica o de comercio y otros aspectos de la identidad de la marca que son necesarios para competir con las marcas nacionales".[2844]

7.1126. Indonesia desarrolla sus afirmaciones relativas a la restrictividad del comercio señalando que, en el presente asunto, el hecho de que no exista un producto nacional similar en el cual basar una alegación de discriminación no quiere decir, sin embargo, que las medidas TPP den el mismo trato a las *marcas* extranjeras y nacionales. Aunque todos los productos de tabaco que se venden en Australia son en la actualidad importados, no todas las marcas que se venden en Australia se consideran "extranjeras". Según Indonesia, como "la industria tabaquera nacional se ha trasladado al extranjero, las marcas de cigarrillos que anteriormente se identificaban como marcas 'nacionales', entre ellas *Landshark*, son ahora importadas, pero siguen gozando de gran aceptación entre los consumidores en Australia". A juicio de Indonesia, esta medida restringe el comercio porque afecta a las oportunidades de competencia en el mercado.[2845]

7.1127. Indonesia aduce asimismo que "[n]o cabe duda de que hay profundas diferencias en la calidad de los productos de tabaco, y ello es especialmente cierto en el caso de los cigarros (puros)". La idea de que el empaquetado genérico "no tendría efecto alguno en la marcas premium no puede conciliarse con el hecho de que los productores no pueden aprovechar su marca, su propiedad intelectual o su empaquetado para transmitir calidad a los consumidores y convencerlos de que abandonen su marca habitual y prueben una marca importada desconocida". Según Indonesia, una modificación de las condiciones en que se pueden vender productos de tabaco en Australia tan inaudita e importante como las que imponen las medidas TPP tendrá lógicamente algún efecto en la competencia en el mercado. Indonesia añade que "[c]iertamente, nadie aduciría que la finalidad del empaquetado genérico es aumentar el comercio, de manera que la conclusión razonable es que la finalidad del diseño, la estructura y la arquitectura de las medidas de empaquetado genérico es restringir el comercio".[2846] Indonesia explica que, "[en] palabras de la propia Australia, los reglamentos técnicos que protegen la salud pública 'probablemente no facilitarán el comercio'", lo que, según Indonesia, indica que "Australia admite lo que la intuición dice sobre las medidas [TPP]: que un cambio tan radical en el mercado tendrá probablemente algún efecto en las oportunidades de competencia" y que "[s]i ... es poco probable que las medidas [TPP] faciliten el comercio, la conclusión lógica es que restringen el comercio".[2847]

7.1128. Indonesia observa que, si bien no se ha ocupado específicamente de los costos de cumplimiento, apoya los argumentos sobre este tema expuestos por Honduras en su primera comunicación escrita y en la primera reunión con el Grupo Especial.[2848]

[2843] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 401. Véase también la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 270.

[2844] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 402-403; respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 271.

[2845] Respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[2846] Respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[2847] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 267.

[2848] Respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

7.1129. Australia aduce que "ninguno de los reclamantes ha satisfecho la carga que le corresponde en relación con sus cuatro alegaciones generales de restrictividad del comercio", que según la descripción que hace Australia son: que las medidas TPP restringen el comercio debido a sus supuestos efectos en la diferenciación de marcas y el cambio a productos de menor precio; que las medidas TPP restringen el comercio porque crean obstáculos a la entrada en el mercado australiano de tabaco; que las medidas TPP restringen el comercio porque aumentan los costos de cumplimiento; y que las medidas TPP restringen el comercio porque las prescripciones obligatorias que imponen actúan como condición para la importación de productos de tabaco en Australia; o que los reglamentos técnicos, por su propia naturaleza, imponen límites al comercio.[2849]

7.1130. Con respecto a la diferenciación de marcas, Australia sostiene que "el argumento cualitativo de los reclamantes es insuficiente, como cuestión de derecho, para establecer que el empaquetado genérico del tabaco restringe el comercio, porque no demuestra la existencia de un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco". Australia aduce que los reclamantes equiparan incorrectamente el criterio jurídico de restrictividad del comercio con el de "libre competencia" de los participantes en el mercado, de forma que la limitación de cualquier "oportunidad de competencia" en el mercado bastaría para establecer que un reglamento técnico restringe el comercio, con independencia de que tenga o no algún efecto limitativo en el comercio internacional de productos importados.[2850] A juicio de Australia, ello convertiría la "restrictividad del comercio" en un criterio *per se*, puesto que "[p]rácticamente todos los reglamentos técnicos impondrán, al menos respecto de un participante en el mercado, una condición limitativa que no existía antes de su adopción". Australia sostiene que, incluso suponiendo que las medidas TPP limiten la capacidad de los productores de diferenciar sus productos de tabaco de los de otros productores (algo que Australia afirma que no hacen), eso no bastaría para demostrar, sin más, que dichas medidas tienen un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco.[2851] Añade que, a falta de pruebas y argumentos adicionales que demuestren, por ejemplo, que el diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP darán lugar a un descenso de la demanda global de productos de tabaco en Australia, "de una evaluación puramente cualitativa no se desprende de modo evidente que la medida restrinja el comercio en el sentido de lo que constató el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO*".[2852]

7.1131. Australia sostiene que los reclamantes no han articulado una base viable para su argumento de que el resultado necesario de cualquier presunta limitación de la capacidad de un productor para diferenciar sus productos de los de otros productores es un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco. Australia toma nota del argumento de los reclamantes de que las medidas TPP afectan "desproporcionadamente" a los productores de tabaco del segmento "premium", y sostiene que es en sí mismo insuficiente para establecer la restrictividad del comercio con arreglo a una lectura correcta del párrafo 2 del artículo 2. Australia añade que los reclamantes no han presentado ningún argumento o prueba que explique por qué el diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP y sus supuestos efectos en la diferenciación de marcas darán lugar probablemente a la reducción de las importaciones globales de productos de tabaco procedentes de todos los Miembros ("teniendo presente que los reclamantes se han negado a admitir que la medida de empaquetado genérico del tabaco dará lugar a la disminución de la demanda global de productos de tabaco").[2853] Australia hace referencia a las declaraciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)* de que, respecto de medidas internas no discriminatorias que aborden un objetivo legítimo, puede exigirse a un reclamante que aporte "pruebas y argumentos justificantes de los efectos reales en el comercio" para demostrar que esa medida tiene no obstante un efecto limitativo en el comercio en general a los fines del párrafo 2 del artículo 2. Australia sostiene que los argumentos de los reclamantes se ajustan a esta descripción de una alegación que requiere pruebas y argumentos justificantes de los efectos reales en el comercio, pero que los reclamantes no han aportado pruebas y argumentos que demuestren que el resultado de las medidas TPP es ese efecto limitativo en el comercio global de productos de tabaco.[2854]

[2849] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 531.
[2850] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 403.
[2851] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 404-405.
[2852] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 406.
[2853] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 407.
[2854] Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafos 117-119. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 408.

7.1132. Con respecto a la diferenciación de marcas y los efectos de cambio a productos de menor precio, Australia sostiene que la alegación de los reclamantes es insuficiente para establecer que una medida restringe el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque los reclamantes no han demostrado que ninguno de tales efectos de cambio a productos de menor precio tenga un efecto limitativo del comercio internacional; ni i) que sea probable que haya cambio a productos de menor precio en el mercado australiano como consecuencia del diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP; o ii) que quepa atribuir los efectos de cambio a productos de menor precio que han tenido lugar en el mercado australiano a las medidas TPP.[2855]

7.1133. Australia sostiene que "el primer y más importante problema de esas alegaciones es que sencillamente no se puede inferir que ninguno de esos efectos de cambio a productos de menor precio tendrá (o haya tenido) un efecto limitativo del comercio de productos de tabaco importados en Australia". Australia afirma que los reclamantes no han presentado ninguna prueba o argumento que demuestre por qué el diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP y sus teóricos efectos en la capacidad de diferenciar los productos de tabaco sobre la base de las marcas, o cualesquiera efectos resultantes de cambio a productos de menor precio en los productos de tabaco importados, tendrán un efecto limitativo en el comercio de los productos de tabaco objeto de la medida.[2856] Además, Australia sostiene que las pruebas empíricas indican que las medidas TPP no han tenido ningún "efecto limitativo" en las importaciones de productos de tabaco, puesto que la proporción de productos de tabaco importados en el mercado australiano ha seguido aumentando desde la introducción de las medidas TPP, aun cuando la demanda de productos de tabaco en Australia está disminuyendo.[2857]

7.1134. Australia sostiene que incluso si los efectos de cambio a productos de menor precio bastaran para establecer que las medidas TPP restringen el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los reclamantes no han demostrado que sea probable que haya un cambio a productos de menor precio en el mercado australiano como consecuencia del diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP.[2858] Australia se basa en su experto, el Profesor Dubé, para aducir que "[el Profesor] Steenkamp no aporta prueba alguna, teórica ni empírica, que apoye la conclusión de que esas medidas afectarán desproporcionadamente a las marcas premium"; Australia sostiene que tal demostración es una condición previa para las alegaciones de cambio a productos de menor precio. Asimismo, aduce que las propias pruebas de los reclamantes indican que las medidas TPP no han ejercido ninguna presión para fijar precios a la baja en el segmento premium del mercado.[2859]

7.1135. Australia también mantiene que los reclamantes no han demostrado que ningún efecto de cambio a productos de menor precio que haya ocurrido en el mercado australiano sea atribuible a las medidas TPP y no a otros factores.[2860] En este sentido, el informe elaborado por los expertos de los reclamantes del Instituto de Evaluación de Políticas (IPE) "no separa los efectos de la medida de empaquetado genérico del tabaco y los demás elementos de la política integral de control del tabaco de Australia" ni, en particular, el hecho de que la implementación de las medidas coincidiera con la introducción de ASG actualizadas y ampliadas.[2861] Australia también aduce que la aseveración de los reclamantes de que los efectos de cambio a productos de menor precio en Australia son atribuibles a las medidas TPP es contraria a la opinión de los fabricantes de tabaco que operan en Australia, que en vez de ello han atribuido esos efectos al aumento de los impuestos especiales.[2862] Los reclamantes "también hacen caso omiso de la realidad de que el cambio a productos de menor precio está ocurriendo en varios mercados a nivel mundial, y no es exclusivo de Australia". Así pues, dado que Australia es el único país que ha implementado el empaquetado genérico del tabaco, no cabe atribuir de ninguna manera los efectos de cambio a productos de menor precio en otros mercados a un "efecto de empaquetado genérico".[2863]

[2855] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 533 y 546.
[2856] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 534-535.
[2857] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 537 y figura 17.
[2858] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 540.
[2859] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 541.
[2860] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 542; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 414.
[2861] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 543; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 414.
[2862] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 544.
[2863] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 545.

7.1136. Australia añade que "es indiscutible que el fenómeno de 'cambio a productos de menor precio' a que hacen referencia los reclamantes es anterior a la adopción del empaquetado genérico del tabaco, no solo en Australia, sino en muchos otros mercados en todo el mundo", con lo cual, "[a]unque los reclamantes hubieran establecido que esos efectos son atribuibles a la medida de empaquetado genérico del tabaco ... ello sería insuficiente, desde un punto de vista jurídico, para establecer la restrictividad del comercio en términos *cuantitativos*, porque no demuestra que haya habido una reducción del volumen ni del valor de los productos de tabaco importados".[2864] A este respecto, Australia sostiene que, como los datos presentados por las partes[2865] "establecen inequívocamente, las importaciones de productos de tabaco en Australia han aumentado tanto en términos de volumen como en términos de valor desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco, a pesar del descenso sostenido de la demanda y el consumo de productos de tabaco", y que "no se ha registrado un descenso del volumen o el valor de [la]s importaciones de productos de tabaco [de los propios reclamantes], que eran una proporción insignificante de las importaciones totales en el mercado australiano antes de la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco y han seguido siéndolo después". Habida cuenta del "enorme aumento del volumen de las importaciones de tabaco en el mercado australiano desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco, y de la importancia crucial que para los argumentos de los reclamantes tiene el hecho de que la medida no haya dado lugar a un descenso de las tasas de consumo de tabaco en Australia, su alegación de restrictividad del comercio únicamente puede basarse en una disminución en términos de valor", con respecto a lo cual, sostiene Australia, los reclamantes no han aportado pruebas.[2866]

7.1137. En el contexto de sus argumentos concernientes a la relación entre el cambio a productos de menor precio y las medidas TPP, Australia también señala que el Profesor List "admitió expresamente que no era posible separar o distinguir los efectos del empaquetado genérico del tabaco de los efectos de las ASG ampliadas". Así pues, Australia aduce que los reclamantes "tratan de abordar esta cuestión de manera artificial, utilizando las ASG introducidas por Australia en 2006, que eran mucho más pequeñas, como sustituto para las ASG actualizadas y ampliadas adoptadas en 2012", y "sostienen en esencia que, como las ASG más pequeñas introducidas en 2006 no tuvieron ningún efecto de cambio a productos de menor precio, el Grupo Especial debe dar por supuesto que las ASG actualizadas y ampliadas adoptadas en 2012 tampoco tuvieron ningún efecto de ese tipo". Australia sostiene que esa no es una respuesta adecuada debido a las deficiencias de las pruebas utilizadas y a que, en opinión de Australia, las ASG más pequeñas introducidas en 2006 no son una referencia adecuada, y no se puede suponer que hayan tenido los mismos efectos que las ASG actualizadas y ampliadas adoptadas en 2012.[2867]

7.1138. Australia reitera también que el cambio a productos de menor precio es una tendencia del sector que tiene lugar en diversos mercados a nivel mundial, y es atribuible a factores como los impuestos especiales o las estrategias de mercadotecnia y fijación de precios de la propia rama de producción. Australia menciona declaraciones de directivos del sector del tabaco y sostiene que "confirman la vinculación entre el aumento de los impuestos especiales y las 'diferencias crecientes' en los precios de mercado, pero también admiten expresamente que el supuesto efecto de 'cambio a productos de menor precio' que tuvo lugar en el mercado australiano fue 'ocasionado por la rama de producción ... con lanzamientos en el segmento de bajo precio'".[2868] Australia aduce que se trata de "declaraciones inequívocas de directivos de la industria tabacalera que reconocen la vinculación entre los impuestos especiales y las estrategias en materia de precios de la industria tabacalera, por una parte, y el cambio a productos de menor precio en Australia, por otra".[2869]

7.1139. Australia aduce asimismo que, "[e]n teoría, las alegaciones de cambio a productos de menor precio, de repercusión en el acceso al mercado o de costos de cumplimiento podrían, *si* fueran acompañadas por pruebas adecuadas sobre la existencia de un efecto limitativo consiguiente en el comercio, constituir la base para una constatación de restrictividad del comercio

[2864] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 409-410 y 418. (las cursivas figuran en el original)
[2865] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 411 (donde se hace referencia a las respuestas de las partes a la pregunta 5 del Grupo Especial).
[2866] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 411.
[2867] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 417.
[2868] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 418-419.
[2869] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 419.

en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".[2870] Australia sostiene que los reclamantes no han demostrado que esos efectos hayan surgido como resultado de las medidas TPP ni que hayan dado lugar a un efecto limitativo en el comercio.

7.1140. Australia sostiene la atención que prestan los reclamantes "a las supuestas consecuencias de la medida de empaquetado genérico del tabaco en las ventas de determinadas empresas, en determinados segmentos del mercado y ... con respecto a determinados Miembros de la OMC" es "claramente insuficiente para demostrar que la medida de empaquetado genérico del tabaco tiene un efecto limitativo en el comercio global de productos de tabaco -es decir, que la medida ha tenido un efecto limitativo de las importaciones de productos de tabaco, evaluadas colectivamente-".[2871] Australia afirma que "es consustancial a los argumentos de los reclamantes relativos al cambio a productos de menor precio ... que las ventas de las marcas de productos de tabaco de menor precio han *aumentado* como resultado de la medida de empaquetado genérico del tabaco de Australia (en detrimento de las marcas 'premium')", por lo cual "incluso si los reclamantes hubieran establecido ... que la medida ha afectado negativamente a sus propias importaciones de productos de tabaco, ello no demostraría, sin más, la existencia de un efecto limitativo en el comercio *general* de productos de tabaco porque cualquier efecto de ese tipo podría ser neutralizado por el aumento del comercio de otros Miembros, o por el aumento de las ventas en otros segmentos del mercado".

7.1141. Además, continúa Australia, "en la medida en que los reclamantes *han* tratado de vincular el cambio a productos de menor precio con algún efecto limitativo real en el comercio general, lo han hecho por referencia al promedio ponderado del precio de los cigarrillos.", y Australia señala que el experto de la República Dominicana, el Profesor List, "confirmó que ha habido un *aumento* significativo en el precio real ponderado de los cigarrillos desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco".[2872] Australia aduce asimismo que "después de la introducción de las [medidas TPP], el comercio global de productos de tabaco ha aumentado tanto en volumen como en valor", lo que "se explica en parte por el traslado de la producción nacional al extranjero"; sin embargo, "los datos proporcionados por los reclamantes también demuestran claramente que el valor total del mercado minorista aumentó en el período posterior a la introducción de las [medidas TPP], a pesar de la reducción de la demanda total de productos de tabaco en el mercado australiano".[2873]

7.1142. Respecto de la creación de obstáculos a la entrada en el mercado australiano de tabaco, Australia sostiene que hay "tres problemas distintos" en relación con las alegaciones.[2874] En primer lugar, "otro de los expertos de los reclamantes, el Profesor Steenkamp, contradice directamente" la conclusión de que las medidas TPP aumentan los obstáculos a la entrada, y "afirma que la diferenciación de marcas 'crea obstáculos a la entrada que dificultan la entrada de otras empresas en el mercado'; y que el efecto del empaquetado genérico es eliminar esa diferenciación de marcas".[2875] En opinión de Australia, la conclusión lógica de las afirmaciones del Profesor Steenkamp es que las medidas TPP mejorarán las perspectivas de que haya nuevas entradas. En segundo lugar, Australia mantiene que "los reclamantes no han presentado ninguna prueba que apoye la conclusión del Profesor Neven de que el empaquetado genérico ha dado lugar, o dará lugar, a la reducción de los márgenes de beneficio". Australia afirma que las pruebas de los reclamantes demuestran que existe una tendencia continuada al alza en los precios tras la adopción de la medida de empaquetado genérico del tabaco".[2876] Por último, Australia sostiene que "el argumento del Profesor Neven de que la medida de empaquetado genérico del tabaco reduce la

[2870] Respuesta de Australia a la pregunta 117 b) del Grupo Especial, párrafo 121. (las cursivas figuran en el original)

[2871] Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[2872] Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión del Grupo Especial, apéndice 2: presentación PowerPoint de J. List, diapositiva 58). (las cursivas figuran en el original)

[2873] Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial (donde se hace referencia a gráficos suplementarios: volumen, valor y cuota de mercado de las importaciones (Prueba documental AUS-512), figura 15); segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 412; y respuestas de Australia a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.

[2874] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 550.

[2875] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 551 (donde se cita el informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 9-10 y 43).

[2876] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 552.

capacidad de los nuevos participantes para comunicarse con posibles clientes está formulado en abstracto y completamente aislado de la realidad del mercado oscuro de Australia".

7.1143. Específicamente, Australia sostiene que el Profesor Neven no intenta analizar en qué medida la capacidad de un nuevo participante para comunicarse con posibles clientes en Australia se había visto ya reducida por medidas que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, como las restricciones existentes en Australia en materia de publicidad y promoción, que incluyen prohibiciones de exhibición en los puntos de venta y en la venta al por menor.[2877] Australia hace referencia a sus expertos, HoustonKemp, para aducir que el mercado australiano de productos de tabaco se ha caracterizado por unos obstáculos a la entrada excepcionalmente importantes durante un período muy largo, y que el carácter oligopolístico del mercado australiano de tabaco, así como las ventajas de que gozan por ello las empresas establecidas, han hecho que durante mucho tiempo la entrada en el mercado fuera prácticamente imposible, con el resultado de que no ha habido una alteración significativa de los obstáculos a la entrada como consecuencia de las medidas TPP.[2878] Australia aduce que, por lo tanto, "si bien la creación de obstáculos a la entrada podría ser pertinente para determinar si las [medidas TPP tienen] un efecto limitativo en el comercio, los reclamantes no han demostrado que sea probable que se hayan creado obstáculos a la entrada como resultado del diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida de empaquetado genérico del tabaco; o que el aumento de los obstáculos a la entrada en el mercado australiano pueda atribuirse a la medida de empaquetado genérico del tabaco y no a otros factores".[2879]

7.1144. Australia observa además que algunos de los reclamantes aducen que las medidas TPP restringen el comercio debido a que las prescripciones obligatorias que imponen actúan como condición para la importación de productos de tabaco en Australia[2880]; o, en un sentido similar, porque los "reglamentos técnicos, por su propia naturaleza, imponen límites al comercio".[2881] Australia sostiene que "el hecho de que las [medidas TPP sean] un reglamento técnico, o de que el cumplimiento de las [medidas TPP] actúe como condición para la venta de productos de tabaco en Australia no es suficiente para establecer" que dichas medidas restringen el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[2882] Australia explica que, no obstante el hecho de que los reglamentos técnicos sean, por su propia naturaleza, obligatorios[2883], "el Órgano de Apelación reconoció expresamente, en *Estados Unidos - Atún II (México)* y *Estados Unidos - EPO*, que puede haber circunstancias en las cuales un reglamento técnico *no* restrinja el comercio"[2884], de manera que no hay "base para alegar que un reglamento técnico restringe el comercio únicamente porque la observancia de sus prescripciones es obligatoria; o que los reglamentos técnicos *per se* restringen el comercio".[2885]

7.1145. Australia sostiene también que "los reclamantes podrían haber aducido de una manera obvia que la medida restringe el comercio -podrían admitir que, con el tiempo, la medida de Australia reducirá la demanda de productos de tabaco al disminuir el número de inicios y recaídas y aumentar el de abandonos-. En el contexto del mercado de Australia, que asiste a la eliminación progresiva de la producción nacional, esto dará lugar necesariamente a una disminución de las importaciones".[2886] Australia explica que, en el futuro, las medidas TPP tendrán un efecto limitativo

[2877] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 553.
[2878] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 554; y respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2879] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 555; y respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2880] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 562 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 975, donde a su vez se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 375 y 976; y a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 401). (el resalte figura en el original)
[2881] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 562 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 973, donde a su vez se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 376). Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 960.
[2882] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 562.
[2883] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 563.
[2884] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 564 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322, nota 647; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 376, nota 748).
[2885] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 564.
[2886] Declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 93.

en el comercio global de productos de tabaco porque: "i) la medida reducirá el consumo de productos de tabaco (desalentando de empezar a fumar y de recaer y alentando a dejar de fumar); y ii) dado que las importaciones pronto representarán la totalidad del mercado de productos de tabaco de Australia, que asiste a la eliminación progresiva de la producción nacional, la disminución del consumo de productos de tabaco limitará necesariamente el comercio global de productos de tabaco".[2887] Debido a este último efecto, "los argumentos de los reclamantes sobre la restrictividad del comercio se plantean en un contexto en que su posición sobre la contribución (que la medida no puede lograr ningún grado de contribución a su objetivo) se basa en la negación de la tesis de que la medida reducirá el comercio global de productos de tabaco".[2888] A este respecto, Australia aduce que las medidas TPP restringen el comercio solo lo necesario para alcanzar su grado de contribución a sus objetivos de salud pública.[2889]

7.2.5.4.2.2 Principales argumentos de los terceros

7.1146. La Unión Europea no está "convencid[a] de que la cuestión del cambio a productos de menor precio ... en sí misma, y sin más, demuestre que existe una restricción del comercio, por lo menos en la medida en que se limite sencillamente a la observación de que la cuota de mercado de un reclamante aumenta a expensas de la de otro". Tampoco está convencida de que ese fenómeno, que puede conllevar la disminución de los precios de algunos productos, demuestre, sin más, que existe una restricción del comercio. La Unión Europea considera más bien que, como parte de su examen general, el Grupo Especial tendría que examinar además la cuestión de si los volúmenes y el valor general han permanecido estables o incluso han aumentado, así como los efectos que la medida podría causar, teniendo en cuenta cualquier medida atenuante adoptada por las empresas interesadas.[2890]

7.1147. A la Unión Europea le parece que hay "alguna conexión entre el examen de si la medida restringe o no el comercio, por una parte, y el examen de si la medida hace o no una contribución a su objetivo, por la otra". Para la Unión Europea, esos dos exámenes se refieren a lo que la medida causa o lo que podría causar: por una parte, restricción del comercio, y por otra, reducción de la prevalencia del consumo de tabaco. La Unión Europea sugiere que el Grupo Especial adopte un enfoque coherente respecto de esas cuestiones, sobre todo en lo tocante al trato que da a las pruebas -si el Grupo Especial se inclina por constatar que la medida ha causado o podría causar una restricción del comercio, podría también inclinarse por constatar que la medida ha causado o podría causar alguna reducción de la prevalencia del consumo de tabaco-. Ello llevaría al Grupo Especial a realizar un análisis completo en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que abarque tanto un análisis de la relación como un análisis comparativo. Según la Unión Europea, se trata de la manera más equilibrada y fructífera de abordar la diferencia.[2891]

7.1148. Según Nueva Zelandia, los reclamantes no han demostrado que algún cambio en las condiciones de mercado en Australia con respecto a los productos de tabaco limite el comercio de productos importados; más bien, las alegaciones de los reclamantes parecen orientadas a proteger las expectativas de las empresas tabacaleras de tener determinados niveles de beneficio o cuota de mercado. Por lo tanto, las alegaciones injustificadas de los reclamantes no afectan a las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Los reclamantes no han establecido que las medidas TPP restrinjan el comercio debido a algún supuesto efecto de diferenciación de marcas o de cambio a productos de menor precio.[2892]

7.1149. Nueva Zelandia no considera que los tipos de efectos que alegan los reclamantes, como el cambio a productos de menor precio, la repercusión en el acceso a los mercados o los costos de cumplimiento, demuestren la "restrictividad del comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Los reclamantes intentan ampliar el concepto de "restrictividad del comercio" del párrafo 2 del artículo 2 más allá de su sentido corriente, sin que la jurisprudencia de la OMC respalde esa tesis. La restrictividad del comercio puede evaluarse examinando las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados. Como ha aducido Australia, habría que

[2887] Respuesta de Australia a la pregunta 119 del Grupo Especial.
[2888] Respuesta de Australia a la pregunta 119 del Grupo Especial.
[2889] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial; y respuesta de Australia a la pregunta 165 del Grupo Especial.
[2890] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2891] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2892] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 87-89; y respuesta de Nueva Zelandia en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.

centrarse en la cuestión de "si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado de manera que tiene un efecto limitativo en el comercio de los productos importados sujetos a ese reglamento".

7.1150. Nigeria aduce que las pruebas de expertos en economía presentadas por los reclamantes "ponen de relieve el efecto perjudicial en el acceso al mercado australiano y la distorsión de las oportunidades de competencia causados por la imposibilidad de diferenciar productos mediante marcas de fábrica o de comercio y diseños del empaquetado prescrita". Nigeria sostiene que las medidas TPP imponen por tanto una restricción muy importante a la competencia y el comercio.[2893]

7.1151. Noruega aduce que los reclamantes deben establecer efectivamente, y no limitarse a afirmar, que la medida tiene un efecto limitativo en el comercio de productos de tabaco y/o que es probable que tal efecto tenga lugar en el mercado australiano como consecuencia del diseño, la arquitectura y el funcionamiento de la medida de empaquetado genérico. No sería suficiente, a juicio de Noruega, "basarse en una idea abstracta sobre las condiciones de mercado".[2894]

7.1152. Singapur insta al Grupo Especial a tomar en consideración, al formular un criterio de restrictividad del comercio y aplicarlo a los tipos de efectos que alegan los reclamantes (como el cambio a productos de menor precio), que el centro de la obligación prevista en el párrafo 2 del artículo 2 es el criterio de necesidad, y que el umbral de "restrictividad del comercio" no debe ser indebidamente gravoso. Singapur observa que si bien Australia rechaza la proposición de que el cambio a productos de menor precio dará lugar a un efecto limitativo en el comercio de productos de tabaco importados en Australia, acepta que: 1) un aumento de los costos de cumplimiento; y 2) los obstáculos creados a la entrada en el mercado australiano de tabaco pueden ser pertinentes para determinar si las medidas TPP restringen el comercio.

7.1153. Singapur no está de acuerdo con la afirmación de Australia de que, para poner de manifiesto que las medidas TPP restringen el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, los reclamantes tienen que demostrar que tienen un efecto limitativo en el comercio global de productos de tabaco en todos los Miembros de la OMC. En cambio, opina que el comercio afectado puede tener lugar entre el Miembro reclamante y el Miembro demandado, y que no debería ampliarse el examen hasta el punto de que la restricción del comercio en cuestión se refiera al comercio con cualquier Miembro de la OMC. La expresión "comercio internacional" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC figura también en el artículo XX del GATT de 1994, pero no se ha aplicado de esa manera.[2895]

7.1154. Nicaragua sostiene que, "habida cuenta de la importancia económica de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas para el acceso a los mercados y la competencia leal", la prohibición del uso de todas las características distintivas de las marcas de fábrica o de comercio como diseño, logotipo y color en el empaquetado de los productos de tabaco con marca, dejando únicamente el nombre de la marca en forma normalizada, restringe necesariamente las oportunidades de competencia en el mercado australiano. Nicaragua añade que las medidas TPP desincentivan enormemente la exportación a Australia y harán que sea extremadamente difícil, si no imposible, para cualquier fabricante de productos de tabaco que no esté actualmente presente en el mercado australiano entrar en ese mercado. Nicaragua considera que las pruebas presentadas por los reclamantes con respecto al carácter de la medida de empaquetado genérico de Australia, que restringe el comercio y distorsiona la competencia, confirma lo anterior. Por ejemplo, el Profesor Neven explica las diferentes funciones de las marcas de fábrica o de comercio, y concluye que "el empaquetado genérico tendrá un efecto negativo considerable en las perspectivas de entrada y expansión en el mercado australiano de tabaco", con la excepción de la posibilidad de entrada a costo reducido de cigarrillos sin marca de baja calidad que compitan únicamente sobre la base del precio y no de la calidad del producto. Nicaragua añade que, cuando notificó la medida de empaquetado genérico de conformidad con el párrafo 9.2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la propia Australia reconoció que el empaquetado genérico tendría un efecto significativo en el comercio.[2896]

[2893] Comunicación presentada por Nigeria en calidad de tercero, párrafo 30.
[2894] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 95.
[2895] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2896] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafos 37-38.

7.1155. Nicaragua considera que los argumentos de los reclamantes concernientes a la restrictividad del comercio de las medidas TPP bastan para demostrar que la medida tiene un "efecto limitativo en las oportunidades de competencia" en el mercado australiano. Por ejemplo, el Profesor Neven "ofrece de manera clara y convincente pruebas teóricas y empíricas que demuestran que las medidas de empaquetado genérico restringen el acceso a los mercados, distorsionan las oportunidades de competencia y desincentivan la exportación a Australia".[2897] Nicaragua considera que esos efectos de la medida de empaquetado genérico en las condiciones de competencia, el acceso a los mercados, el valor, el precio y la rentabilidad demuestran claramente su restrictividad del comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[2898]

7.1156. Sudáfrica sostiene que no se han presentado pruebas reales de restrictividad del comercio y, a falta de tales pruebas, el Grupo Especial no puede formular ninguna constatación a este respecto. Sudáfrica aduce que el párrafo 2 del artículo 2 protege las expectativas de los Miembros de la OMC de que los reglamentos técnicos no limitarán el comercio en mayor medida de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. Correspondería a los reclamantes probar que el "cambio a productos de menor precio" está directamente relacionado con la introducción de las medidas de empaquetado genérico. Sudáfrica añade que "esas medidas podrían repercutir en el acceso a los mercados o el costo de cumplimiento; sin embargo, ninguno de los reclamantes ha demostrado positivamente que las medidas de empaquetado genérico por sí solas hayan dado lugar a tales efectos". Sudáfrica sostiene que "[p]ara demostrar ese argumento no se tuvieron en cuenta otros factores, como los impuestos especiales o incluso una tendencia general de 'cambio a productos de menor precio' en otros mercados donde no hay medidas de empaquetado genérico".[2899]

7.1157. El Uruguay aduce que si "un reclamante mantiene o da a entender que la medida australiana restringe el comercio, tendrá que justificarlo y demostrar la existencia de efectos concretos y reales en el comercio". Según el Uruguay, "no basta sencillamente con alegar el cambio a productos de menor precio, la repercusión en el acceso al mercado o los costos de cumplimiento [para] demostrar restrictividad del comercio", sobre todo "en una situación de no discriminación". Además, el Uruguay sostiene que el hecho de que el consumo disminuya y el mercado se reduzca no significa ni demuestra restrictividad del comercio. Aunque puede haber algunos ajustes en las cuotas de mercado, el Uruguay sostiene que "se trata de una consecuencia natural de la política adoptada, y nadie puede esperar que las cuotas de mercado permanezcan completamente estáticas".

7.1158. El Uruguay añade que cabe también alegar que es más difícil para las importaciones ajustarse a las nuevas prescripciones "en comparación con la producción nacional", pero que ello "suele suceder en la mayoría de las situaciones comerciales (y no solo debido a las nuevas reglamentaciones) y no demuestra restrictividad del comercio".[2900]

7.1159. Zimbabwe aduce que, al prohibir la utilización de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y su empaquetado e imponer un diseño normalizado, las medidas TPP alteran fundamentalmente las condiciones de competencia en el mercado australiano para los productos importados. Zimbabwe hace referencia al informe de experto del Profesor Neven, y sostiene que las prescripciones en materia de empaquetado genérico limitan significativamente el acceso de los productos importados al mercado australiano debido a la combinación de comunicación negativa y efectos en los precios.[2901] En referencia a los informes de la Sra. Victoria Parr y el Profesor Winer, Zimbabwe señala que también concluyen que las prescripciones en materia de empaquetado genérico distorsionan la competencia al restringir en gran medida la posibilidad de establecer diferencias entre productos sobre la base de la calidad.[2902] Esto tiene como resultado la "comoditización" de esos productos y una presión a la baja sobre los precios. Al impedir las

[2897] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), páginas 38-41).
[2898] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2899] Respuesta de Sudáfrica en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2900] Respuesta del Uruguay en calidad de tercero a la pregunta 4 del Grupo Especial.
[2901] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 26 (donde se hace referencia al informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC)).
[2902] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 26 (donde se hace referencia a Parr *et al*. 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49); e informe de Winer (Prueba documental UKR-9)).

distinciones basadas en la calidad, las medidas TPP afectarán sin duda negativamente al comercio de hojas de tabaco del tipo Virginia de gran calidad como las que produce Zimbabwe. El aumento de la competencia en materia de precios tendrá un efecto de reducción de los precios de las hojas de tabaco porque los fabricantes de productos de tabaco tratarán de mantener sus márgenes de beneficio obteniendo materias primas más baratas. Zimbabwe sostiene asimismo que un descenso de los precios de las hojas de tabaco tendría consecuencias devastadoras para el conjunto de su economía debido a la importancia del tabaco, así como para los pequeños agricultores y sus familias que subsisten gracias al cultivo de tabaco. Zimbabwe afirma que no podría soportar un descenso de los precios de las hojas de tabaco y no tiene a su disposición ninguna alternativa a continuar cultivando tabaco.[2903]

7.2.5.4.2.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1160. Como se ha explicado antes, los reclamantes presentan varios argumentos para respaldar su opinión de que las medidas TPP "restring[en] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.

7.1161. En general, puede decirse que esos argumentos se refieren:

a. a los efectos de las medidas TPP en el entorno competitivo del mercado australiano;

b. a los efectos de las medidas TPP en el nivel del comercio de productos de tabaco; y

c. a los costos que entraña el cumplimiento de las prescripciones reglamentarias derivadas de las medidas TPP.

7.1162. Examinamos esos argumentos por orden.

La cuestión de si las medidas TPP restringen el comercio porque alteran el entorno competitivo de los productores en el mercado australiano

La cuestión de si las medidas TPP perjudican a las oportunidades de competencia de los productos de tabaco importados al restringir la capacidad de los productores de diferenciar sus productos

7.1163. Según se ha descrito *supra*, los reclamantes aducen en general que las medidas TPP restringen sus oportunidades de competencia afectando a la capacidad de los fabricantes de tabaco de diferenciar sus productos, y de competir en el mercado australiano, sobre la base de sus marcas[2904], con lo cual se "eliminan oportunidades de competencia" y, en palabras de Indonesia, se "reestructura[n] en lo fundamental las condiciones de competencia del mercado australiano de cigarrillos".[2905]

7.1164. La República Dominicana considera que el desacuerdo de las partes sobre los efectos reales en el comercio resultantes de las medidas TPP no es importante para la constatación por el Grupo Especial de restrictividad del comercio en el marco del párrafo 2 del artículo 2, porque "resulta evidente del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas que limitan drásticamente las oportunidades de competencia para diferenciar los productos de tabaco".[2906]

7.1165. Australia sostiene que el "argumento cualitativo" de los reclamantes con respecto a la diferenciación de marcas es insuficiente, como cuestión de derecho, para establecer que el empaquetado genérico del tabaco restringe el comercio, porque no demuestra un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco. Australia aduce que los reclamantes equiparan incorrectamente el criterio jurídico de restrictividad del comercio con el de "libre competencia" de los participantes en el mercado, de forma que la limitación de cualquier

[2903] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 26.
[2904] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 977.
[2905] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 395; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 266. Véanse también, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 870-877; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 977-978; y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 402-403.
[2906] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafo 233.

"oportunidad de competencia" en el mercado bastaría para establecer que un reglamento técnico restringe el comercio, con independencia de que tenga o no algún efecto limitativo en el comercio internacional de productos importados.[2907] A juicio de Australia, ello convertiría la "restrictividad del comercio" en un criterio *per se*, puesto que "[p]rácticamente todos los reglamentos técnicos impondrán, al menos respecto de un participante en el mercado, una condición limitativa que no existía antes de su adopción". Australia sostiene que, incluso suponiendo que las medidas TPP limiten la capacidad de los productores de diferenciar sus productos de los de otros productores (algo que Australia afirma que no hace), eso no bastaría para demostrar, sin más, que tienen un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco.[2908]

7.1166. Coincidimos con Australia en que la demostración de que las medidas impugnadas pueden dar lugar a alguna alteración del entorno competitivo general de los proveedores en el mercado no demostraría, en sí misma, su "restrictividad del comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Antes bien, como se ha indicado *supra*, lo que debemos determinar es el grado del *efecto limitativo* que tienen las medidas impugnadas en el comercio internacional.[2909] No consideramos, por lo tanto, que la demostración de que las medidas TPP "reestructuraron las condiciones de competencia del mercado australiano de cigarrillos"[2910], o de que *modifican* las condiciones en que todos los fabricantes competirán entre ellos en el mercado, sea, en sí misma, suficiente para demostrar su restrictividad del comercio. A este respecto, no entendemos que la referencia a los efectos de un reglamento técnico en las "oportunidades de competencia", en anteriores informes de grupos especiales y el Órgano de Apelación, quiera decir que *cualquier* modificación de las condiciones en que compiten todos los productos en el mercado como resultado de un reglamento técnico demuestre la "restrictividad del comercio" de dicho reglamento. Más bien, como se ha expuesto más arriba, lo que debemos examinar es el grado del efecto *limitativo* que tiene el reglamento técnico en litigio en el *comercio internacional*.

7.1167. Concretamente, estamos de acuerdo con los reclamantes en que, en tanto impiden el uso de determinadas características de diseño en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor, las medidas TPP limitan las oportunidades de que los productores diferencien sus productos. Coincidimos asimismo en que la diferenciación genera fidelidad en los consumidores y aumenta su disposición a pagar, y en que, al restringir las oportunidades de que las marcas se diferencien, las medidas TPP limitan las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan sobre la base de esa diferenciación de marcas.[2911] Sin embargo, no estamos convencidos de que esta modificación del entorno competitivo de todos los productos de tabaco en todo el mercado (que puede en principio *aumentar* la competencia en el mercado[2912]) constituya, en sí misma, una restricción de las "oportunidades de competencia" para los productos de tabaco importados que deba suponerse tiene un "efecto limitativo" en el comercio internacional.

7.1168. Más bien, según ha manifestado Australia, 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.[2913] Como ha destacado el Órgano de Apelación, se requerirán pruebas adecuadas de ese efecto limitativo, en particular en el caso de una medida interna no discriminatoria. No consideramos, sin embargo, que esa demostración deba basarse en los efectos reales en el comercio, sino que, en principio, podría basarse en una evaluación

[2907] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 403.
[2908] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 404-405.
[2909] Véanse, en relación con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, los informes del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137 ("Una diferencia formal de trato entre los productos importados y los productos nacionales similares no es, por consiguiente, ni necesaria ni suficiente para demostrar una infracción del párrafo 4 del artículo III. En cambio, se debería evaluar si se ha dado o no a los productos importados un trato 'menos favorable' que a los productos nacionales similares examinando si una medida modifica las *condiciones de competencia* en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados"). (las cursivas figuran en el original)).
[2910] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 395.
[2911] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2912] Se considera habitualmente que la diferenciación de productos disminuye la presión sobre los precios y permite a las empresas cobrar un sobreprecio con respecto a sus costos marginales.
[2913] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 516. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208, nota 643 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos avícolas*, párrafos 126-127).

cualitativa que tuviera en cuenta en particular el diseño y el funcionamiento de las medidas, en una evaluación cuantitativa de sus efectos reales en el comercio, o en ambas.[2914]

7.1169. Los reclamantes esgrimen una serie de argumentos concretos donde detallan de qué modo, a su juicio, la reducción de las oportunidades de que los fabricantes compitan sobre la base de la diferenciación de marcas dará lugar a: i) el "cambio a productos de menor precio" y la caída del precio de las marcas premium y, en consecuencia, la reducción del valor de los productos importados, sobre todo los premium; ii) el aumento de la competencia de precios y la caída de los precios y, en consecuencia, la disminución del valor de las ventas de productos de tabaco y del valor total de las importaciones. Honduras e Indonesia aducen también que, además de perjudicar a las empresas establecidas, las medidas TPP crean obstáculos a la entrada en el mercado australiano.

7.1170. Australia responde que, "[e]n teoría, las alegaciones de cambio a productos de menor precio, efectos en el acceso al mercado o costos de cumplimiento podrían, si fueran acompañadas por pruebas adecuadas sobre la existencia de un efecto limitativo consiguiente en el comercio, constituir la base para una constatación de restrictividad del comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC". Sin embargo, sostiene que los reclamantes no han demostrado que esos efectos hayan surgido como resultado de las medidas TPP ni que hayan dado lugar a un efecto limitativo en el comercio.[2915]

7.1171. Examinamos en primer lugar los argumentos específicos de los reclamantes sobre los efectos de las medidas TPP en los obstáculos a la entrada en el mercado australiano, antes de pasar a sus argumentos relativos a sus consecuencias en el nivel del comercio y, por último, a los costos de cumplimiento.

La cuestión de si las medidas TPP crean obstáculos a la entrada en el mercado australiano

7.1172. Honduras aduce, en referencia al informe de experto del Profesor Neven, que las medidas TPP de Australia producen ciertos efectos en materia de comunicación y precio que hacen casi imposible el acceso al mercado australiano de tabaco.[2916]

7.1173. El Profesor Neven afirma que "los beneficios que un fabricante espera obtener en un mercado particular determinan su disposición a participar en el comercio, introducirse en nuevos mercados y competir con marcas establecidas".[2917] El Profesor Neven explica que el empaquetado genérico produce tres efectos diferentes en la competencia y el comercio en el mercado australiano: i) un efecto en la apertura de los mercados; ii) un efecto en la comunicación; y iii) un efecto competitivo.[2918] Explica que, debido al efecto en la apertura de los mercados, el empaquetado genérico disminuiría, en principio, los obstáculos a la entrada y mejoraría las perspectivas de entrada en el mercado australiano. Argumenta, sin embargo, que este efecto positivo inicial de apertura en los obstáculos a la entrada queda neutralizado por los otros dos efectos que produce el empaquetado genérico. A su juicio, el efecto del empaquetado genérico en la comunicación crea obstáculos a la entrada, puesto que se hace considerablemente más difícil para los posibles nuevos participantes introducirse con éxito sin la posibilidad de dar a conocer las marcas. Y el efecto competitivo también crea obstáculos a la entrada, ya que los productores tienen que reducir los precios para hacer frente a la menor disposición de los consumidores a pagar, lo que recude sus márgenes de beneficio, de modo que "los operadores están menos predispuestos a participar en el comercio", lo que "da lugar también a que la probabilidad de

[2914] Véase el párrafo 7.1076 *supra*.
[2915] Véase el párrafo 7.1139 *supra*.
[2916] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 556.
[2917] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 556 (donde se cita el informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), párrafo 6.1, página 36).
[2918] El "efecto en la apertura de los mercados" se basa en la premisa de que las marcas sólidas ya existentes se benefician de la fidelidad a las marcas establecidas, que es un factor que puede constituir un obstáculo para los posibles nuevos participantes. Se refiere al efecto del empaquetado genérico en la fidelidad a las marcas establecidas. El "efecto en la comunicación" se refiere al efecto del empaquetado genérico en la capacidad de los posibles nuevos participantes de dar a conocer las marcas de sus nuevos productos. El "efecto competitivo" se centra en las repercusiones comerciales concretas del empaquetado genérico y su incidencia en la probabilidad de que la entrada sea rentable. Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 38.

entrada sea menor".[2919] Así pues, el Profesor Neven concluye que "[e]l empaquetado genérico reduce la diferenciación de productos y la perspectiva de que la entrada y la presencia continuada en el mercado sean rentables", y "también obstaculiza considerablemente la entrada de nuevos productos en el mercado, puesto que los nuevos productos necesitan marcas de fábrica o de comercio y oportunidades de diferenciación de productos para comunicar su presencia en el mercado a los posibles clientes".[2920]

7.1174. Honduras aduce que, si se considera el resultado neto del funcionamiento combinado de estos tres efectos, "queda claro que el empaquetado genérico tiene efectos negativos generalizados para las marcas de tabaco, con independencia de que ya estén presentes en el mercado australiano o quieran introducirse en él".[2921]

7.1175. Indonesia aduce, en un sentido similar, que el empaquetado genérico limita el comercio porque hace más difícil para los productos importados establecer una identidad para los consumidores que ya están familiarizados con las marcas nacionales. Indonesia menciona una investigación sobre consumo realizada para el Gobierno australiano en paralelo con la implementación del empaquetado genérico, que constató que la consideración de las marcas como "extranjeras" o "nacionales" influía en las actitudes de los consumidores hacia las marcas de cigarrillos, y concretamente que varias marcas se consideraban netamente "australianas", lo que en general hacía que la marca se considerase más atractiva. Los cigarrillos netamente "australianos" eran fundamentalmente aquellos con respecto a los cuales se consideraba que habían estado en el mercado durante más tiempo o se percibía que los fumaban determinados tipos de personas que "representaban" estereotipos australianos claramente definidos (por ejemplo, trabajadores que desempeñan oficios (es decir, trabajadores manuales como fontaneros o electricistas) o aficionados al rugby o el cricket).[2922]

7.1176. Australia identifica "tres problemas distintos" en relación con los argumentos de los reclamantes sobre la creación de obstáculos a la entrada en el mercado australiano de tabaco.[2923] En primer lugar, "otro de los expertos de los reclamantes, el Profesor Steenkamp, contradice directamente" la conclusión de que las medidas TPP aumentan los obstáculos a la entrada, y "afirma que la diferenciación de marcas 'crea obstáculos que dificultan que otras empresas entren en el mercado de otras empresas; y que el efecto del empaquetado genérico es eliminar esa diferenciación de marcas".[2924] A juicio de Australia, la conclusión lógica de este análisis es que las medidas TPP mejorarán las perspectivas de que haya nuevas entradas. En segundo lugar, Australia mantiene que "los reclamantes no han presentado ninguna prueba que apoye la conclusión del Profesor Neven de que el empaquetado genérico ha dado lugar, o dará lugar, a la reducción de los márgenes de beneficio". Australia afirma que las pruebas de los reclamantes demuestran que existe una tendencia continuada al alza en los precios tras la adopción de la medida de empaquetado genérico del tabaco".[2925] Por último, Australia sostiene que "el argumento del Profesor Neven de que la medida de empaquetado genérico del tabaco reduce la capacidad de los nuevos participantes para comunicarse con posibles clientes está formulado en abstracto y completamente aislado de la realidad del mercado oscuro de Australia". Específicamente, Australia sostiene que el Profesor Neven no intenta analizar en qué medida la capacidad de un nuevo participante para comunicarse con posibles clientes en Australia se había visto ya reducida por medidas que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, como las restricciones existentes en Australia en materia de publicidad y promoción, que incluyen prohibiciones de exhibición en los puntos de venta y en la venta al por menor.[2926]

7.1177. Australia hace referencia a un informe encargado a HoustonKemp[2927] y aduce que el mercado australiano de productos de tabaco se ha caracterizado por unos obstáculos a la entrada

[2919] Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), páginas 39-41.
[2920] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 563; y respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[2921] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 557.
[2922] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 400 (donde se cita Parr *et al*. 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49)), página 56 (las comillas son de Indonesia)).
[2923] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 550-553.
[2924] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 551 (donde se cita el informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 9-10 y 43).
[2925] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 552.
[2926] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 553.
[2927] Véase el informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC).

excepcionalmente importantes durante un período muy largo, y que el carácter oligopolístico del mercado australiano de tabaco, así como las ventajas de que gozan por ello las empresas establecidas, han hecho que durante mucho tiempo la entrada en el mercado fuera prácticamente imposible, con el resultado de que no ha habido una alteración significativa de los obstáculos a la entrada como consecuencia de las medidas TPP.[2928] Australia aduce que, por lo tanto, "si bien la creación de obstáculos a la entrada podría ser pertinente para determinar si las [medidas TPP tienen] un efecto limitativo en el comercio, los reclamantes no han demostrado que sea probable que se creen obstáculos a la entrada como resultado del diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida de empaquetado genérico del tabaco; o que el aumento de los obstáculos a la entrada en el mercado australiano pueda atribuirse a la medida de empaquetado genérico del tabaco y no a otros factores".[2929]

7.1178. Sobre la base del examen de estas pruebas, no estamos convencidos de que Honduras e Indonesia hayan demostrado que las medidas TPP harán más difícil, en general, que las nuevas marcas se introduzcan en el mercado. Las conclusiones de Honduras de que las medidas TPP crean obstáculos a la entrada se basan en el análisis realizado por el Profesor Neven de los efectos del empaquetado genérico en la entrada en el mercado. Dicho análisis consiste en identificar primero tres "efectos distintos que el empaquetado genérico tiene en la entrada" y después "sopesar su importancia".[2930] Consideramos que el marco analítico propuesto por el Profesor Neven es útil para entender los efectos del empaquetado genérico en la entrada en el mercado australiano. Concretamente, estamos de acuerdo en que cabe considerar que el empaquetado genérico produce tres efectos distintos en la competencia y el comercio en el mercado australiano: i) un efecto en la apertura de los mercados; ii) un efecto en la comunicación; y iii) un efecto competitivo.[2931] Por consiguiente, examinamos en mayor detalle si los reclamantes han demostrado que, mediante el funcionamiento de esos tres efectos considerados conjuntamente, es probable que las medidas TPP creen nuevos obstáculos a la entrada, como indica el Profesor Neven.

7.1179. En primer lugar, coincidimos con el análisis del Profesor Neven de que es probable que, como resultado de las medidas TPP, se erosione la fidelidad a las marcas existentes, lo que supondría un *aumento* del margen de entrada en el mercado australiano ("efecto en la apertura de los mercados"). Cuando un posible nuevo participante contempla vender en un nuevo mercado, la fidelidad preexistente a las marcas de los proveedores establecidos reduce la probabilidad de que la entrada tenga éxito comercial. En la medida en que el empaquetado genérico reduce la fidelidad a las marcas, como sucede según aducen los reclamantes, cabe esperar, por lo tanto, que tenga un efecto *positivo* en las perspectivas de entrada. El Profesor Neven prevé, sin embargo, que la reglamentación no hará desaparecer por completo el capital que las marcas representan para las empresas establecidas en el mercado australiano, al menos no en un primer momento, de manera que este efecto será inicialmente débil y solo disminuirá gradualmente el capital que las marcas representan para esas empresas del mercado australiano. Pero el Profesor Neven no explica la base de esta suposición ni aporta pruebas que la respalden.[2932] Aunque este argumento parece plausible, dice poco sobre la fuerza del efecto en la apertura de los mercados en relación con la fuerza de los otros efectos.

7.1180. También estamos de acuerdo en que la capacidad de dar a conocer las marcas ("efecto en la comunicación") tenderá en cambio a *reducir* margen comercial de entrada en el mercado australiano en la medida en que el empaquetado genérico reduce capacidad de dar a conocer la marca de un nuevo producto. En apoyo de su afirmación de que el efecto en la comunicación hará prácticamente imposible el lanzamiento de una nueva marca en Australia, el Profesor Neven presenta datos sobre el nivel de conocimiento de las marcas, por marca, en 2012. Esas estadísticas muestran que, incluso antes del empaquetado genérico, las trabas para dar a conocer las marcas en el mercado australiano eran significativas. Sin embargo, solo ofrecen información limitada en cuanto a la fuerza del efecto en la comunicación de las medidas TPP, en términos absolutos o en relación con la fuerza de los otros dos efectos identificados por el Profesor Neven. Coincidimos con Australia en que el Profesor Neven no ha tratado de analizar en qué medida la

[2928] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 554; y respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2929] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 555.
[2930] Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 38.
[2931] Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 38. Véase también la nota 2918 *supra*.
[2932] Véase el informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), nota 57.

capacidad de un nuevo participante para comunicarse con posibles clientes en Australia se había visto ya considerablemente reducida por medidas que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, como las restricciones existentes en Australia en materia de publicidad y promoción, que incluyen prohibiciones de exhibición en los puntos de venta y en la venta al por menor.[2933] En tanto en cuanto la capacidad de dar a conocer las marcas era ya muy escasa antes de su introducción[2934], las medidas TPP pueden haber tenido solo un efecto marginal en dicha capacidad. A este respecto, señalamos las observaciones que figuran en el informe de HoustonKemp, presentado por Australia, según las cuales:

> [E]s poco probable que "el efecto en la comunicación" pueda crear obstáculos a la entrada. Un nuevo participante debe dar a conocer su empaquetado principalmente en el punto de venta porque, mientras tenga un nivel bajo de ventas, tendrá muy pocos clientes que puedan exhibir el empaquetado en otro lugar. Sin embargo, con independencia de la medida TPP, la exposición de los consumidores australianos al empaquetado del tabaco en tiendas minoristas es muy limitada, debido a las diversas restricciones que se aplican a la exhibición de productos de tabaco en el punto de venta. De ello se desprende que la medida TPP no ha tenido prácticamente efecto alguno en lo que los clientes ven cuando eligen qué comprar en un establecimiento minorista o en el grado en que los clientes pueden ver el empaquetado del producto de un nuevo participante.[2935]

7.1181. Por último, coincidimos con el Profesor Neven en que también cabe esperar que los cambios en los márgenes de beneficio ("efecto competitivo"), en principio, den lugar a una *menor* probabilidad de entrada, debido a que la reducción de la diferenciación de productos resultante del empaquetado genérico significará que los márgenes generales de todos los productores se reducirán sensiblemente con el tiempo. Cuando los costos fijos de entrada y funcionamiento son considerables, la reducción de los márgenes dará lugar a una disminución importante de la probabilidad de que la entrada tenga rentabilidad comercial. El Profesor Neven supone que la rentabilidad disminuirá y que los márgenes serán más estrechos como resultado de las medidas TPP, a causa de la reducción de la diferenciación de productos. Esta suposición se fundamenta principalmente en un razonamiento económico abstracto.[2936] Sin embargo, como se analiza *infra* en mayor detalle, las pruebas empíricas de que disponemos indican que, desde la entrada en vigor de las medidas TPP, los precios han aumentado, mientras que las cantidades vendidas han disminuido. Esto significa que incluso si, a efectos de argumentación, los precios hubieran descendido como consecuencia de las medidas TPP, esa reducción habría sido neutralizada por el efecto de otros factores. A falta de información clara sobre los costos, no podemos concluir que el promedio de los márgenes de beneficio ha disminuido como resultado de las medidas TPP. De hecho, el [[***]][2937] [[***]] Esto no significa que, a más largo plazo, las medidas no puedan dar lugar a una caída de los precios y los márgenes de beneficio, como indica el Profesor Neven.

7.1182. Al sopesar las consecuencias de los tres efectos, el Profesor Neven concluye que la repercusión general del empaquetado genérico será que socavará significativamente el margen de entrada en el mercado australiano de cigarrillos, por dos razones. La primera es que la incapacidad de dar a conocer las marcas de ninguna forma (teniendo en cuenta la prohibición de la publicidad preexistente) hará casi imposible lanzar con éxito una marca nueva en Australia. La segunda es que, si bien la fortaleza de las marcas existentes puede constituir un obstáculo a la entrada que quizá disminuya el empaquetado genérico, la reglamentación no hará desaparecer por completo el capital que las marcas representan para las empresas establecidas del mercado australiano, al menos no al principio. Amplifica este efecto, en opinión del Profesor Neven, la rentabilidad por lo general escasa en mercados con poca diferenciación de productos y márgenes en consecuencia estrechos. En otras palabras, aduce que el efecto en la apertura de los mercados será relativamente débil inicialmente mientras que el efecto en la comunicación, amplificado por el efecto competitivo, será relativamente fuerte.

[2933] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 553.
[2934] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 30.
[2935] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 30.
[2936] Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), páginas 36-37.
[2937] [[***]] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), páginas 19-23.

7.1183. Sin embargo, como se ha expuesto más arriba, no nos queda claro que el "efecto en la apertura de los mercados" de las medidas sea tan débil como supone el Profesor Neven por lo que respecta al *aumento* del margen de entrada, o que el efecto en la comunicación y el efecto competitivo de las medidas sean tan fuertes como supone el Profesor Neven, por lo que respecta a la *reducción* de las oportunidades de entrada en el mercado. Hay por lo tanto un grado de incertidumbre considerable sobre la fuerza y el peso relativo de cada uno de los tres efectos en la entrada identificados en el informe del Profesor Neven y, por consiguiente, sobre los efectos generales de las medidas TPP en la entrada en el mercado sobre la base del funcionamiento combinado de esos tres efectos. Esta incertidumbre existe tanto a corto plazo como a largo plazo. Si bien las pruebas posteriores a la implementación indican que los tres efectos pueden haber sido muy débiles, parece plausible que a más largo plazo tanto el efecto en la apertura de los mercados como el efecto competitivo puedan reforzarse. Por lo tanto, el análisis expuesto en el informe del Profesor Neven no nos convence de que las medidas TPP hayan creado o vayan a crear obstáculos significativos a la entrada en el mercado australiano de productos de tabaco en un nivel más alto que el anteriormente existente.

7.1184. [[***]][2938] [[***]][2939] [[***]][2940] [[***]][2941] [[***]][2942] [[***]][2943]

7.1185. [[***]][2944] [[***]][2945] [[***]][2946] [[***]][2947]

7.1186. [[***]][2948]

7.1187. En consecuencia, aunque no excluimos que un reglamento técnico que cree obstáculos adicionales a la entrada en el mercado tenga un "efecto limitativo" en el comercio internacional, y por lo tanto "restrin[ja] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, no consideramos que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio, puesto que su descripción de los efectos de las medidas TPP no demuestra que tengan una repercusión desfavorable en las oportunidades de que los productos importados accedan al mercado australiano de productos de tabaco y compitan en él, sean estos importados o de origen nacional.

La cuestión de si las medidas TPP tienen un efecto limitativo en el volumen y el valor del comercio de productos de tabaco

7.1188. En la presente sección examinamos los argumentos de las partes en relación con el grado en que las medidas TPP hacen que los consumidores, según aducen los reclamantes, "cambien" de productos premium a productos no premium, y las consecuencias de ese cambio en el volumen y el valor del comercio, así como otros argumentos relativos a los efectos de las medidas en el volumen y el valor del comercio.

7.1189. Honduras aduce que la prescripción de que los productos de tabaco se presenten con un aspecto normalizado da lugar a una pérdida de la diferenciación de marcas y de los beneficios conexos, entre ellos la capacidad de transmitir a los consumidores la calidad y reputación de un producto y de cobrar un sobreprecio relacionado con la fortaleza de la marca.[2949] Honduras

[2938] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 2.
[2939] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38.
[2940] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38. [[***]] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 35.
[2941] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38. [[***]] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 36.
[2942] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38. [[***]] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38.
[2943] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38. [[***]] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 37. [[***]] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 36.
[2944] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38. [[***]] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38.
[2945] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38. [[***]] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), páginas 38-39.
[2946] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 51.
[2947] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 52.
[2948] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 37.
[2949] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 862-873; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 542-554.

argumenta que los datos posteriores a la implementación analizados por los expertos de la República Dominicana en el IPE muestran que las medidas TPP han causado un efecto de sustitución a la baja, en razón del cual "los consumidores compran relativamente menos productos de mayor calidad y mayor precio, y en su lugar compran relativamente más productos de menor calidad y menor precio".[2950] Honduras mantiene que "[a] medida que los consumidores comienzan a cambiar a productos de menor precio, es inevitable que disminuya la demanda de productos de tabaco importados", lo que "equivale a un 'efecto limitativo en el comercio' y a la desincentivación de la exportación de productos de tabaco a Australia".[2951]

7.1190. La República Dominicana aduce que "las pruebas empíricas obtenidas en el mercado muestran la distorsión del comercio, y un significativo 'cambio' de productos de tabaco más caros a productos más baratos, que se debe a las medidas [TPP]".[2952] La República Dominicana explica que ha "aportado pruebas relativas a una forma de efectos reales en el comercio generados por las medidas [TPP] (es decir, cambio a productos de menor precio), como medio de confirmar que las medidas limitan las oportunidades de competencia".[2953]

7.1191. Cuba también sostiene que las medidas TPP "*tendrán un impacto negativo en el volumen global del comercio de Cuba*, porque llevarán a un downtrading de puros Premium LHM de Cuba a productos más baratos, no originales de Cuba". Los productos premium no pueden sobrevivir en un entorno de mercado en que la diferenciación de productos es imposible, y Australia ha declarado explícitamente que sus medidas TPP "tienen como objetivo hacer imposible la diferenciación de calidad y su importancia".[2954]

7.1192. Indonesia aduce que los reclamantes han demostrado con pruebas la existencia de efectos en el comercio en forma de cambio a productos de menor precio. Cuando los consumidores cambian de marcas más caras a marcas menos caras por su mayor predisposición a cambiar de marca y su menor predisposición a pagar, tiene lugar el cambio a productos de menor precio, que "refleja la distorsión en el mercado de las condiciones y oportunidades de competencia de que disponen los productos del segmento medio y premium".[2955] Indonesia aduce que las pruebas de un mayor cambio en el mercado australiano, de marcas premium a marcas de precio bajo, demuestran que el empaquetado genérico limita las oportunidades de competencia de los productores de productos premium, lo que perjudica a los competidores de los segmentos de precio medio y premium del mercado que han invertido en desarrollar productos de mayor calidad. Para Indonesia, ya hay pruebas de que ha habido un cambio a productos de menor precio en el mercado australiano después del empaquetado genérico.[2956]

7.1193. Australia sostiene que los reclamantes no han demostrado que sea probable que haya "cambio a productos de menor precio" en el mercado australiano como consecuencia del diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP o que quepa atribuir los efectos de cambio a productos de menor precio que han tenido lugar en el mercado australiano a esas medidas.[2957] Observa que el informe elaborado por los expertos de los reclamantes del IPE "no separa los efectos de la medida de empaquetado genérico del tabaco y los demás elementos de la política integral de control del tabaco de Australia" y, en particular, el hecho de que la implementación de las medidas coincidiera con la introducción de ASG actualizadas y ampliadas.[2958]

7.1194. Australia aduce asimismo que la aseveración de los reclamantes de que los efectos de cambio a productos de menor precio en Australia son atribuibles a las medidas TPP es contraria a

[2950] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 372-379.
[2951] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 876-877.
[2952] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 978; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 938; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[2953] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial. Véase también la respuesta de la República Dominicana a las preguntas 125, 126 y 151 del Grupo Especial.
[2954] Observaciones de Cuba sobre la respuesta de Australia a la pregunta 165 del Grupo Especial, párrafo 26 (las cursivas figuran en el original).
[2955] Respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafo 61.
[2956] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 397-399; respuesta de Indonesia a las preguntas 117 y 165 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 270.
[2957] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 533.
[2958] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 543; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 414.

la opinión de los fabricantes de tabaco que operan en Australia, que han atribuido en cambio esos efectos al aumento de los impuestos especiales.[2959] Australia hace referencia a declaraciones de directivos de la industria tabacalera que, sostiene, reconocen la vinculación entre los impuestos especiales y las estrategias en materia de precios de la industria tabacalera, por una parte, y el cambio a productos de menor precio en Australia, por otra.[2960] Considera que los reclamantes también hacen caso omiso de la realidad de que el cambio a productos de menor precio está ocurriendo en varios mercados a nivel mundial, y no puede ser atribuida de ninguna manera a un "efecto de empaquetado genérico".[2961] Australia añade que "es indiscutible que el fenómeno de 'cambio a productos de menor precio' a que hacen referencia los reclamantes es anterior a la adopción del empaquetado genérico del tabaco, no solo en Australia, sino en muchos otros mercados en todo el mundo", con lo cual, "[a]unque los reclamantes hubieran establecido que esos efectos son atribuibles a la medida de empaquetado genérico del tabaco ... ello sería insuficiente, desde un punto de vista jurídico, para establecer la restrictividad del comercio en términos cuantitativos, porque no demuestra que haya habido una reducción del volumen ni del valor de los productos de tabaco importados".[2962]

7.1195. Australia también señala que el Profesor List "admitió expresamente que no era posible separar o distinguir los efectos del empaquetado genérico del tabaco de los efectos de las ASG ampliadas". Así pues, en relación con su propio argumento de que los expertos de los reclamantes del IPE no tuvieron en cuenta el hecho de que la implementación de las medidas TPP coincidió con la implementación de ASG ampliadas[2963], Australia aduce que los reclamantes "tratan de abordar esta cuestión de manera artificial, utilizando las ASG introducidas por Australia en 2006, que eran mucho más pequeñas, como sustituto para las ASG ampliadas y actualizadas adoptadas en 2012". Australia sostiene que las ASG más pequeñas introducidas en 2006 no son una referencia adecuada, y no se puede suponer que hayan tenido los mismos efectos que las ASG ampliadas y actualizadas adoptadas en 2012.[2964]

7.1196. En nuestra opinión, los reclamantes han demostrado que las medidas TPP han contribuido a reducir el volumen de las importaciones de productos de tabaco premium, tanto en términos absolutos como relativos. En concreto, como se explica más detenidamente en el apéndice E, un análisis detallado de los resultados econométricos presentados por los reclamantes nos ha llevado a concluir que hay algunas pruebas, aunque limitadas, de que las medidas TPP, junto con las ASG ampliadas introducidas en la misma fecha, parecen haber tenido un efecto negativo en la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de mayor precio y las de cigarrillos de bajo precio.[2965] Puesto que hay razones para esperar que los efectos de las medidas TPP, y en particular de la eliminación de las características de la marca en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor, sean más acusados por lo que respecta al atractivo de los productos de tabaco en el caso de los productos premium, es razonable esperar que la reducción de la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de mayor precio y las de cigarrillos de bajo precio observada desde que las medidas TPP entraron en vigor sea el resultado, al menos en parte, del funcionamiento previsto de dichas medidas y su efecto en el consumo de productos de tabaco en términos más generales.[2966] Esto puede suceder en particular cuando una parte importante del valor de los productos premium depende de la contribución de la marca a crear y mantener asociaciones positivas y exclusivas como medio de diferenciarlos de los productos competidores. Al mismo tiempo, recordamos que también hemos determinado, sobre la base de las pruebas que se nos han sometido, que el consumo general de productos de tabaco ha disminuido desde la entada en vigor de las medidas TPP, y que esa disminución es atribuible, al menos en parte, a su funcionamiento, dado que las pruebas que tenemos ante nosotros indican que dichas medidas podrían reducir, y de hecho reducen, el atractivo de los productos de tabaco para el consumidor, y que ello puede a su vez influir en las conductas tabáquicas. Esto significa

[2959] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 544.
[2960] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 419.
[2961] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 545.
[2962] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 409-410 y 418.
[2963] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 543.
[2964] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 417.
[2965] Véase el apéndice E. Esta conclusión se basa, en particular, en algunas especificaciones del análisis de la modificación de las tendencias realizado por el IPE sobre la base de datos de In-Market-Sales/Exchange of Sales (IMS/EOS), que tienen en cuenta el efecto de los impuestos especiales y los precios, entre otras cosas. Este análisis se basa en datos relativos a los cigarrillos de fabricación industrial y a la picadura fina de tabaco (convertida en su equivalente en cigarrillos).
[2966] Véase el párrafo 7.1206 *infra*.

que el consumo de productos de tabaco premium también ha disminuido en términos absolutos, lo que a su vez reducirá previsiblemente las importaciones de productos premium (porque el mercado nacional se abastece por completo con productos importados).

7.1197. Sin embargo, no estamos convencidos de que esta disminución del consumo y las importaciones de productos de tabaco premium sea exclusivamente el resultado del "cambio a productos de menor precio" tal como lo describen los reclamantes, es decir, la transferencia del consumo/las importaciones de productos premium a productos que no son premium. En primer lugar, teniendo en cuenta que el consumo general de productos de tabaco ha disminuido, al menos parte de esa disminución del consumo de productos de tabaco premium no ha sido sustituida por el consumo de productos no premium. En segundo lugar, y más en general, como se analiza en el apéndice E, parece que los segmentos del mercado de precios más altos y más bajos han evolucionado siguiendo tendencias distintas, en los segmentos de precios más altos y más bajos del mercado de ventas al por mayor de cigarrillos, incluso antes de la implementación de las medidas TPP.

7.1198. Por lo que respecta al cambio a cigarros (puros) de menor precio, no tenemos información específica que aborde las modificaciones en la proporción de importaciones o ventas de cigarros LHM en Australia en relación con las importaciones o ventas de cigarros en Australia en general. Sin embargo, contamos con alguna información sobre la evolución de las ventas de cigarros LHM en Australia. Según Cuba, las ventas mensuales de cigarros LHM no parecen haber disminuido después de diciembre de 2012, cuando se introdujeron las medidas TPP, en especial si se comparan los volúmenes de ventas correspondientes al período posterior a la implementación con las ventas mensuales en los dos años inmediatamente anteriores a la introducción de las medidas TPP[2967]; es más, las ventas de cigarros LHM cubanos en Australia han aumentado ligeramente desde diciembre de 2012.[2968] Según la República Dominicana, los datos de su rama de producción de cigarros sobre ventas de cigarros de la República Dominicana en Australia entre [[***]] y [[***]] muestran que tras la implementación de las medidas TPP ha habido un descenso de las ventas de cigarros de la República Dominicana, que son sobre todo productos premium hechos a mano.[2969] Observamos también que las importaciones globales de cigarros (puros) y cigarritos (puritos) han experimentado una tendencia a la baja en los últimos años.[2970] A la luz de estos datos limitados, concluimos que los reclamantes no han demostrado la existencia de cambio a cigarros (puros) de menor precio, ni la existencia de una relación causal entre dicho cambio y las medidas TPP.

7.1199. Honduras aduce asimismo que "[a] medida que los consumidores comienzan a cambiar a productos de menor precio, es inevitable que disminuya la demanda de productos de tabaco importados". Según Honduras, esto equivale a un "efecto limitativo en el comercio" y a la desincentivación de la exportación de productos de tabaco a Australia.[2971]

7.1200. Estamos de acuerdo en que las medidas TPP pueden en efecto reducir la demanda de productos de tabaco. En nuestro análisis de la contribución de las medidas TPP a su objetivo hemos determinado previamente, sobre la base de la consideración de todas las pruebas que tenemos ante nosotros, que las medidas TPP pueden contribuir a reducir la demanda de productos de tabaco. En ese contexto, constatábamos que hay ante nosotros pruebas creíbles de que las medidas TPP pueden afectar a la demanda primaria de productos de tabaco.[2972] Ello obedece a que no estamos convencidos de que los efectos de la marca, y las asociaciones positivas que pueden generar, se limiten necesariamente, como mantienen los reclamantes, a la demanda secundaria, excluyendo la demanda primaria. Por lo tanto, las restricciones relativas a la marca pueden reducir la demanda primaria al mismo tiempo que reducen la demanda secundaria de marcas premium.

[2967] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 160.
[2968] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 160.
[2969] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 194 del Grupo Especial (donde se hace referencia a las "ventas de cigarros (puros) dominicanos" y las "variantes de marcas de cigarros (puros) dominicanos" (Prueba documental DOM-378) (IEC)).
[2970] Véase el párrafo 7.1219 *infra*.
[2971] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 875-876; y respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial.
[2972] Véanse el párrafo 7.737 y siguientes *supra*. En la terminología de la mercadotecnia, la demanda primaria es la demanda de un grupo de productos (por ejemplo, calzado para correr o cigarrillos), mientras que la demanda secundaria es la demanda de una marca particular comprendida en ese grupo de productos (por ejemplo, calzado de Nike o marcas premium). Véase el párrafo 7.738 *supra*.

7.1201. A nuestro juicio, sin embargo, es preciso establecer una distinción entre la demanda de productos de tabaco y el consumo (o las ventas) de productos de tabaco, pues la primera se refiere a la inclinación de los consumidores a comprar un producto mientras que el segundo es el resultado de la interacción entre la demanda y la oferta. Coincidimos con el Profesor Neven, experto de los reclamantes, en que al examinar el efecto de la marca o, para el caso, de las restricciones relativas a la marca en el consumo, es importante tomar en consideración tanto la oferta como la demanda.[2973] El Profesor Neven explica que esto se debe a que las prohibiciones relativas a la marca pueden no reducir el consumo porque tales restricciones no afectan únicamente a la demanda de un producto, sino también a su oferta. Las medidas que reducen la diferenciación de los productos entre marcas a menudo obligan a las empresas a competir con más intensidad en el mercado, lo que puede dar lugar a un aumento de las ventas. En nuestra opinión, para demostrar que las medidas TPP restringen el comercio, no bastaría con una demonstración de los supuestos efectos de las medidas TPP en la demanda. En cambio, sería necesario demostrar que existen los supuestos efectos de las medidas TPP en el consumo. En la sección 7.2.5.3.6.3 *supra* hemos analizado los efectos de las medidas TPP en el consumo/las ventas.

7.1202. En sus argumentos concernientes a la disponibilidad de medidas alternativas, la República Dominicana sostiene que, en caso de que el Grupo Especial constate que las medidas TPP contribuyen al objetivo de reducir la conducta tabáquica (algo que niega la República Dominicana), entonces dichas medidas restringirán, en el grado de esa contribución, el comercio de productos de tabaco al reducir el volumen total de ventas. En tal caso, la República Dominicana mantiene que el Grupo Especial habría constatado que las medidas TPP conllevan una reducción basada en el volumen.[2974]

7.1203. Australia sostiene también que "los reclamantes podrían haber aducido de una manera obvia que la medida restringe el comercio -podrían admitir que, con el tiempo, la medida de Australia reducirá la demanda de productos de tabaco al disminuir el número de inicios y recaídas y aumentar el de abandonos-. En el contexto del mercado de Australia, que asiste a la eliminación progresiva de la producción nacional, esto dará lugar necesariamente a una disminución de las importaciones".[2975] Australia considera que las medidas TPP tendrán un efecto limitativo en el comercio global de productos de tabaco porque: "i) la medida reducirá el uso de productos de tabaco (desalentando de empezar a fumar y de recaer y alentando a dejar de fumar); y ii) dado que las importaciones pronto representarán la totalidad del mercado de productos de tabaco de Australia, que asiste a la eliminación progresiva de la producción nacional, la disminución del uso de productos de tabaco limitará necesariamente el comercio global de productos de tabaco".[2976]

7.1204. Como se ha explicado más arriba[2977], el objetivo mismo de las medidas TPP es reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Por su diseño, están concebidas, entre otras cosas, para reducir el atractivo de los productos de tabaco y contribuir así a reducir su uso. Por consiguiente, en tanto en cuanto la principal premisa en que se basó Australia para adoptar las medidas TPP, es decir, que son adecuadas reducir el uso de productos de tabaco, es exacta, de ello se sigue que, por su diseño, esas medidas reducirán el consumo de productos de tabaco en el mismo grado en que contribuyen a este objetivo.

7.1205. Los reclamantes consideran en general que las medidas no pueden llevar a esos resultados[2978], y que de hecho no han contribuido a reducir el uso de productos de tabaco en el mercado australiano. Observamos no obstante que, sobre la base de las pruebas que tenemos ante nosotros, entre ellas las relativas al funcionamiento real de las medidas desde su entrada en vigor, hemos determinado que hay algunas pruebas econométricas que indican que las

[2973] Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 20.

[2974] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 970; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial. Cabe señalar que, "a los fines del análisis de las alternativas, la República Dominicana se basa en ese supuesto". Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 970.

[2975] Declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 93.

[2976] Respuesta de Australia a la pregunta 119 del Grupo Especial, párrafo 132.

[2977] Véase el párrafo 7.232 *supra*.

[2978] Véanse, no obstante, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 875-876; y la respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial.

medidas TPP, junto con las ASG ampliadas promulgadas al mismo tiempo, contribuyeron a reducir el consumo de cigarrillos.[2979]

7.1206. Tomamos nota del argumento de Australia de que, para establecer la restrictividad del comercio de las medidas TPP, los reclamantes tendrían que demostrar que son dichas medidas las que causan cualquier efecto pertinente, y no otros aspectos del régimen de control del tabaco de Australia, como las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo que las medidas impugnadas. Como se explica en el apéndice E, todas las partes reconocen la dificultad inherente que se asocia con la diferenciación de los efectos de las medidas TPP y los efectos de las ASG ampliadas.[2980] Sin embargo, en nuestro análisis de la contribución de las medidas TPP a su objetivo, hemos determinado anteriormente, sobre la base de la consideración de todas las pruebas que tenemos ante nosotros, que dichas medidas pueden contribuir, y de hecho contribuyen, a su objetivo de reducir el uso de productos de tabaco. En particular, una de las razones por las cuales hemos constatado que la reducción del uso de productos de tabaco observada desde la entrada en vigor de las medidas TPP es el resultado, al menos en parte, del funcionamiento de esas medidas es que las pruebas que se nos han sometido indican que las medidas TPP pueden reducir, y de hecho reducen, el atractivo de los productos de tabaco para el consumidor, y que ello puede a su vez influir en las conductas tabáquicas.

7.1207. Según la descripción de Australia, cabe esperar que esa reducción en el consumo general de productos de tabaco derivada de las medidas TPP dé lugar a una reducción de las importaciones, puesto que el mercado nacional se abastece de importaciones. Observamos a este respecto que no se discute que el mercado australiano, de hecho, se abastece por completo mediante productos de tabaco importados.[2981]

7.1208. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, constatamos que las medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto, al reducir el uso de productos de tabaco, reducen el volumen de productos de tabaco importados en el mercado australiano y, por lo tanto, tienen un "efecto limitativo" en el comercio.

7.1209. Los reclamantes aducen en último lugar que la reducción de las posibilidades de diferenciación de marcas que causan las medidas TPP dará lugar al aumento de la competencia de precios y a la caída de los precios y, en consecuencia, a una disminución del valor de las ventas de productos de tabaco y del valor total de las importaciones.

7.1210. Cuba aduce que "la medida de empaquetado genérico reduce la diferenciación de producto y rebaja el valor de productos importados (especialmente de productos de alta calidad)".[2982] La reducción de la diferenciación de productos llevará al aumento de la competencia de precios, lo que dará lugar a la caída de los precios y reducirá el valor de los productos de tabaco importados. Esta homogeneización de los productos de tabaco distorsionará la competencia y desincentivará todavía más la exportación a Australia.[2983] La República Dominicana afirma, en un sentido similar, que los "reclamantes aducen que, al reducir la diferenciación de marcas, las medidas [TPP] ya han dado lugar al cambio de cigarrillos de mayor precio a los de menor precio y, por lo tanto, a una reducción en el valor del comercio, sin reducir la prevalencia de fumadores ni el consumo". A juicio de la República Dominicana, "los Miembros no están únicamente preocupados por las oportunidades de competencia que se reflejan en el *número de unidades* vendidas de un producto exportado, sino también por las oportunidades de competencia que se reflejan en el *valor de cada unidad vendida*. El valor del comercio afecta a la amplia gama de beneficios económicos directos e indirectos que un país obtiene de su comercio de exportación; confirma también este extremo la Decisión del Comité OTC mencionada *supra*, donde se pide a los Miembros que consideren los posibles efectos en el comercio de una medida desde el punto de vista del 'valor' del comercio afectado".[2984]

[2979] Véase el apéndice D, párrafos 117 y 137.
[2980] Véase el apéndice E, párrafo 2. *Cf*. párrafo 7.947 *supra*.
[2981] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 5 del Grupo Especial.
[2982] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 226.
[2983] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 246-247 (párrafo 245).
[2984] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafo 219. (las cursivas figuran en el original)

7.1211. Australia responde que "[e]n la medida en que los reclamantes *han* tratado de vincular el cambio a productos de menor precio con algún efecto limitativo real en el comercio general, lo han hecho por referencia al promedio ponderado del precio de los cigarrillos." Australia señala que el experto de la República Dominicana, el Profesor List, "confirmó que ha habido un *aumento* significativo en el precio real ponderado de los cigarrillos desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco". Australia aduce asimismo que "después de la introducción de las [medidas TPP], el comercio global de productos de tabaco ha aumentado tanto en volumen como en valor", lo que "se explica en parte por el traslado de la producción nacional al extranjero"; sin embargo, "los datos proporcionados por los reclamantes también demuestran claramente que el valor total del mercado minorista aumentó en el período posterior a la introducción de las [medidas TPP], a pesar de la reducción de la demanda total de productos de tabaco en el mercado australiano".[2985]

7.1212. Australia aduce que, como los datos presentados por las partes[2986] "establecen inequívocamente, las importaciones de productos de tabaco en Australia han aumentado tanto en términos de volumen como en términos de valor desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco, a pesar del descenso sostenido de la demanda y el consumo de productos de tabaco", y que "no se ha registrado un descenso del volumen o el valor de [la]s importaciones de productos de tabaco [de los propios reclamantes], que eran una proporción insignificante de las importaciones totales en el mercado australiano antes de la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco y han seguido siéndolo después". Habida cuenta del "enorme aumento del volumen de las importaciones de tabaco en el mercado australiano desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco, y de la importancia crucial que para los argumentos de los reclamantes tiene el hecho de que la medida no haya dado lugar a un descenso de las tasas de consumo de tabaco en Australia, su alegación de restrictividad del comercio únicamente puede basarse en una disminución en términos de valor", con respecto a lo cual, sostiene Australia, los reclamantes no han aportado pruebas.[2987]

7.1213. En respuesta a la referencia de Australia a los datos sobre el valor total del mercado minorista, la República Dominicana aduce que el análisis correcto consiste en determinar cuál habría sido la situación -en términos de valor- de no haber sido por las medidas TPP, y no en determinar si, en abstracto, el valor agregado del comercio de productos de tabaco ha aumentado en un sentido absoluto.[2988]

7.1214. Como se ha expuesto *supra*, coincidimos en que, en tanto en cuanto restringen el uso de las características de la marca en los productos de tabaco y su empaquetado, las medidas TPP reducen las oportunidades de que los productores diferencien sus productos sobre la base de esas características. Examinamos por consiguiente si los reclamantes han demostrado que esa reducción de las oportunidades de diferenciación de marcas ha dado lugar al aumento de la competencia de precios y a la caída de los precios y, en consecuencia, a una disminución del valor de las ventas de productos de tabaco y del valor total de las importaciones.

7.1215. En primer lugar, las pruebas empíricas que tenemos ante nosotros, presentadas por Australia y los reclamantes, muestran que los precios de los productos de tabaco, deducidos los impuestos, han aumentado desde la introducción de las medidas TPP, durante el período para el cual disponemos de datos.[2989] El informe de experto del Profesor Neven incluye pruebas que demuestran que "incluso los precios medios, deducidos los impuestos, han seguido una tendencia al alza en el período comprendido entre el primer trimestre de 2009 y el cuarto trimestre de 2013, con la excepción de los cigarrillos más caros, cuyos precios deducidos los impuestos han

[2985] Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafos 124-125 (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página) (donde se hace referencia a gráficos suplementarios: volumen, valor y cuota de mercado de las importaciones (Prueba documental AUS-512), figura 15). Véanse también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 412; y la respuesta de Australia a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.

[2986] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 411 (donde se hace referencia a las respuestas de las partes a la pregunta 5 del Grupo Especial).

[2987] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 411 (no se reproducen las notas de pie de página).

[2988] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 950-951.

[2989] El período de tiempo que abarca cada conjunto de datos facilitado al Grupo Especial varía en función de la fuente. El más amplio de los conjuntos de datos pertinentes a este asunto abarca el período comprendido entre enero de 2000 y septiembre de 2015. Véase el apéndice E, párrafo 12, nota 14 y figura E.5.

disminuido en el último trimestre de 2013".[2990] Australia también ha presentado un informe elaborado por el Profesor Katz que incluye: a) pruebas de que los precios de los cigarrillos, tanto brutos como deducidos los impuestos, aumentaron; b) pruebas de que el ritmo del aumento del precio de los cigarrillos no se desaceleró después de la implementación del empaquetado genérico y, si acaso, se aceleró[2991]; c) referencias a la afirmación del Profesor Klick de que "el empaquetado genérico ... parece tener un efecto positivo en el precio, que es estadísticamente significativo y se sitúa en torno al 5%".[2992] El experto de la República Dominicana, el Profesor List, también confirmó que se ha producido un *aumento* significativo en el precio real ponderado de los cigarrillos desde la introducción de las medidas TPP.[2993] Además, las pruebas que tenemos ante nosotros indican también que las marcas de los segmentos de mayor precio por lo general mantuvieron o incrementaron sus sobreprecios frente a las marcas de los segmentos de menor precio en el primer año posterior a la implementación del empaquetado genérico, y no han mostrado una caída pronunciada.[2994]

7.1216. Las pruebas sometidas al Grupo Especial, incluidos los datos presentados por los reclamantes, también demuestran claramente que el valor total del mercado minorista aumentó, en lugar de disminuir, en el período comprendido entre el cuarto trimestre de 2009 y el tercer trimestre de 2013, a pesar de la reducción global del consumo de productos de tabaco en el mercado australiano durante ese mismo período.[2995] En consonancia con esos precios más elevados, los datos de los reclamantes indican que el valor total del mercado minorista de cigarrillos de Australia (excluidos los impuestos) aumentó en 200 millones de dólares australianos aproximadamente en los 12 meses siguientes a la introducción de las medidas TPP, no obstante la disminución del volumen total de cigarrillos vendidos durante el mismo período.[2996]

7.1217. Las pruebas empíricas presentadas al Grupo Especial también muestran que tanto el volumen como el valor de las *importaciones* de cigarrillos han aumentado desde la introducción de las medidas TPP.[2997] Sin embargo, estamos de acuerdo con Australia y los reclamantes en que el aumento de las *importaciones* de productos de tabaco en Australia es atribuible principalmente al traslado de la producción fuera de Australia como reacción a las prescripciones relativas a la reducción del riesgo de incendio introducidas en 2010 por el Gobierno australiano para todos los cigarrillos de fabricación nacional, que no se ajustan a las preferencias de los consumidores en otros mercados de la región.[2998] También coincidimos con las partes en que este factor dificulta la utilización de los datos sobre importaciones presentados para estimar si, teniendo en cuenta el efecto de las prescripciones relativas al riesgo de incendio, el valor total del comercio ha aumentado o disminuido como consecuencia de las medidas TPP. Como ha explicado Australia, una complicación adicional se deriva del hecho de que los valores de importación representados en diversos gráficos presentados al Grupo Especial son "valores en aduana" que, cuando el comprador y el vendedor no son independientes entre sí, pueden ser solo aproximaciones de los precios realmente pagados o por pagar al proveedor (el valor de transacción).[2999]

[2990] Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 10.

[2991] Informe de Katz (Prueba documental AUS-18), párrafos 63-72.

[2992] Informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-122), nota 71.

[2993] Declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión del Grupo Especial, apéndice 2: presentación de PowerPoint de J. List, diapositiva 58.

[2994] Informe de Katz (Prueba documental AUS-18), párrafo 66.

[2995] Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial (donde se hace referencia a gráficos suplementarios: volumen, valor y cuota de mercado de las importaciones (Prueba documental AUS-512), figura 15); segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 412; y respuesta de Australia a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.

[2996] Gráficos suplementarios: volumen, valor y cuota de mercado de las importaciones (Prueba documental AUS-512), figura 15 (donde se identifican como fuentes de los datos "Nielsen y los datos sobre impuestos especiales que figuran en los materiales de producción de apoyo del informe de Neven").

[2997] Gráficos suplementarios: volumen, valor y cuota de mercado de las importaciones (Prueba documental AUS-512), figuras 1-6.

[2998] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 948; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 5 del Grupo Especial, párrafos 36-39; respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafo 125; informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), páginas 27 y 50.

[2999] Respuesta de Australia a la pregunta 5 del Grupo Especial, párrafos 31-32.

> En las estadísticas australianas sobre comercio internacional, las importaciones se registran principalmente con el valor en aduana. El punto de partida para establecer el valor en aduana es el precio realmente pagado o por pagar al proveedor (el valor de transacción), siempre que se

7.1218. Por lo tanto, en definitiva, las pruebas empíricas que tenemos ante nosotros relativas a los precios de los cigarrillos, el valor total del mercado minorista y el valor y volumen totales de las importaciones de cigarrillos no corroboran el argumento de los reclamantes de que las medidas TPP darán lugar al aumento de la competencia de precios y a la caída de los precios y, en consecuencia, a una disminución del valor de las ventas de productos de tabaco y del valor total de las importaciones. Dichas pruebas indican que las medidas han dado lugar a un aumento del precio de los cigarrillos que ha neutralizado con creces la disminución de la cantidad de cigarrillos consumidos y ha contribuido con ello a aumentar el valor del mercado. Coincidimos con la República Dominicana en que el análisis correcto consiste en determinar cuál habría sido la situación -en términos de valor- de no haber sido por las medidas TPP, y no en determinar si, en abstracto, el valor agregado del comercio de productos de tabaco ha aumentado en un sentido absoluto. Sin embargo, observamos que los reclamantes, entre ellos la República Dominicana, no han indicado en ningún lugar que el efecto de la medida pudiera ser mitigar el aumento del precio de los cigarrillos causado por otros factores. Observamos asimismo que si, a efectos de argumentación, las medidas TPP hubieran dado lugar, desde su entrada en vigor a finales de 2013, a un aumento de la competencia de precios y una caída de los precios, este efecto debería haber sido relativamente débil, puesto que fue neutralizado por el incremento del precio causado por otro u otros factores. Los reclamantes no refutan estas pruebas, pero aducen que no contradicen sus alegaciones.

7.1219. Como se expone en el apéndice D, las pruebas empíricas que tenemos ante nosotros relativas a los cigarros (puros) y cigarritos (puritos) son algo menos claras. Pese a las fluctuaciones, las importaciones globales de cigarros y cigarritos han experimentado una tendencia a la baja en los últimos años. Sin embargo, ninguna de las partes ha presentado pruebas econométricas que evalúen las consecuencias de las medidas TPP en las importaciones de cigarros. Análogamente, como se ha señalado, los datos sobre importaciones de cigarros por reclamante son limitados e indirectos, ya que no se ocupan del papel de las medidas TPP. Recordamos empero nuestra conclusión de que, según se explica con detalle en el apéndice C, hay algunas pruebas econométricas que indican que las medidas TPP han contribuido a reducir la prevalencia del consumo de cigarros en Australia, lo que apoya la conclusión de que esas medidas restringen el comercio también en el caso de los cigarros.

7.1220. Cuba aduce que el aumento observado en los precios de los cigarrillos y en el valor total del mercado de cigarrillos no contradice su alegación de que las medidas TPP restringen el comercio porque reducen la diferenciación de productos y hacen que disminuya el valor de los productos importados.[3000] Cuba aduce que el Profesor Neven acredita un descenso de los precios netos de impuestos de determinadas marcas de gama alta y, conforme a sus modelos de marcas, concluye que los beneficios se reducirán, ya sea por un descenso de la producción o por una reducción de los márgenes de las empresas si aumentaran la producción.[3001]

7.1221. A juicio de la República Dominicana, el argumento de los reclamantes consiste en que, al reducir la diferenciación de marcas, las medidas TPP ya han dado lugar al cambio de cigarrillos de mayor precio a los de menor precio y, por lo tanto, a una reducción en el valor del comercio, sin reducir la prevalencia de fumadores ni el consumo. Sin embargo, la República Dominicana añade, al mismo tiempo, que "e[ste] desacuerdo en cuanto a los efectos reales en el comercio resultantes de las medidas [TPP] no es importante para la constatación por el Grupo Especial de restrictividad del comercio en el marco del párrafo 2 del artículo 2, porque resulta evidente del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas que limitan drásticamente las oportunidades de competencia para diferenciar los productos de tabaco".[3002] El argumento de la

---

cumplan varias condiciones, la más importante de las cuales es que el comprador y el vendedor sean independientes entre sí (es decir, que se trate de una transacción en condiciones de plena competencia). Si no se cumplen las condiciones, se siguen unas normas prácticas para determinar un precio de sustitución que se utilizará como valor en aduana. El precio de sustitución debe ser lo más próximo posible al precio de transacción que se habría establecido de haberse cumplido las condiciones prescritas.

Ibid., (donde se cita Oficina de Estadística de Australia, "*Balance of Payments and International Investment Position*, *Australia*, *Concepts*, *Sources and Methods*,*1998*", Nº de cat. 5331.0 (1998) (Prueba documental AUS-513)).

[3000] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 227.

[3001] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 249-250.

[3002] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafo 233.

República Dominicana se basa en la suposición de que las medidas TPP mantendrán constante el precio de los cigarrillos o lo reducirán. Sin embargo, las pruebas muestran que las marcas de los segmentos de mayor precio por lo general mantuvieron o incrementaron sus sobreprecios frente a las marcas de los segmentos de menor precio en el primer año posterior a la implementación del empaquetado genérico, y no han mostrado una caída pronunciada, lo que está en consonancia con la observación de que el precio medio de los cigarrillos se ha incrementado lo suficiente para neutralizar el descenso del consumo.[3003] En otras palabras, los hechos que se nos han sometido no respaldan el argumento de la República Dominicana.

7.1222. Honduras, en referencia a los informes de experto del Profesor Neven, aduce que los precios disminuirán en última instancia.[3004] De hecho, los expertos de las partes han presentado predicciones concernientes al efecto que tendrán con el tiempo las medidas TPP en la competencia y los precios, sobre la base de modelos económicos. El Profesor Katz, para Australia, y el Profesor Neven, para Honduras, tienen opiniones divergentes sobre las estrategias que adoptarán las empresas como respuesta a la introducción de las medidas TPP y la reducción de la diferenciación. El Profesor Neven aduce que "es probable que el empaquetado genérico menoscabe el valor de las marcas de cigarrillos establecidas, reduciendo con ello la fidelidad a las marcas entre los consumidores y aumentando por lo tanto la competencia entre los productores", y que, "[c]omo consecuencia, los precios disminuirán probablemente con el tiempo, debido al deterioro del valor de las marcas establecidas [...]".[3005] Por el contrario, el Profesor Katz afirma lo siguiente:

> *La teoría económica ofrece predicciones ambiguas con respecto a si la reducción del atractivo percibido de los cigarrillos induce a las empresas tabacaleras a aumentar o disminuir los precios de los cigarrillos.* Al elegir sus precios, un proveedor compara los beneficios derivados de una estrategia de mercado de masas (es decir, una estrategia de precios bajos que atraiga a un gran número de clientes) con los derivados de una estrategia premium u orientada (es decir, una estrategia que atraiga a una base más pequeña de clientes fieles que sean menos sensibles al precio y estén dispuestos a pagar un precio más elevado). ... Sin embargo, la teoría económica identifica con claridad situaciones en que la reducción del atractivo percibido de un producto induce a los proveedores a dejar de cobrar un precio relativamente bajo orientado a atraer a un amplio conjunto de consumidores para pasar a cobrar un precio relativamente alto y vender únicamente a los consumidores que estén dispuestos a pagar más por sus productos. Hay que destacar que la experiencia real en el mercado -que incluye el caso de los cigarrillos australianos- demuestra que el desplazamiento a la baja de la demanda puede dar lugar a precios más altos.[3006]

7.1223. En su informe de réplica en calidad de experto, el Profesor Neven responde al argumento del Profesor Katz de que las medidas TPP pueden inducir a los productores de tabaco a adoptar la denominada "estrategia de recolección", que consiste en atraer a una base más pequeña de clientes fieles que sean menos sensibles al precio y estén dispuestos a pagar un precio más elevado. El Profesor Neven aduce que la estrategia de recolección no se corresponde con la reacción que normalmente se espera de los productores, y que el aumento de precios asociado con la estrategia de recolección probablemente será transitorio, pues es probable que los precios caigan a largo plazo.[3007] En respuesta, con respecto a la existencia de "recolección", el Profesor Katz observa que el Profesor Neven examina estudios sobre si la recolección tiene lugar en otros países y otras ramas de producción, cuyos mercados obedecen a dinámicas muy distintas, en lugar de reconocer las pruebas que indican que, de hecho, la recolección está teniendo lugar en la

[3003] Informe de Katz (Prueba documental AUS-18), párrafo 66.
[3004] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 571-572.
[3005] Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 2.
[3006] Informe de Katz (Prueba documental AUS-18), página 4 (las cursivas figuran en el original).
[3007] Informe de réplica de Neven (Prueba documental HND-123), párrafo 42. Es preciso señalar que el Profesor Neven aduce además que la teoría de la recolección del Profesor Katz también pasa por alto características importantes del mercado australiano, en particular la diversidad de marcas con distinta fuerza. Sin embargo, este argumento no contradice el argumento del Profesor Katz de que las medidas TPP pueden inducir a los productores a adoptar una estrategia de recolección, sino que sirve más bien para explicar que: "por lo tanto, la posibilidad teórica de que las marcas fuertes adopten una estrategia de recolección no resta validez a nuestra conclusión de que no es probable que el empaquetado genérico haga que disminuya el consumo de tabaco puesto que probablemente los consumidores más sensibles a los precios gravitarán hacia marcas menos sólidas con precios más bajos". Informe de réplica de Neven (Prueba documental HND-123), párrafo 5.

industria australiana de cigarrillos.[3008] El Profesor Katz observa asimismo que "la estructura del modelo de simulación del Profesor Neven no distingue entre largo y corto plazo"; que las "predicciones del modelo se rigen por los valores de los parámetros que recibe como insumos" y que, por lo tanto, "no cabe esperar que su modelo funcione mejor a largo plazo que a corto plazo".[3009] Por último, señala que la posición del Profesor Neven con respecto a la evolución temporal de los efectos de la política es contraria a la de varios otros expertos de los reclamantes que afirman que, si el empaquetado genérico va a surtir los efectos previstos en algún momento, esos efectos deberían haberse puesto claramente de manifiesto poco después de su implementación.[3010]

7.1224. Prever la evolución de las interacciones competitivas es considerablemente difícil. Coincidimos con el Profesor Katz en que la teoría económica ofrece predicciones ambiguas con respecto a si la reducción del atractivo percibido de los cigarrillos inducirá a las empresas tabacaleras a aumentar o disminuir los precios de los cigarrillos. En este contexto, las pruebas empíricas que tenemos ante nosotros muestran que los precios de los cigarrillos, impuestos excluidos, han aumentado desde la introducción de las medidas TPP, y que por lo general las marcas de los segmentos de precios más altos han mantenido o aumentado sus sobreprecios frente a las marcas de los segmentos de menor precio en el primer año posterior a la implementación del empaquetado genérico, y no han mostrado una caída pronunciada.[3011] Esto indica que, al menos en el período de observación abarcado, la competencia de precios no ha aumentado. Esas observaciones son coherentes con las predicciones del modelo del Profesor Katz, que el Profesor Neven rechaza sin ofrecer una explicación alternativa que sea coherente con un aumento de los precios a corto plazo seguido por una disminución a más largo plazo. Sin embargo, las pruebas no nos permiten excluir la posibilidad de que las medidas TPP hayan reforzado la competencia de precios, algo que no parece irrazonable, ni que, si no ha sucedido ya, puedan reforzarla en el futuro. Bien puede ser, como aduce el Profesor Neven, que los precios finalmente comiencen a descender, aunque a nuestro juicio las pruebas que se nos han presentado no demuestran convincentemente que esto vaya a suceder.

7.1225. A la luz de las consideraciones precedentes, y teniendo en cuenta nuestras constataciones anteriores relativas al efecto de las medidas TPP en el consumo y la posibilidad de que, en tanto en cuanto las medidas sigan contribuyendo a su objetivo, esos efectos aumenten con el tiempo, constatamos que si bien los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP hayan reducido el valor de los productos de tabaco importados en el mercado australiano, no cabe excluir que esto pueda suceder en el futuro, ya sea como consecuencia del efecto de las medidas en el consumo únicamente o como consecuencia de ese efecto combinado con una caída de los precios.

La cuestión de si las medidas TPP restringen el comercio porque imponen condiciones a la venta de productos de tabaco que conllevan costos de cumplimiento

7.1226. Estamos de acuerdo con Australia en que, según ha reconocido expresamente el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)* y *Estados Unidos - EPO*, puede haber circunstancias en las cuales un reglamento técnico no restringe el comercio, de manera que no hay "base para alegar que un reglamento técnico restringe el comercio únicamente porque la observancia de sus requisitos es obligatoria; o que los reglamentos técnicos *per se* restringen el comercio".[3012] Como se ha explicado *supra*, consideramos que la demostración de que un determinado reglamento técnico restringe el comercio exige demostrar que da lugar a un efecto limitativo en el comercio internacional de los productos pertinentes. En el caso que nos ocupa, la demostración de que las medidas TPP restringen el comercio exige demostrar que dan lugar a un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco. No estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio simplemente porque establecen prescripciones obligatorias para el empaquetado de los productos de tabaco.

[3008] Informe de contrarréplica de Katz (Prueba documental AUS-584), párrafo 12.
[3009] Informe de contrarréplica de Katz (Prueba documental AUS-584), párrafo 31.
[3010] Informe de contrarréplica de Katz (Prueba documental AUS-584), párrafo 34.
[3011] Informe de Katz (Prueba documental AUS-18), párrafo 66.
[3012] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 564. Véase el párrafo 7.1144 *supra*.

7.1227. Por consiguiente, examinamos si, como aducen Honduras, Cuba e Indonesia, la existencia de esas prescripciones da lugar a un efecto de restricción del comercio debido a los costos asociados al cumplimiento de las medidas a que hacen frente los productores, o en razón de las sanciones que prevén en caso de incumplimiento.

7.1228. Honduras, Cuba e Indonesia aducen que las medidas TPP restringen el comercio porque conllevan costos de cumplimiento. En particular, estos reclamantes afirman que hay costos de cumplimiento derivados de asegurar que el aspecto de las marcas de fábrica o de comercio sea compatible con dichas medidas[3013] y que el formato del empaquetado[3014] y los productos de tabaco sueltos[3015] es compatible con dichas medidas, y que también hay costos de cumplimiento porque los minoristas se habrían visto obligados a reemplazar las existencias que no llevan empaquetado genérico por existencias con empaquetado genérico tras la introducción de las medidas TPP.[3016]

7.1229. Australia responde que los argumentos de los reclamantes no bastan para establecer la restrictividad del comercio de las medidas TPP (aunque tales costos pueden ser pertinentes para determinar si las medidas TPP tienen un efecto limitativo en el comercio[3017]). Australia observa que los productores que querían participar en el mercado australiano ya estaban obligados a cumplir las prescripciones en materia de productos y empaquetado específicas de Australia, por lo cual esta condición del mercado no ha cambiado (aunque ha habido un cambio en el contenido de las prescripciones).[3018] Además, Australia aduce que los reclamantes no han identificado el incremento de los costos de cumplimiento o adaptación atribuible a las medidas TPP[3019], ni han explicado por qué esos costos aumentan para los productores legítimos pero disminuyen para los falsificadores (como han aducido los reclamantes en el contexto del efecto de las medidas TPP en el mercado de productos de tabaco ilícitos de Australia).[3020] En resumen, Australia aduce que el Grupo Especial no tiene ante sí pruebas de que sea menos caro para una empresa modificar sus procesos para producir cigarrillos, cigarros (puros) o paquetes con marca que cumplan la legislación australiana que producir cigarrillos, cigarros (puros) o paquetes con empaquetado genérico que cumplan la legislación australiana.[3021]

7.1230. Recordamos que la evaluación de la restrictividad del comercio de un reglamento técnico entraña evaluar si tiene un efecto limitativo en el comercio. A este respecto, consideramos que la norma aplicada para determinar si una medida equivale a una "restricción" a la importación en el sentido del artículo XI del GATT de 1994[3022] puede ofrecer orientación útil. Señalamos por lo tanto que el Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - EPO* interpretó la "restricción del comercio" en referencia a la interpretación que anteriores grupos especiales habían dado al término "restricción" del artículo XI del GATT.[3023]

[3013] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 878; respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 404; respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 251-253; y respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[3014] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 879; respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 404; respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 251-253; respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 272.

[3015] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 881; segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 579; respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 404; respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 251-253; y respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[3016] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 885; respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 404; respuesta de Cuba a la pregunta 117 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 251-253; y respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[3017] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 561; y respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial.

[3018] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 557; y respuesta de Australia a las preguntas 117 y 125 del Grupo Especial.

[3019] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 560.

[3020] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 559 (donde se hace referencia al informe de Janeczko (Prueba documental UKR-10)).

[3021] Respuesta de Australia a la pregunta 115 del Grupo Especial.

[3022] Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 7.569-7.572.

[3023] Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 7.569-7.572.

7.1231. Teniendo presente lo anterior, observamos que anteriores grupos especiales han constatado que algunas medidas pueden equivaler, o haber equivalido, a "restricciones" en el sentido del artículo XI del GATT de 1994 sobre la base de que afectaban negativamente a los planes de inversión de los importadores y aumentaban los costos de transacción.[3024] En apoyo de su afirmación de que las medidas TPP restringen el comercio porque imponen costos de cumplimiento, Honduras, Cuba e Indonesia han hecho referencia a los informes de esos grupos especiales anteriores, concretamente del Grupo Especial del GATT en el asunto *Japón - Cuero (Estados Unidos II)* y del Grupo especial en el asunto *Colombia - Puertos de entrada*. Antes de determinar si estamos de acuerdo con la afirmación de que esos costos pueden también "restringir[] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, estimamos pertinente considerar con más detalle la manera en que esos grupos especiales abordaron el aumento de los costos en el contexto de sus evaluaciones a tenor del artículo XI del GATT de 1994. El Grupo Especial del GATT que entendió en el asunto *Japón - Cuero (Estados Unidos II)* afirmó lo siguiente:

> [L]a existencia de una restricción cuantitativa constituía una presunción de anulación o menoscabo, no solo por el efecto que pudiese haber tenido sobre el volumen del comercio, sino también por otras razones; por ejemplo, podía conducir a un aumento de los costes de la transacción y provocar incertidumbres susceptibles de afectar a los planes de inversión.[3025]

7.1232. En *Colombia - Puertos de entrada*, el Grupo Especial evaluó, entre otras cosas, los costos adicionales asociados con las restricciones impuestas a los puertos de entrada disponibles para determinados textiles, prendas de vestir y calzado. En el contexto de ese análisis, el Grupo Especial hizo suyas las declaraciones formuladas por el Grupo Especial del GATT en el asunto *Japón - Cuero (Estados Unidos II)*[3026], antes de tomar en consideración el argumento de Panamá de que la imposición de la medida impugnada había limitado las oportunidades competitivas al obligar a los importadores a incurrir en mayores costos de expedición para que los productos llegaran a determinado mercados de Colombia.[3027] El Grupo Especial procedió a examinar varios presupuestos y estimaciones que aportaron las partes asociados con los costos de transporte de los productos a distintos puertos de Colombia. El Grupo Especial identificó una serie de deficiencias en esas pruebas y en consecuencia se abstuvo de extraer conclusiones de ellas.[3028]

7.1233. Observamos que el Grupo Especial encargado de la diferencia *Argentina - Medidas relativas a la importación* también abordó los costos adicionales derivados del cumplimiento de una medida. En aquella diferencia, el Grupo Especial manifestó que "[l]os costos añadidos desincentivarán en general la importación, y por consiguiente tendrán un efecto limitativo adicional en las importaciones".[3029] Seguidamente, el Grupo Especial observó que las medidas en litigio -que exigían, entre otras cosas, a determinados importadores y otros operadores económicos que compensaran el valor de sus importaciones con un valor al menos equivalente de exportaciones y se abstuvieran de repatriar beneficios desde la Argentina[3030]- podían "dar lugar a costos que no

---

[3024] Informe del Grupo Especial del GATT, *Japón - Cuero (Estados Unidos II)*, párrafo 55. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.236; y *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafos 6.261 y 6.473.

[3025] Informe del Grupo Especial del GATT, *Japón - Cuero (Estados Unidos II)*, párrafo 55.

[3026] Informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.241.

[3027] Informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.258.

[3028] Informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafos 7.259-7.270.

[3029] Informes del Grupo Especial, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 6.261.

[3030] Informes del Grupo Especial, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 6.155. En un momento posterior esos costos fueron descritos como sigue:

> Las pruebas muestran que, a fin de cumplir la prescripción de exportar, las empresas han realizado actividades que no guardan relación con sus respectivos ámbitos de operación. Por ejemplo, empresas del sector del automóvil han exportado cacahuete (maní), agua, vino, productos de soja y biodiésel; empresas del sector de las motocicletas han exportado mosto y vino; productores de neumáticos han exportado miel, y marcas de prendas de vestir han exportado lana. Otras empresas se han dedicado a actividades de exportación dentro de su sector para equilibrar su saldo comercial. Por ejemplo, importadores de biblias han exportado libros infantiles y empresas multinacionales de juguetes han exportado juguetes nacionales producidos por otras empresas con las cuales no guardan relación. Además, a petición del Gobierno de la Argentina, los operadores han efectuado inversiones y se han abstenido de repatriar beneficios, en ambos casos con costos adicionales para los operadores económicos.

guardan relación con las actividades comerciales del operador particular".[3031] El Grupo Especial concluyó que esas actividades de exportación y limitaciones de la repatriación de beneficios "no fueron el resultado de decisiones comerciales", sino que "fueron una respuesta a las prescripciones impuestas por la Argentina".[3032]

7.1234. Sobre la base de esos análisis, entendemos que anteriores diferencias relativas a la cuestión de si los costos equivalen a "restricciones" se han centrado principalmente en si la medida de que se trataba supondría costos para los actores económicos con respecto a su *participación continua* en el mercado pertinente.[3033] Podemos prever que, en determinadas circunstancias, la adopción de un reglamento impondrá costos que no son de carácter continuo, o no lo son exclusivamente. No excluimos que esos costos puedan ser de tal magnitud o naturaleza que limiten las "oportunidades de competencia" de que disponen los productos importados y tengan por lo tanto un efecto limitativo en el comercio.[3034]

7.1235. Sin embargo, no estamos convencidos de que la existencia de *cualquier* nivel de costos asociados con el cumplimiento inicial de un reglamento técnico sea suficiente, en y por sí misma, para demostrar que un reglamento técnico restringe el comercio. Honduras sostiene que, en relación con "las prescripciones en materia de etiquetado o empaquetado, u otras prescripciones relacionadas con los productos abarcadas por las disciplinas del Acuerdo OTC, está claro que cada reglamento técnico requerirá alguna adaptación y constituye un obstáculo al comercio". Señalamos que, como se reconoce en la Recomendación del Comité OTC analizada más arriba, un reglamento técnico puede tener efectos tanto de aumento como de disminución de las importaciones.[3035]

Informes del Grupo Especial, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 6.262. (no se reproducen las notas de pie de página) Véase también *ibid*., párrafos 6.167-6.168.

[3031] Informes del Grupo Especial, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 6.261. El Grupo Especial señaló también lo siguiente:

> Aunque las circunstancias de la presente diferencia son diferentes, el hecho de que una medida pueda constituir una restricción a la importación en el sentido del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 cuando actúa como un desincentivo de la importación, penalizándola y haciéndola prohibitivamente costosa, fue analizado por el Grupo Especial que entendió en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*. Coincidimos con el enfoque analítico adoptado por el Grupo Especial en aquella diferencia.

Ibid., (no se reproduce la nota de pie de página) Observamos que, en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Grupo Especial consideró este aspecto en relación con la cuestión de si las multas asociadas con la prohibición de importar neumáticos usados y recauchutados equivalían a restricciones a los efectos del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. Véase el informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.368-7.374. Observamos que Cuba ha aducido que las medidas TPP restringen el comercio sobre la base de las sanciones aplicables en caso de incumplimiento. Examinaremos este extremo en el epígrafe "La cuestión de si las sanciones previstas en las medidas TPP restringen el comercio", *infra*, en la presente sección 7.2.5.4.2.3.

[3032] Informes del Grupo Especial, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 6.263.

[3033] Para completar, observamos también que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)* tuvo ante sí la relación entre los costos de cumplimiento y la restricción del comercio en el contexto de las alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En el contexto del costo para la rama de producción del cumplimiento de las medidas alternativas tercera y cuarta propuestas por los reclamantes, se planteó esta cuestión y la de si ello demostraba el grado de restricción del comercio de esas alternativas. Sin embargo, en relación con la tercera medida alternativa, el Grupo Especial criticó la aclaración hecha por los reclamantes del funcionamiento previsto de esa propuesta y, por consiguiente, concluyó que los reclamantes no habían demostrado que la alternativa restringiría el comercio menos que la medida en litigio. En relación con la cuarta alternativa, el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían proporcionado una explicación adecuada de cómo se aplicaría. En razón de sus preocupaciones en materia probatoria, el Grupo Especial no extrajo conclusiones acerca de la relación entre los costos y la restricción del comercio a los efectos del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Véanse los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 7.509, 7.558-7.560 y 7.603-7.610.

[3034] Tomamos nota a este respecto de la observación formulada por el Grupo Especial que entendió en el asunto *Argentina - Medidas relativas a la importación*, citada *supra*, de que "[l]os costos añadidos desincentivarán en general la importación, y por consiguiente tendrán un efecto limitativo adicional en las importaciones". Véanse los informes del Grupo Especial, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 6.261.

[3035] Véase Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, Nota de la Secretaría, "Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero

Específicamente, con respecto a los costos, un reglamento técnico puede dar lugar a costos de tal magnitud o naturaleza que tengan un efecto limitativo en el comercio. Sin embargo, también puede crear un entorno normativo en el cual *disminuyan* los costos de operación, *aumentando* con ello las oportunidades de competencia y *facilitando* el comercio.[3036] Por esas razones, no estamos convencidos de que la existencia de algunos costos iniciales de adaptación sea suficiente en todos los casos, en y por sí misma, para indicar que un reglamento técnico tiene un efecto limitativo en el comercio. La medida en que esos costos pueden restringir el comercio debe ser evaluada, en nuestra opinión, caso por caso.

7.1236. Observamos que las partes no disienten en tanto en cuanto consideran que la adopción de las medidas TPP (y de las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo) exigió que se modificara la fabricación de productos de tabaco y su empaquetado. No obstante, Australia aduce que los reclamantes no han satisfecho la carga de la prueba que les corresponde porque: i) no han aportado pruebas que demuestren el aumento de los costos, y en todo caso no han aislado el costo de cumplir las medidas TPP de los costos de las modificaciones en el tamaño de las ASG; y ii) si hubiera habido algún costo adicional atribuible a las medidas TPP, no hay pruebas que indiquen si ese costo fue suficientemente significativo para tener un efecto limitativo en el comercio.[3037]

7.1237. Por lo que se refiere a las pruebas presentadas por las partes, observamos en primer lugar que la propia Australia parece haber previsto que, al menos en el período inmediatamente anterior a la entrada en vigor de las medidas TPP, el sector haría frente a ciertos costos asociados con su introducción. Por ejemplo, Honduras ha presentado una "Evaluación preliminar de las prácticas óptimas de reglamentación" del Gobierno de Australia, de fecha 7 de abril de 2010, completada por el DHA con respecto al empaquetado genérico de los productos de tabaco. En el encabezamiento "Costos de cumplimiento para las empresas", el DHA respondió "sí" a las siguientes preguntas: "¿Incurrirán las empresas en costos añadidos al ponerse al corriente de las prescripciones reglamentarias?"; "¿tendrán las empresas que comprar materiales o contratar equipos o servicios externos?"; "¿incurrirán la empresas en costos al cooperar con auditorías o inspecciones?"; "¿incurrirán la empresas en costos derivados de otras modificaciones de sus procedimientos y prácticas?"; y "¿existen otros costos de cumplimiento?".[3038, 3039] Honduras también ha presentado una declaración de efectos de la reglamentación (RIS) del DHA, fechada en abril de 2010, en la cual este Departamento afirma que la prescripción de asegurarse de que el empaquetado cumple las características de diseño especificadas "entrañará algunos costos iniciales para ajustar los procesos de fabricación para el mercado australiano y, si el fabricante vende en otros mercados, puede que tenga algunos costos continuos para cumplir las prescripciones distintas en materia de empaquetado del mercado australiano".[3040] En este documento se indica también que no se podrá cuantificar el costo para los fabricantes hasta que se haya determinado el diseño de los paquetes.[3041]

7.1238. Además, en el EPI de las medidas TPP, el Gobierno australiano informó de que uno de los principales fabricantes de productos de tabaco de Australia había presentado una estimación de los costos en que incurrió en relación con la transición al empaquetado genérico.[3042] Dichos costos se estimaron en 73,87 millones de dólares australianos, de los cuales los fabricantes, importadores y

---

de 1995", documento G/TBT/1/Rev.12, 21 de enero de 2015, página 22, sección 4.3.1.1 (titulada "Efecto significativo en el comercio de otros Miembros"). Véanse también los párrafos 7.1081, 7.1086 y 7.1088 *supra*.

[3036] Señalamos asimismo que el Órgano de Apelación prevé circunstancias en que un reglamento técnico no restringirá el comercio. Como ha observado el Órgano de Apelación, la comparación de una medida impugnada y las posibles medidas alternativas puede no ser necesaria "cuando la medida no restringe el comercio en absoluto". Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 376, nota 748. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322, nota 647.

[3037] Respuesta de Australia a la pregunta 155 del Grupo Especial.

[3038] Esos costos son "costos indirectos o efectos en los intermediarios" relacionados con contables, abogados, bancos o asesores financieros.

[3039] Gobierno de Australia, Departamento de Salud y Envejecimiento, "*Best Practice Regulation Preliminary Assessment*", 7 de abril de 2010 (Evaluación preliminar de las prácticas óptimas de reglamentación) (Prueba documental HND-13).

[3040] Gobierno de Australia, Departamento de Salud y Envejecimiento, "*Regulation Impact Statement: Plain Packaging of Tobacco Products*", 27 de abril de 2010 (RIS 2010) (Prueba documental HND-15), página 10.

[3041] RIS 2010 (Prueba documental HND-15), página 10.

[3042] Australia señala que se trata de BATA, Philip Morris (Australia) e Imperial Tobacco Australia. EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), párrafos 144 y 150.

mayoristas hicieron frente a costos de 11,42 millones de dólares australianos asociados con las plantas y la maquinaria, y a 57,73 millones de dólares australianos asociados con "costos de cumplimento en materia de empaquetado".[3043] No se informó sobre ningún costo continuo.[3044] En el EPI se informa también de que "[e]s probable que el empaquetado genérico dé lugar a algún ahorro continuo para los fabricantes, puesto que la impresión del empaquetado genérico tendrá un costo menor que la del empaquetado del tabaco con marca".[3045]

7.1239. Honduras aduce que los costos identificados en el EPI confirman los argumentos que ha esgrimido a lo largo de los presentes procedimientos, y que son "significativos con arreglo a cualquier parámetro cuantitativo". Honduras añade que el cálculo realizado por Australia de los costos de cumplimiento no requiere un análisis económico complejo, que las estimaciones se obtuvieron utilizando costos presentados por la rama de producción, y que "se hicieron los ajustes correspondientes y de conformidad con ... el método [de medición de la carga reglamentaria]". Según Honduras, esto aumenta la credibilidad de las estimaciones de Australia.[3046]

7.1240. Observamos, sin embargo, que en el EPI se identifican varias limitaciones asociadas con esas cifras. Por ejemplo, se señala que "no fue posible determinar con precisión cuáles de los costos presentados eran en realidad atribuibles al cumplimiento de las medidas de empaquetado genérico del tabaco, y en cuáles habían incurrido probablemente los fabricantes como parte de sus actividades habituales, entre ellas otras actividades de cumplimiento".[3047] Además, en el EPI se afirma que la comunicación relativa a los costos mencionadas *supra* "estaba formulada en términos muy generales y su desglose era difícil, y ofrecía poca información sobre las actividades subyacentes que se decía daban lugar a los costos alegados", y que se acompañaba de una explicación que indicaba "que algunos de los costos eran el resultado de actividades realizadas voluntariamente, que no estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de las prescripciones mínimas de cumplimiento de la medida, y que otros integrantes de la rama de producción no habían incurrido en esos costos".[3048]

7.1241. El Grupo Especial comparte la opinión de Australia de que Honduras, Cuba e Indonesia han hecho poco por desarrollar o justificar sus afirmaciones generales concernientes a los costos a que hace frente la rama de producción de tabaco para cumplir las medidas TPP. Cabía esperar, habida cuenta de los complejos análisis presentados por todas las partes en relación con otras cuestiones de hecho en los presentes procedimientos, que se hubiera aportado información más precisa.[3049] No obstante, las pruebas antes descritas del fabricante de productos de tabaco de Australia establecen que al menos un fabricante hizo frente a costos asociados con la transición a las medidas TPP.[3050]

7.1242. Así pues, la cuestión que debemos considerar es si los costos potenciales y reales identificados bastan para demostrar que las medidas TPP tienen un efecto limitativo en el comercio internacional. Al abordar esta cuestión, recordamos nuestra opinión de que la existencia de *algunos* costos de cumplimiento iniciales puede no ser suficiente, en y por sí misma, para indicar que un reglamento técnico restringe el comercio. Observamos también que los reclamantes, pese a haber tenido la oportunidad de formular observaciones sobre el EPI, no se han ocupado de las críticas que en él se vierten en relación con la información proporcionada por uno de los principales fabricantes de productos de tabaco de Australia respecto de los costos en que incurrió en relación con la transición al empaquetado genérico. Esos elementos nos llevan a concluir que los reclamantes no han identificado suficientemente de qué forma los costos de cumplimiento que pueden haberse asociado, o se asocian, con las medidas TPP son de tal naturaleza o magnitud que tienen un efecto limitativo en el comercio.[3051]

7.1243. Señalamos asimismo las pruebas obrantes en el expediente, concernientes a los productos de tabaco falsificados, de que las medidas TPP harán que disminuyan los obstáculos a la

[3043] EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), párrafo 153.
[3044] EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), párrafo 154.
[3045] EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), párrafo 156.
[3046] Observaciones de Honduras sobre el examen posterior a la implementación de Australia, párrafos 9 y 97-101.
[3047] EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), párrafo 147.
[3048] EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624), párrafo 150.
[3049] Respuesta de Australia a la pregunta 155 del Grupo Especial.
[3050] Véase el párrafo 7.1238 *supra*.
[3051] Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos avícolas*, párrafos 126-127.

entrada en el mercado de los productores de falsificaciones, puesto que las prescripciones que imponen dichas medidas simplificarán[3052], y posiblemente harán que sea incluso más barata[3053], la producción de un empaquetado que satisfaga las prescripciones de las medidas TPP. Estas pruebas han sido sometidas al Grupo Especial en el contexto de los argumentos de los reclamantes relativos al mercado de productos de tabaco ilícitos de Australia y a las repercusiones de las medidas TPP en ese mercado. Aunque no concluimos que las previsiones sobre el comportamiento de los actores económicos en el mercado ilícito puedan trasponerse automáticamente al mercado lícito, las afirmaciones que figuran en estas pruebas en relación con los costos a que hacen frente los operadores económicos, y sus respuestas a ellas, son indicativas de la naturaleza y la cuantía de los costos causados por las modificaciones de la reglamentación.

7.1244. Habida cuenta de lo anterior, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP restringen el comercio sobre la base de que han dado lugar a costos asociados con el cumplimiento de sus prescripciones, que tendrían un efecto limitativo en el comercio internacional. Tampoco nos queda claro que la implementación de las medidas TPP haya generado costos de cumplimiento adicionales, en comparación con lo que habría sido necesario para garantizar el cumplimiento de las prescripciones relativas a las ASG ampliadas que entraron en vigor al mismo tiempo que las medidas TPP, y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos y que también habrían dado lugar inevitablemente a adaptaciones del aspecto del empaquetado de los productos de tabaco destinados al mercado australiano.

7.1245. Observamos asimismo que los reclamantes no han aportado pruebas específicas concernientes a los costos de cumplimiento en relación con los cigarros (puros). Sin embargo, de acuerdo con el informe de HoustonKemp presentado por Australia, los costos del empaquetado genérico en el caso de los paquetes de cigarros (puros) y cigarritos (puritos) hechos en grandes cantidades serían muy similares a los de los paquetes de cigarrillos, y los costos continuos de producir un empaquetado más sencillo con menos colores serán menores o darán lugar a menores costos de producción del empaquetado.[3054] HoustonKemp añade que las medidas TPP se adaptaron para reducir el costo de cumplimiento de los proveedores de cigarros que venden cigarros sueltos. Según HoustonKemp, se modificó la legislación para que los cigarros pudieran ser importados sin cumplir los requisitos y después ser empaquetados de nuevo en Australia. Además, las vitolas pueden cubrirse con una banda adhesiva conforme, como alternativa a la retirada, de manera que se permiten códigos alfanuméricos y marcas en las vitolas con fines de lucha contra la falsificación. Asimismo, los costos que acarrea empaquetar de nuevo cigarros sueltos importados del extranjero

[3052] Concretamente, señalamos que en el informe de expertos de los Profesores Chaudry, Murray y Zimmerman, presentado por la República Dominicana y Honduras, se afirma que los fabricantes de empaquetado de tabaco ilícito harán frente a un menor nivel de complejidad y costos al fabricar paquetes genéricos falsificados. Los expertos señalan en particular que "es mucho más sencillo reproducir el paquete básico con tapa abatible 'habitual en la industria' que el empaquetado genérico impone en Australia" y por lo tanto "el costo de producción de los falsificadores disminuye". Informe CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), párrafos 79-80. Amcor y el informe de expertos de Janeczko respaldan esta opinión. Véanse Comunicación de Amcor sobre el Proyecto de Ley TPP (Prueba documental AUS-258), páginas 13-14; y el informe de Janeczko (Prueba documental UKR-10), párrafos 42-48 (en que se basa Indonesia: véase la comunicación de Indonesia al Grupo Especial de 8 de julio de 2015).

[3053] Tomamos nota de las pruebas obrantes en el expediente aportadas por Amcor (en sus propias palabras, "el líder a escala mundial en empaquetado para el consumo") en el sentido de que la producción de empaquetado conforme requiere maquinaria menos sofisticada, y de que ello dará lugar a menores costos de inversión iniciales y hará que disminuyan los obstáculos a la entrada para los falsificadores. Concretamente, Amcor señala que la máquina de huecograbado, con la cual se produce en la actualidad la mayoría del empaquetado de los productos de tabaco, "cuesta entre 9 y 11 millones de dólares australianos". La otra tecnología utilizada para imprimir el empaquetado del tabaco -litografía offset- no logra acabados de tanta calidad como la tecnología de huecograbado, y no sirve para conseguir acabados específicos, como los que se logran con tintas metálicas y determinados barnices estructurales. Amcor afirma:

> La reducción de las prescripciones técnicas hace que la entrada en el mercado sea incluso más atractiva, menos especializada y menos segura, sobre todo si se compra equipo de segunda mano, que requiere mucho menos espacio de instalación. Por ejemplo, una maquina offset de segunda mano costaría normalmente entre 65.000 y 135.000 dólares australianos y se podría instalar fácilmente en un emplazamiento doméstico como un garaje. [...] Además, es sencillo conseguir equipo de transformación y los plazos de entrega son relativamente cortos, de unos nueve meses en promedio.

Véase Comunicación de Amcor sobre el Proyecto de Ley TPP (Prueba documental AUS-258), página 14.

[3054] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), página 38.

no parecen ser muy significativos, porque las medidas TPP no han tenido una repercusión considerable en el ritmo de aumento de los precios de los cigarros y los cigarritos y de disminución del volumen de las importaciones de cigarros y cigarritos. Por último, la influencia de las marcas de cigarros se ha reducido porque ya no aparecen en los paquetes, lo que hará que se reduzcan los obstáculos a la entrada o no tendrá un efecto significativo.[3055] Por lo tanto, constatamos también, sobre la base de esas pruebas, que no se ha demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio debido a los costos de cumplimiento asociados con su implementación en el caso de los cigarros (puros).

7.1246. En último lugar, señalamos que Honduras no ha presentado pruebas en relación con sus afirmaciones sobre la necesidad de reemplazar las existencias que no llevan empaquetado genérico por existencias con empaquetado genérico tras la introducción de las medidas TPP[3056], aparte de una afirmación en este sentido de la Asociación de Minoristas Australianos en el contexto del informe de Chantler.[3057] Consideramos que la decisión sobre cómo gestionar las existencias al prepararse para la implementación de una modificación normativa es en primera instancia una decisión empresarial basada en una evaluación de la mejor forma de lograr el cumplimiento. No estamos convencidos de que la afirmación de Honduras a este respecto sea suficiente para demostrar la restrictividad del comercio de las medidas TPP.

La cuestión de si las sanciones previstas en las medidas TPP restringen el comercio

7.1247. Cuba aduce que las medidas conllevan también costos derivados de la necesidad de garantizar un estricto cumplimiento a la vista de las elevadas multas y sanciones por cualquier incumplimiento de los requisitos de la medida.[3058] Cuba aduce que una propia sanción puede funcionar como una restricción del comercio internacional, y que en el caso que nos ocupa las sanciones constituyen una base independiente e importante para afirmar que la medida es muy restrictiva del comercio.[3059] Cuba considera que las sanciones impuestas por las medidas TPP restringen el comercio en sí mismas y constituyen una base independiente para constatar que las medidas TPP restringen el comercio. Para respaldar su alegación, Cuba hace referencia al análisis en el marco del artículo XI del GATT de 1994 que realizó el Grupo Especial encargado del asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*.

7.1248. Como hemos señalado más arriba, consideramos que resoluciones anteriores respecto del significado del término "restricciones" en el sentido del artículo XI del GATT de 1994 pueden informar nuestra interpretación de la expresión "restringir[] el comercio" del párrafo 2 del artículo 2.[3060] No excluimos que un reglamento técnico que impone sanciones gravosas a la importación pueda, en las circunstancias de un caso determinado, tener un efecto limitativo en el comercio y, en consecuencia, "restringir[] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[3061]

7.1249. En la diferencia mencionada por Cuba, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, las Comunidades Europeas impugnaron la prohibición de la importación de neumáticos recauchutados y la imposición de multas a la importación de tales neumáticos, como medidas "que complementan y refuerzan" la prohibición de las importaciones, y el resultado fue que tanto la prohibición como las multas fueron declaradas incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.[3062] Las partes en aquel asunto no discutían que las multas eran una medida destinada a exigir el cumplimiento, aplicada como complemento y en apoyo de la prohibición de las importaciones.[3063] El Grupo Especial observó que "las multas, en su conjunto ... tienen por efecto penalizar el acto de

[3055] Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), páginas 38-39.
[3056] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 885.
[3057] Notas de Chantler de 14 de marzo de 2014 (Prueba documental HND-104).
[3058] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 251.
[3059] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 150 y 251 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.372).
[3060] Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 7.569-7.572.
[3061] Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 7.569-7.572. Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.455.
[3062] Informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.360-7.361.
[3063] Informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.365 y 7.370.

'importar' neumáticos recauchutados, sometiendo a los neumáticos recauchutados ya importados y existentes en el mercado interior brasileño a multas por una cuantía prohibitivamente costosa".[3064]

7.1250. A nuestro juicio, hay importantes diferencias entre la situación abordada por el Grupo Especial en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados* y la situación que tenemos ante nosotros en los presentes procedimientos. Tal como entendemos el análisis que hizo el Grupo Especial en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, tenía por objeto discernir si la imposición de una sanción *en apoyo de la prohibición de las importaciones* era una restricción a la importación. El hecho de que las multas apoyaran y exigieran el cumplimiento de la prohibición del acto de importar neumáticos recauchutados, en sí misma incompatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994, y de que sirvieran por lo tanto para desincentivar la *importación*, constituyó la base de la constatación de que las multas eran también restricciones a la importación de neumáticos recauchutados incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.[3065]

7.1251. En el asunto que tenemos ante nosotros, en el Capítulo 3 de la Ley TPP, titulado "Delitos y disposiciones en materia de sanciones civiles", se identifican diversos actos que conllevan sanciones civiles o penales. En el artículo 30 de la Ley TPP (titulado "Esquema simplificado") se describen esos actos como sigue:

> Una persona no deberá:
>
> (a) suministrar o comprar productos de tabaco en un empaquetado para venta al por menor que no cumpla las prescripciones de la presente Ley; ni
>
> (b) participar en el empaquetado de productos de tabaco para la venta al por menor si el empaquetado no cumple esas prescripciones; ni
>
> (c) suministrar, adquirir o fabricar productos de tabaco que no cumplan esas prescripciones; ni
>
> (d) suministrar productos de tabaco que no estén empaquetados para la venta al por menor sin determinadas prohibiciones contractuales.

7.1252. En el Capítulo 3 de la Ley TPP se establecen también las sanciones en caso de contravención de esas prohibiciones.[3066] Dichas sanciones se aplican asimismo en caso de incumplimiento del Reglamento TPP.[3067]

7.1253. Los términos de las disposiciones sobre sanciones que figuran en el Capítulo 3 de la Ley TPP dejan claro que apoyan y exigen el cumplimiento de las prescripciones de las medidas TPP relativas al aspecto del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco. Así pues, por extensión, solo restringirían el comercio en tanto en cuanto apoyaran y exigieran el cumplimiento de cualquier restricción del comercio causada de otro modo por las propias medidas TPP.

7.1254. Tomamos nota del argumento de Cuba de que las sanciones en el presente asunto son muy elevadas y tienen como objetivo imponer medidas punitivas para hacer cumplir "la prohibición sobre el comercio en cajetillas de productos del tabaco incumplidoras", con el resultado de que son "muy restrictiva[s] del comercio".[3068] No consideramos, sin embargo, que la imposición de sanciones para asegurar el cumplimiento de las prescripciones de las medidas TPP dé lugar, en sí misma, a un efecto limitativo "adicional" en las importaciones, más allá del que produciría el pleno cumplimiento de las propias prescripciones TPP, que es lo que tratan de asegurar las sanciones. Por consiguiente, no estamos convencidos de que la existencia de esas sanciones, o su nivel, den lugar a un grado de restrictividad del comercio mayor que el derivado del cumplimiento de las prescripciones pertinentes de las medidas TPP (con respecto a las cuales, según hemos concluido *supra*, no se ha demostrado que restrinjan el comercio).

[3064] Informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.372.
[3065] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 251.
[3066] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), capítulo 3.
[3067] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), capítulo 3 y artículo 4 (definición de "prescripción para los productos de tabaco").
[3068] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 251.

Conclusión general sobre la restrictividad del comercio de las medidas TPP

7.1255. Sobre la base de las consideraciones precedentes, concluimos que las medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto, al reducir el uso de productos de tabaco, reducen el volumen de productos de tabaco importados en el mercado australiano, y en consecuencia tienen un "efecto limitativo" en el comercio. Concluimos asimismo que, si bien es plausible que las medidas puedan también, con el tiempo, afectar al valor general de las importaciones de tabaco, las pruebas que tenemos ante nosotros no muestran que eso haya ocurrido hasta la fecha. Además, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP impongan condiciones a la venta de productos de tabaco en Australia o costos de cumplimiento de tal magnitud que equivaldrían a un efecto limitativo en el comercio.

7.2.5.5 La naturaleza y la gravedad de los "riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]"

7.1256. Según lo descrito anteriormente[3069], "la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de su medida" constituye un tercer factor que habrá que evaluar al realizar el "análisis de la relación"[3070], en el contexto de nuestra determinación de si un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario" con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Ello refleja el hecho de que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone que "los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, *teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo*" (sin cursivas en el original).

7.1257. De acuerdo con el Órgano de Apelación, "[e]llo indica que se debe sopesar y confrontar otro elemento al determinar si el grado en que un reglamento técnico restringe el comercio es 'necesario' o, subsidiariamente, si una posible medida alternativa, que sea menos restrictiva del comercio, *haría una contribución equivalente al logro del objetivo legítimo pertinente, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar dicho objetivo*, y si estaría razonablemente disponible".[3071] En ese contexto, "al evaluar la equivalencia entre los respectivos grados de contribución" de una medida y una medida alternativa propuesta, hay un "margen de apreciación" que "puede verse afectado por la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias derivadas de no alcanzar el objetivo del reglamento técnico".[3072]

7.1258. En palabras del Órgano de Apelación, "la obligación de tener en cuenta 'los riesgos que crearía no alcanzarlo' sugiere que la comparación entre la medida impugnada y una posible medida alternativa debería realizarse atendiendo a la *naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias* que se derivarían en caso de no alcanzar el objetivo legítimo".[3073]

7.1259. Según ha descrito el Órgano de Apelación, "para realizar tal evaluación y asegurar que ese factor sea 'teni[do] en cuenta', deberán identificarse *en primer lugar* la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias que tendría el hecho de no alcanzar el objetivo".[3074]

[3069] Véase el párrafo 7.184 *supra*.

[3070] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 318 y 322.

[3071] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 321. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

[3072] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.254. Véase también *ibid.*, párrafo 5.269.

[3073] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 321. (sin cursivas en el original)

[3074] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.217 (sin cursivas en el original). Según sostuvo el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EPO*, el análisis comparativo de la medida impugnada y de las alternativas propuestas es distinto del establecimiento del riesgo que crearía no alcanzar el objetivo:

> [L]a contribución que hace la medida impugnada al logro de su objetivo debe ser determinada de manera objetiva y evaluada después junto con los demás factores mencionados en el párrafo 2 del artículo 2, es decir: i) el grado de restricción del comercio de la medida; y ii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida. *Así pues*, en la mayoría de las ocasiones, debería realizarse también una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas.

Por consiguiente, a nuestro entender, la "*identifica[ción]*"[3075] de "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" es distinta de la etapa posterior de "*ten[er] en cuenta*" tales riesgos en el contexto del análisis comparativo que ha de realizarse en la mayoría de los casos para completar el análisis de la necesidad.[3076]

7.1260. En esta etapa de nuestro análisis tratamos, por lo tanto, de identificar "en primer lugar" la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que tendría el hecho de "no alcanzar[]" el objetivo. Los "riesgos" que habrían de "ten[erse] en cuenta" son los que crearía "no alcanzar[]" el "objetivo legítimo" del reglamento técnico en litigio.[3077] Por consiguiente, esta determinación está directamente relacionada con el objetivo perseguido por la medida impugnada.[3078] Al evaluar esos riesgos, según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, "entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos".[3079]

7.1261. Teniendo presentes estas consideraciones generales, examinaremos más adelante la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo legítimo de las medidas TPP, con objeto de identificar, en primer lugar, los "riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]". En una etapa posterior de nuestro análisis, consideraremos por separado cómo deben "ten[erse] en cuenta" esos riesgos al determinar si las medidas TPP restringen el comercio más de lo necesario en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.

7.2.5.5.1 Principales argumentos de las partes

7.1262. Las partes convienen en que "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" son un elemento fundamental del análisis de la necesidad con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[3080] Todas las partes recuerdan[3081] que, según los términos empleados por el Órgano

---

Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 461. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

[3075] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.217. (sin cursivas en el original)

[3076] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322 (sin cursivas en el original). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 471 y 481.

[3077] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.217 y 5.277. En realidad, mediante el uso de los términos "*fulfil*" (en la frase "*necessary to fulfil a legitimate objective")/"réaliser*" (en la frase "*nécessaire pour réaliser un objectif légitime")/"alcanzar*" (en la frase "necesario para alcanzar un objetivo legítimo") y "*non-fulfilment*" (en la frase "*taking account of the risks non-fulfilment would create*")/"*non-réalisation*" (en la frase "*compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait*")/"no alcanzarlo" (en la frase "teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo"), respectivamente, la segunda oración del párrafo 2 del artículo 2 relaciona los riesgos derivados de "*non-fulfilment*" (no alcanzarlo) con el objetivo de la medida impugnada en las tres versiones auténticas por idiomas del Acuerdo OTC. Esa relación se explicita en la versión en español de la segunda oración del párrafo 2 del artículo 2, en la que el sufijo "lo" de la palabra "alcanzar*lo*" -en la frase "teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo"- es un pronombre masculino con función de objeto directo que indica la intención de referirse específicamente a la expresión en masculino "un objetivo legítimo" en la frase precedente de la misma oración.

[3078] A ese respecto, recordamos la importancia de que se "identifique con suficiente claridad y coherencia el objetivo o los objetivos perseguidos por un Miembro mediante un reglamento técnico". Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 387.

[3079] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 321. Los términos exactos del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC son los siguientes:

> Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, *teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo*. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. *Al evaluar esos riesgos*, *los elementos que es pertinente tomar en consideración son*, *entre otros: la información disponible científica y técnica*, *la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos*. (sin cursivas en el original)

[3080] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 890; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1025; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 991;

de Apelación, ese elemento se refiere a dos factores principales, a saber: "la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que se derivarían en caso de no alcanzar el objetivo legítimo".[3082] Los reclamantes y Australia discrepan, sin embargo, en lo que respecta a la cuestión de si "ten[er] en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" entraña una comparación entre las probabilidades de que la medida impugnada y las medidas alternativas propuestas contribuyan al objetivo de las medidas TPP.

7.1263. En concreto, Honduras sostiene que la naturaleza de los riesgos en cuestión guarda relación con "los graves riesgos para la salud derivados de fumar tabaco"[3083]: "fumar tabaco da lugar a graves riesgos para la salud con independencia de que una persona fume cigarrillos, cigarros (puros) u otros productos de tabaco".[3084] Honduras mantiene que para determinar la naturaleza de los riesgos en cuestión es necesario considerar "la importancia general y el tipo del riesgo al que el Miembro de la OMC trata de hacer frente a través de la medida impugnada".[3085]

7.1264. En consecuencia, Honduras mantiene que el factor relativo a la gravedad de las consecuencias debería centrarse en la cuestión de "qué gravedad revestirían las consecuencias si la medida en litigio no alcanzara el objetivo del Gobierno".[3086] Honduras sostiene que "aunque los riesgos en cuestión son graves, las consecuencias de no alcanzar el objetivo de Australia a través de las medidas de empaquetado genérico no son graves".[3087] Puesto que las tasas de consumo de tabaco en Australia han ido disminuyendo durante años como resultado de las numerosas medidas de lucha antitabáquica, según afirma Honduras, Australia estaba en condiciones de lograr su deseada reducción de prevalencia del consumo de tabaco sin introducir la medida TPP.[3088] Como resultado, en opinión de Honduras, el hecho de que las medidas TPP no alcanzaran el objetivo de Australia no tendría consecuencias graves, ya que las tasas de consumo de tabaco simplemente seguirían descendiendo como han hecho durante décadas.[3089]

7.1265. La República Dominicana aduce que la definición de "riesgo" establecida en el diccionario contiene "dos elementos interrelacionados: 1) la 'posibilidad' o probabilidad de que 2) ocurra un hecho negativo".[3090] Para la República Dominicana, en el contexto de este asunto, el "hecho negativo" es "el de no alcanzar, total o parcialmente, el objetivo deseado"[3091]; en otras palabras, "habrá un número adicional de personas que fumen (es decir, habrá mayores tasas de consumo de tabaco)".[3092] Según la República Dominicana, Australia se centra erróneamente en la naturaleza de los riesgos del tabaco para la salud[3093]: el riesgo de daño causado por el tabaco no es lo que procede indagar en estos procedimientos, porque ni las medidas TPP ni ninguna de las alternativas propuestas tienen como objetivo la reducción de los considerables riesgos para la salud derivados de fumar.[3094] Más bien, según sostiene la República Dominicana, todas esas medidas tienen por

---

primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 410-411; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 277; y primera comunicación escrita de Australia, párrafo 683.

[3081] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 890; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1025; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 65 y 157 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 992; respuesta de Cuba a la pregunta 65 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial); respuesta de Indonesia a la pregunta 89 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.

[3082] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 321; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 377.

[3083] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 892.

[3084] Respuesta de Honduras a la pregunta 65 del Grupo Especial.

[3085] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 815.

[3086] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 893.

[3087] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 894.

[3088] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 894. Véase también *ibid.*, párrafos 895-905.

[3089] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 894. Véase también *ibid.*, párrafo 906.

[3090] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1027 (donde se hace referencia al Oxford English Dictionary, en línea, definición de "*risk*", <http://www.oed.com/view/Entry/166306?rskey=fgWvbI&result=1&print>, consulta realizada el 10 de mayo de 2014 (Prueba documental DOM-160)); respuesta de la República Dominicana a la pregunta 65 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 992.

[3091] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1027.

[3092] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 65 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 995 y 997.

[3093] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1009.

[3094] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1009.

finalidad reducir el número de personas que incurren en una conducta tabáquica; en consecuencia, el riesgo de no alcanzar el objetivo es "el riesgo de que haya un mayor número de fumadores".[3095]

7.1266. A su vez, afirma la República Dominicana, la probabilidad de que ese "hecho negativo" ocurra es una cuestión a la que solo puede responderse con "datos fiables y creíbles".[3096] Para la República Dominicana, eso significa que el examen adecuado de la naturaleza del riesgo en este caso debería conllevar una evaluación del "riesgo relativo (probabilidad)" de que el número de fumadores sea mayor en virtud de las medidas TPP en comparación con las alternativas: en resumen, "¿cuál es el riesgo (probabilidad) de que las alternativas reduzcan la conducta tabáquica en menor grado que las medidas [T]PP?".[3097] Según la República Dominicana, los datos muestran que, aunque las medidas TPP suponen "en el peor de los casos, que no se alcance realmente el objetivo y, en el mejor, que haya un riesgo considerable de que no se alcance el objetivo de reducir el consumo de tabaco", las alternativas propuestas no entrañan "*ningún riesgo de que no se alcance el objetivo*", sino "*certeza* de que se reduciría inmediatamente la conducta tabáquica en la población en general y entre los jóvenes en particular".[3098] La República Dominicana aduce asimismo que, si bien se supone que las medidas TPP reducirán el consumo de tabaco en el futuro, lo que no está demostrado por los datos[3099], las alternativas propuestas entrañan la "certeza" de que reducirán la conducta tabáquica en la población en general y entre los jóvenes en particular, tanto a corto como a largo plazo.[3100]

7.1267. La República Dominicana sostiene que, al pedir a los grupos especiales que tengan en cuenta los riesgos de no alcanzar el objetivo cuando evalúen la equivalencia de las contribuciones respectivas, "el Órgano de Apelación ha reconocido que la naturaleza de los riesgos de no alcanzar el objetivo puede variar mucho entre la medida impugnada y las medidas alternativas".[3101] Como una medida puede provocar un riesgo mucho mayor de no alcanzar el objetivo que otra, porque es mucho menos probable que contribuya a ese objetivo[3102], "el Órgano de Apelación ha confirmado que ese factor debe abordarse al evaluar la equivalencia de la contribución, y que un grupo especial dispone de un margen de apreciación al hacerlo".[3103]

7.1268. La República Dominicana añade que la *naturaleza de los riesgos* debe considerarse por separado para los cigarrillos y los cigarros (puros), ya que ningún dato muestra "efecto alguno de las medidas [T]PP en la reducción de la prevalencia de fumadores o del consumo respecto de los productos de tabaco en general, o respecto de los cigarros".[3104] En consecuencia, según mantiene la República Dominicana, la probabilidad de que, sin las medidas TPP, la prevalencia de fumadores y el consumo habrían sido mayores en el caso de los cigarros es nula.[3105]

7.1269. En lo que respecta a la *gravedad de las consecuencias*, la República Dominicana equipara ese factor a "la gravedad de las consecuencias que se derivan de la materialización del hecho negativo".[3106] Para la República Dominicana, en los presentes procedimientos, "las consecuencias de no alcanzar el objetivo ... serían serias y graves" porque "si el consumo de tabaco no se redujese en mayor grado de lo que de otro modo se reduciría en ausencia de [medidas] [T]PP, un mayor número de ciudadanos australianos sufrirían los efectos perjudiciales para la salud del

[3095] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1008.
[3096] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1027.
[3097] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 996.
[3098] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 65 del Grupo Especial (con cursivas en el original). Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 1030 y 2018; y la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 997-998.
[3099] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 999.
[3100] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1000. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 1001-1005.
[3101] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.218, 5.284 y 5.295).
[3102] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 992; y a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1027).
[3103] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3104] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3105] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3106] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1029; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 992.

tabaco".[3107] La República Dominicana añade que las consecuencias "serias y graves"[3108] "son las mismas en el caso de la medida [T]PP que en el de las medidas alternativas".[3109] Según la República Dominicana, al evaluar la equivalencia de las contribuciones, el objetivo perseguido se mantiene constante para la medida impugnada y las medidas alternativas; en consecuencia, la gravedad de las consecuencias que se derivarían de no alcanzar ese objetivo también se mantiene constante.[3110] Para la República Dominicana, cuando el objetivo es reducir el consumo de tabaco, "Australia y la República Dominicana están de acuerdo en que las consecuencias de no alcanzar ese objetivo son que 'un mayor número de ciudadanos australianos sufrirían los efectos perjudiciales para la salud del tabaco'"[3111], y esas "graves consecuencias de no alcanzar el objetivo son idénticas en el caso de la medida impugnada y en el de las medidas alternativas, como lo serían en el de todas las medidas de control del tabaco".[3112]

7.1270. Cuba mantiene que, mientras que hay un "riesgo importante" de que las medidas TPP no alcancen su objetivo de reducir la prevalencia del consumo de tabaco, todas las alternativas menos restrictivas del comercio que Cuba ha identificado entrañan un riesgo "mucho menor (o inexistente)".[3113] Según Cuba, en este caso, el riesgo de no alcanzar el objetivo suscitaría preocupaciones, más específicamente, el riesgo de que las personas, a falta de las medidas TPP: i) empiecen a fumar; ii) sigan fumando; o iii) no logren dejar de fumar.[3114] De acuerdo con Cuba, dada la falta de contribución de las medidas TPP, la situación desde una perspectiva de la prevalencia del hábito de fumar no sería distinta sin el empaquetado genérico.[3115] Cuba sostiene que Australia dispone de medidas alternativas igualmente o más eficaces que no presentan un mayor riesgo que el que crearía no alcanzar el objetivo de salud.[3116] Más bien al contrario, según aduce Cuba, se ha demostrado que esas alternativas son eficaces y no entrañan el riesgo de consecuencias no deseadas que menoscaben cualquier posible efecto de las medidas TPP.[3117] Cuba añade que la naturaleza nociva del hábito de fumar no está cuestionada en estos procedimientos: fumar es nocivo para todos los consumidores.[3118] Por consiguiente, Cuba no considera que sea necesario realizar un análisis de la naturaleza de los riesgos en cuestión, en particular con respecto a determinados productos o grupos de consumidores.[3119]

7.1271. Indonesia cita[3120] al Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, según el cual, la consideración de los riesgos de no alcanzar el objetivo requiere que se evalúen tanto la "probabilidad como la gravedad de los posibles riesgos".[3121] Indonesia considera que la naturaleza de los riesgos en cuestión en estos procedimientos es "el riesgo para la salud pública derivado de los elementos del empaquetado que Australia ha prohibido o reglamentado a través de sus medidas de empaquetado genérico".[3122] Según Indonesia, al igual que el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Grupo Especial debería evaluar tanto la "probabilidad como la gravedad" de los posibles riesgos para todos los consumidores, y convendría evaluar la probabilidad de los riesgos para los adultos y los jóvenes por separado, habida cuenta de la particular importancia atribuida por Australia a la expectativa de

[3107] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1029.
[3108] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1010.
[3109] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1006.
[3110] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3111] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 543, donde a su vez se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1029).
[3112] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3113] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 416.
[3114] Respuesta de Cuba a la pregunta 65 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[3115] Respuesta de Cuba a la pregunta 65 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[3116] Respuesta de Cuba a la pregunta 65 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[3117] Respuesta de Cuba a la pregunta 65 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[3118] Respuesta de Cuba a la pregunta 65 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[3119] Respuesta de Cuba a la pregunta 65 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[3120] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 422. Véase también la respuesta de Indonesia a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3121] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.467.
[3122] Respuesta de Indonesia a la pregunta 65 del Grupo Especial.

que el empaquetado genérico sea especialmente eficaz entre los jóvenes. Indonesia sostiene asimismo que puede ser útil -si se dispone de datos- considerar los efectos en la población aborigen e isleña del Estrecho de Torres, ya que el Consejo de Gobiernos Australianos incluyó expresamente a esos grupos de población en los objetivos de reducción de la prevalencia del consumo de tabaco.[3123]

7.1272. Indonesia fundamenta también sus argumentos en el artículo 15 de la Ley TPP[3124], que interpreta del modo siguiente: "si un tribunal australiano concluyese que [las medidas TPP] dan lugar a la adquisición injusta de bienes, el Gobierno podría sencillamente anular las prescripciones de empaquetado genérico y no estaría obligado a compensación".[3125] Para Indonesia, "como Australia está dispuesta a abandonar [las medidas TPP], antes que a pagar compensaciones, está claro que cree que hay poco riesgo para la salud pública en el hecho de no permitir que [las medidas TPP] alcancen [su] objetivo de salud pública (es decir, el riesgo de no alcanzar el objetivo es desdeñable)".[3126] Por otra parte, según Indonesia, la prevalencia estaba ya reduciéndose antes de que se introdujesen las medidas TPP, y no hay pruebas de que de que esa reducción de la prevalencia probablemente fuera a ralentizarse.[3127] Aun cuando la prevalencia siguiese reduciéndose únicamente al ritmo de su tendencia histórica, Australia alcanzaría, en cualquier caso, su objetivo de prevalencia del 10% con independencia de que las medidas TPP se implementasen o no.[3128] Indonesia sostiene además que, si Australia acepta que las medidas TPP "probablemente contribuirán poco al objetivo legítimo de reducir la prevalencia del consumo de tabaco durante un largo período de tiempo (si es que llegan a contribuir), Australia no debe percibir un riesgo significativo a corto plazo de que [las medidas TPP] no contribuyan al logro de su objetivo".[3129] Indonesia añade que, si las medidas TPP son medidas "generacionales" tal como sostiene Australia[3130], de ello se deduce que, para la generación anterior al momento en que las medidas TPP logren reducir la prevalencia, es "casi seguro" que "no se alcanzará el objetivo" en virtud de esas medidas.[3131]

7.1273. Indonesia sostiene también que, al evaluar "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]", un grupo especial ha de considerar los "riesgos que plantean *tanto* las medidas *como* la(s) alternativa(s)".[3132] Para Indonesia, la contribución relativa de la medida y de la(s) alternativa(s) forma parte del análisis de "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]", y la naturaleza de los riesgos comprende tanto la "posibilidad" como la "probabilidad" de que se produzca un hecho negativo.[3133] Según Indonesia, y contrariamente a la descripción demasiado drástica de Australia acerca de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo, son en realidad las medidas TPP las que crean el mayor riesgo de que no se alcance el objetivo de reducir la prevalencia del consumo de tabaco.[3134] Indonesia añade que propone medidas alternativas que tienen "un efecto inmediato y directo en la prevalencia del tabaquismo, lo que significa que el riesgo de no alcanzar el objetivo es bajo".[3135]

7.1274. Australia recuerda que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han reconocido que los intereses y valores en juego en relación con las medidas para reducir el daño causado por el consumo de productos de tabaco son "vital[es] y de la máxima importancia".[3136] De lo que se

[3123] Respuesta de Indonesia a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3124] En el esquema simplificado del capítulo 1 de la Ley TPP se resume el artículo 15 de esa Ley del modo siguiente: "La presente Ley no será aplicable cuando su aplicación infrinja determinados derechos protegidos por la Constitución (por ejemplo, en caso de adquisición de propiedad en términos no justos)". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 13.
[3125] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 425.
[3126] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 425.
[3127] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 426.
[3128] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 426; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 279.
[3129] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 427.
[3130] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 281 (donde se hace referencia a la respuesta de Australia a la pregunta 126 del Grupo Especial).
[3131] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 281.
[3132] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 277. (sin cursivas en el original)
[3133] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 279.
[3134] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 279.
[3135] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 427.
[3136] Respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.347; e informe del Grupo Especial del GATT, *Tailandia - Cigarrillos*, párrafo 73).

deduce, en opinión de Australia, que la naturaleza de los riesgos en cuestión en estos procedimientos es "vital y de la máxima importancia".[3137] Según Australia, la magnitud de la epidemia mundial de tabaquismo y los graves daños causados por el consumo de tabaco, también en Australia, están sobradamente demostrados[3138]: todos los productos de tabaco son sumamente adictivos, no hay niveles inocuos de consumo de tabaco o de exposición al humo de tabaco ajeno o ambiental, y el consumo de tabaco es nocivo para casi todos los órganos del cuerpo.[3139]

7.1275. En cuanto a la *naturaleza de los riesgos* en cuestión, Australia está de acuerdo con la República Dominicana en que el párrafo 2 del artículo 2 apunta a una indagación objetiva de los riesgos pertinentes.[3140] Australia añade que los testimonios científicos establecen que el consumo de tabaco es la primera causa de morbilidad y mortalidad prevenibles a nivel mundial, es nocivo para casi todos los órganos del cuerpo y es responsable de las defunciones de casi 6 millones de personas al año.[3141]

7.1276. Australia sostiene que los reclamantes "mezclan los conceptos de 'contribución' y 'riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]' como elementos del análisis de la relación con arreglo al párrafo 2 del artículo 2".[3142] Según Australia, se trata de "análisis separados" en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[3143] Australia añade que los reclamantes no interpretan correctamente ese elemento del proceso analítico de sopesar y confrontar, en un intento por persuadir al Grupo Especial de la proposición contraria a la lógica de que, a pesar de la importancia fundamental de los objetivos de salud pública de Australia y de los graves riesgos de salud pública planteados por el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, los riesgos que se derivarían de no alcanzar los objetivos de las medidas TPP son insignificantes.[3144] Según Australia, el texto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC aclara que "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" son los riesgos que se plantearían en caso de que el objetivo del reglamento técnico no se alcanzase, y que los riesgos que han de evaluarse son los que crearía el hecho de no cumplir "un objetivo legítimo", es decir, "los riesgos relacionados con el objetivo perseguido por el reglamento técnico, más que el propio reglamento técnico".[3145] En consecuencia, según sostiene Australia, para evaluar adecuadamente "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" es preciso considerar la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que se derivarían del hecho de no alcanzar "los objetivos de mejorar la salud pública y, para ello, desalentar de empezar a consumir productos de tabaco, alentar su abandono, desalentar de recaer y reducir la exposición al humo".[3146]

7.1277. Australia rechaza también la proposición de la República Dominicana y de Indonesia de que se tenga en cuenta la *probabilidad* de que se produzca el "hecho negativo". Australia considera que tener en cuenta ese elemento daría lugar a una evaluación inapropiada de la naturaleza de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo.[3147] Según Australia, la República Dominicana e Indonesia tratan de utilizar esa interpretación errónea "para reiterar sus argumentos sobre la contribución que hace la medida al logro de sus objetivos".[3148] Sin embargo, a juicio de Australia, ese planteamiento es contrario al texto del párrafo 2 del artículo 2 y no encuentra apoyo en anteriores informes del Órgano de Apelación.[3149]

7.1278. De acuerdo con Australia, el texto claro del párrafo 2 del artículo 2, según ha confirmado el Órgano de Apelación, deja claro que los "riesgos" que habrán de evaluarse al considerar ese elemento del análisis de la relación son los que se crearían en caso de no alcanzarse los objetivos

[3137] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 684. Véanse también la respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 539.
[3138] Respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia, parte II).
[3139] Respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia, parte II).
[3140] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 537 (donde se hace referencia a la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 65 del Grupo Especial).
[3141] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 538.
[3142] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 688.
[3143] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 526.
[3144] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 527.
[3145] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 532-533.
[3146] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 536.
[3147] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 541.
[3148] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 541.
[3149] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 542.

de la medida impugnada; y no, como la República Dominicana sigue sosteniendo erróneamente, el riesgo o la probabilidad de que no se alcancen esos objetivos.[3150] Según Australia, "dado que los riesgos que será pertinente evaluar son los que se derivarían *de* no alcanzar los *objetivos* de la medida impugnada; y dado que 'el objetivo perseguido se *mantiene constante* para la medida impugnada y las medidas alternativas'; 'la naturaleza de los riesgos' derivados de no alcanzar los objetivos se mantiene también constante tanto en el análisis de la relación como en el análisis comparativo".[3151]

7.1279. Australia coincide con Honduras en que para evaluar la "naturaleza de los riesgos en cuestión" es preciso considerar "la importancia general y el tipo del riesgo al que el Miembro de la OMC trata de hacer frente a través de la medida impugnada".[3152] Según Australia, el Órgano de Apelación aclaró en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)* que es "la importancia del objetivo para el Miembro que aplica el reglamento técnico (más que la importancia relativa del objetivo en comparación con otros objetivos potenciales)" lo que informa el análisis con arreglo al párrafo 2 del artículo 2.[3153] Para Australia, "la adopción del empaquetado genérico del tabaco, según se recomienda en las Directrices del CMCT, fue una ampliación lógica de las restricciones vigentes de Australia a la publicidad y la promoción de productos de tabaco, como parte del conjunto integral de medidas de control del tabaco de Australia".[3154] La larga tradición de Australia en la aplicación de medidas de control del tabaco y la importancia que concede a la adopción de un enfoque integral de ese control ponen de manifiesto la importancia del objetivo para Australia y las graves consecuencias que se derivarían de no alcanzar ese objetivo.[3155] Los resultados de no alcanzar los objetivos de salud pública de las medidas TPP serían "más defunciones prematuras y enfermedades graves relacionadas con el tabaco en Australia de las que habría en otro caso".[3156]

7.1280. Australia considera también que la naturaleza de los riesgos debe examinarse en relación con todos los productos de tabaco y todos los consumidores, según indican los objetivos legítimos de las medidas TPP.[3157] De acuerdo con Australia, los datos sobre salud pública y mercadotecnia, incluidos los dictámenes de expertos, dejan claro que, por su naturaleza, los riesgos a los que hacen frente las medidas TPP son similares para todos los productos de tabaco y para todos los consumidores de esos productos, y afectan a los no fumadores debido a la exposición al humo ajeno procedente de los productos de tabaco.[3158]

7.1281. Australia responde que Indonesia "caracteriza de manera completamente errónea" el texto del artículo 15 de la Ley TPP.[3159] De acuerdo con Australia, se trata de una "cláusula de salvedad"[3160] relacionada con la "posible falta de validez, no con la posible responsabilidad"[3161], introducida por "extrema prudencia".[3162] Australia explica que el artículo 15 es una disposición "destinada específicamente a *preservar* en la *mayor medida posible* las prescripciones de la Ley TPP con respecto al empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco y al aspecto de los productos de tabaco, en el caso poco probable de que esa Ley se declarase incompatible con la Constitución australiana".[3163] Australia añade que el Tribunal Supremo de Australia confirmó la constitucionalidad de las medidas TPP.[3164]

[3150] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3151] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial. (sin cursivas en el original; no se reproducen las notas de pie de página)
[3152] Respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 81). Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 537.
[3153] Respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21)*, párrafo 5.279).
[3154] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 690.
[3155] Respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3156] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 691.
[3157] Respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3158] Respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3159] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 693.
[3160] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 693.
[3161] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 693, nota 911.
[3162] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 693, nota 911.
[3163] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 693. (las cursivas figuran en el original)
[3164] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 693.

7.1282. En lo que respecta a la *gravedad de las consecuencias*, Australia está de acuerdo con la República Dominicana en que la evaluación de ese factor "guarda relación con la gravedad de las consecuencias que se derivarían de no alcanzar el objetivo"[3165] y que las consecuencias de no alcanzar los objetivos de las medidas TPP "serían serias y graves" porque "un mayor número de ciudadanos australianos sufrirían los efectos perjudiciales para la salud del tabaco".[3166] Al mismo tiempo, Australia considera que Honduras interpreta erróneamente la consideración de la gravedad de las consecuencias que se derivarían de no alcanzar el objetivo al sostener que las tasas de consumo de tabaco se habían reducido y seguirían reduciéndose como resultado de medidas de lucha contra el tabaco distintas del empaquetado genérico.[3167] Australia sostiene que el enfoque de Honduras daría lugar al resultado absurdo de que los riesgos derivados de no alcanzar el objetivo de un reglamento técnico nunca serían significativos si el reglamento técnico en cuestión se adopta como parte de una política integral que ya contribuye a un objetivo legítimo. Según Australia, teniendo presente el informe del Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, "no se debe impedir a los Miembros la adopción de reglamentos técnicos que complementen los efectos de otros elementos de una política general, incluso en situaciones en las que esos otros elementos ya hacen una contribución al mismo objetivo global".[3168] Australia insiste en que las consecuencias que se derivarían de no alcanzar los objetivos legítimos de las medidas TPP son "graves", dado el enorme daño causado por el consumo de tabaco[3169] en forma de aumento de las defunciones y enfermedades relacionadas con el tabaco en Australia.[3170] Por consiguiente, según aduce Australia, los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo son "grandes".[3171]

7.2.5.5.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1283. El párrafo 2 del artículo 2 no establece un método particular para evaluar "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]"[3172], salvo indicar que, al evaluar esos riesgos, "los elementos que es pertinente tomar en consideración son, 'entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos'".[3173]

7.1284. Sin embargo, como se indicó anteriormente, para identificar "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" es necesario considerar tanto "la naturaleza de los riesgos" como "la gravedad de las consecuencias que se derivarían en caso de no alcanzar el objetivo". Según el Órgano de Apelación:

> [E]n algunos contextos puede ser viable y apropiado tratar de determinar por separado la naturaleza de los riesgos, por una parte, y de cuantificar la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo, por otra. Sin embargo, en otros contextos, en la práctica, puede ser difícil determinar o cuantificar esos elementos por separado con precisión. En tales contextos, puede ser más apropiado llevar a cabo un análisis conjunto tanto de la naturaleza de los riesgos como de la gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo, en el que se evalúen "los riesgos que crearía no alcanzar[] [ese objetivo]" en términos cualitativos. En cualquier caso, las dificultades o la inexactitud que se plantean al evaluar "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" -debido a la naturaleza de esos riesgos o la gravedad de las consecuencias que se deriven de no alcanzar ese objetivo- no deberían, en sí mismas

[3165] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 543 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1029).
[3166] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 544 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1029).
[3167] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 545.
[3168] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 547 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151).
[3169] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 684; y respuesta de Australia a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3170] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 526.
[3171] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 684; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 526.
[3172] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.218.
[3173] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 321.

> y por sí mismas, dispensar a un grupo especial de su obligación de evaluar ese factor.[3174]

7.1285. Trataremos de determinar esos dos aspectos por separado con la mayor precisión posible, antes de sacar conclusiones sobre la identificación de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. Si la cuantificación por separado y con precisión de esos dos factores es difícil, llevaremos a cabo, según lo indicado por el Órgano de Apelación, un "análisis conjunto" de ambos aspectos en el que "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" se evalúen en términos cualitativos.[3175]

7.2.5.5.2.1 Naturaleza de los riesgos

7.1286. Según se ha explicado, la identificación de "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" guarda relación directa con "el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida" en litigio[3176], y "los 'riesgos' que hay que 'ten[er] en cuenta' en el marco del párrafo 2 del artículo 2 son los que crearía el hecho de 'no alcanzar[]' el 'objetivo legítimo' del reglamento técnico en litigio".[3177]

7.1287. Más arriba hemos constatado que el objetivo de las medidas impugnadas en estos procedimientos, es decir, las medidas TPP, consiste en "mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".[3178] En consecuencia, constatamos que la naturaleza del riesgo de no alcanzar el objetivo legítimo de las medidas TPP consiste en que la salud pública no mejoraría, por cuanto el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos no se reduciría.

7.1288. La República Dominicana cita la definición del diccionario de "riesgo" para sostener que la probabilidad de "riesgo" debe tenerse en cuenta al determinar los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo, en particular la naturaleza de tales riesgos.[3179] En concreto, la República Dominicana sostiene que el examen adecuado de la naturaleza del riesgo en este caso conlleva una evaluación del "riesgo relativo (probabilidad)" de que el número de fumadores sea mayor en virtud de las medidas TPP en comparación con las alternativas: en resumen, "¿cuál es el riesgo (probabilidad) de que las medidas alternativas reduzcan la conducta tabáquica en menor grado que las medidas [T]PP?".[3180]

7.1289. De modo similar, Indonesia hace referencia a[3181] la resolución del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* respecto de "la *probabilidad* [y] la gravedad de los posibles riesgos (y cualesquiera consecuencias perjudiciales conexas) que podrían surgir en caso de que no se alcanzara el objetivo legítimo que se persigue".[3182] En opinión de dicho Grupo Especial, este pasaje "quiere decir que un medio alternativo de alcanzar el objetivo que entrañara mayores 'riesgos de no alcanzarlo' no sería una alternativa válida, incluso si restringiera menos el comercio".[3183]

7.1290. Observamos que las referencias de ambos reclamantes a la "probabilidad" de los riesgos sirven de base para establecer una comparación entre las probabilidades de contribución de las medidas impugnadas y de las medidas alternativas al objetivo en cuestión, teniendo en cuenta los riesgos que entrañaría no alcanzarlo. Sin embargo, no estamos convencidos de que la *identificación* de la naturaleza de los "riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" conlleve tal

---

[3174] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.218. (no se reproducen las notas de pie de página)
[3175] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.218.
[3176] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.
[3177] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.277.
[3178] Véase el párrafo 7.232 *supra*.
[3179] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1027.
[3180] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 996.
[3181] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 422. Véase también la respuesta de Indonesia a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3182] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.467. (sin cursivas en el original)
[3183] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.467.

comparación de las medidas impugnadas y las posibles medidas alternativas, o la consideración de sus respectivos grados de contribución al objetivo.

7.1291. Como se expuso más arriba, las cuestiones que debemos considerar en esta fase de nuestro análisis son: la *naturaleza de los riesgos* que crearía no alcanzar el objetivo pertinente, y la *gravedad de las consecuencias* de no alcanzar ese objetivo. Indonesia se refiere a[3184] la resolución del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* para respaldar su opinión de que ello incluye "la *probabilidad* [y] la gravedad de los posibles riesgos (y cualesquiera consecuencias perjudiciales conexas) que podrían surgir en caso de que no se alcanzara el objetivo legítimo que se persigue".[3185] Sin embargo, en apelación, el Órgano de Apelación no mencionó "la probabilidad [y] la gravedad" del riesgo al resumir la prueba jurídica adecuada con arreglo al párrafo 2 del artículo 2. En lugar de ello, según se expuso anteriormente, el Órgano de Apelación se refirió a la "naturaleza" de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias de no alcanzar los objetivos. La elección de esos términos refleja, en nuestra opinión, que esa parte del análisis debe centrarse, en primer lugar, en la identificación de los riesgos específicos que crearía no alcanzar el objetivo perseguido, es decir, la "naturaleza" de tales riesgos.[3186]

7.1292. Según explicó el Órgano de Apelación, los "riesgos" que están evaluándose son "los que crearía el hecho de 'no alcanzar[]' el 'objetivo legítimo' del reglamento técnico en litigio".[3187] Por lo tanto, esa evaluación está relacionada con la naturaleza y el carácter esenciales de los riesgos en cuestión y las consecuencias que surgirían en caso de *no* alcanzar el objetivo de la medida. Esta cuestión no depende, por tanto, del grado en que la medida impugnada (o cualquier medida alternativa propuesta) alcanza el objetivo. Más bien, según lo expresa Australia, en la medida en que el objetivo es constante, la *naturaleza* de los riesgos relacionados con el hecho de *no* alcanzar ese objetivo será también constante, con independencia del instrumento utilizado para hacer frente a dichos riesgos.

7.1293. En realidad, desde una perspectiva analítica, equivaldría a la utilización de una lógica circular evaluar si cualquiera de las alternativas haría una contribución equivalente al objetivo, "teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo", e identificar esos "riesgos" en primer lugar con referencia a la comparación de sus grados de contribución al objetivo. Como Australia señala[3188], ese enfoque impediría que el hecho de "ten[er] en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" fuese "otro elemento" bien diferenciado[3189] del análisis. Por las mismas razones, identificar los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo tampoco conlleva, en nuestra opinión, evaluar la "probabilidad" de que la medida impugnada no cumpla su objetivo o hasta qué punto es probable que la medida impugnada no alcance su objetivo en comparación con las medidas alternativas propuestas por los reclamantes.

7.1294. En esta etapa no formulamos determinación alguna respecto del alcance de la "probabilidad" de no alcanzar el objetivo perseguido, ya sea en virtud de las medidas impugnadas o de cualquier medida alternativa propuesta. Dicho lo cual, no excluimos la posibilidad de que esa pueda ser una consideración pertinente en otras partes de nuestro análisis con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, como en el contexto de un análisis comparativo de los grados respectivos de contribución al objetivo de la medida impugnada y las medidas alternativas y de la cuestión de si

[3184] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 422. Véase también la respuesta de Indonesia a la pregunta 65 del Grupo Especial.

[3185] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.467. (sin cursivas en el original)

[3186] Observamos también que, hasta la fecha, ningún informe del Órgano de Apelación que examine "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC ha evaluado, en su consideración de la "naturaleza de los riesgos" en cuestión, la probabilidad de que se creen riesgos, o identificado una prescripción que obligue a los grupos especiales a hacer esa evaluación. Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*; *Estados Unidos - EPO*; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México).*

[3187] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.277. El párrafo 2 del artículo 2 se refiere a "*the risks non-fulfilment would create*"/"*des risques que la non-réalisation entraînerait*"/"los riesgos que crearía no alcanzarlo" -en lugar de a "*the risks of non-fulfilment*"/"*des risques de la non-réalisation*"/"los riesgos de no alcanzarlo", respectivamente.

[3188] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 542.

[3189] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 321.

las medidas alternativas propuestas "haría[n] una contribución equivalente al objetivo legítimo de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo".[3190]

7.1295. Asimismo, observamos que, según se reconoce, la naturaleza de los riesgos en cuestión es esencialmente la misma en relación con los diferentes tipos de productos de tabaco. Como señala Honduras, fumar tabaco produce riesgos para la salud "con independencia de que una persona fume cigarrillos, cigarros (puros) u otros productos de tabaco".[3191] Tomamos nota de que el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos llega a esa misma conclusión y señala que "no hay nivel inocuo de exposición al humo del tabaco".[3192]

7.1296. Tomamos nota del argumento de la República Dominicana de que el riesgo de daño causado por el consumo de tabaco no es lo que procede indagar en estos procedimientos[3193] y que, más bien, el riesgo de no alcanzar el objetivo debe ser "el riesgo de que haya un mayor número de fumadores"[3194], habida cuenta del objetivo de reducir el número de fumadores. La República Dominicana relaciona ese argumento con el objetivo de las medidas TPP, que define como la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco.[3195] Como ya se ha indicado, hemos determinado más arriba que el objetivo perseguido por Australia no se limita a reducir la prevalencia del consumo de tabaco, sino que también abarca reducir "el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".[3196] Además, observamos que, incluso en el supuesto de que el objetivo se limitase a reducir la prevalencia del consumo de tabaco, ello no implicaría que la naturaleza del riesgo de no alcanzar ese objetivo conllevara solo una situación en la que habría un "mayor número" de fumadores, ya que, en realidad, entrañaría también una situación en la que no se reduciría ese número, es decir, una situación en la que el número de fumadores se mantendría invariable. En consecuencia, no estamos de acuerdo con la República Dominicana en que la naturaleza de los riesgos de no alcanzar el objetivo se limite al riesgo de que haya un "mayor número de fumadores".

7.2.5.5.2.2 La gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo

7.1297. Hemos constatado que la naturaleza de los riesgos de no alcanzar el objetivo de las medidas TPP consiste en que la salud pública no mejoraría por cuanto no se reduciría el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Por consiguiente, las consecuencias de no alcanzar ese objetivo conllevan un problema de salud pública como resultado de no reducirse el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Ese problema de salud pública está relacionado con las consecuencias del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos en general, y más específicamente dentro de Australia, dado que las medidas impugnadas se aplican para alcanzar su objetivo y tienen esa finalidad en Australia.

7.1298. En cuanto a las consecuencias del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos en general, Australia señala que el tabaco es "un producto de características excepcionales, sumamente adictivo y mortífero", y "el único producto de consumo legal que causa la muerte a la mitad de sus consumidores a largo plazo cuando se utiliza exactamente del modo previsto por el fabricante".[3197]

7.1299. Australia se refiere a diversos documentos y recomendaciones de la OMS, así como a informes del Director General de Sanidad de los Estados Unidos, en los que se prueban documentalmente las consecuencias del consumo de tabaco para la salud pública:

> El consumo de tabaco es la primera causa mundial de morbilidad y mortalidad prevenibles, y se ha clasificado como epidemia mundial con arreglo al CMCT. El consumo de tabaco causa la muerte de cerca de 6 millones de personas al año, incluidos 600.000 no fumadores expuestos al humo de tabaco ajeno. No hay un nivel

[3190] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.
[3191] Respuesta de Honduras a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3192] Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos, hoja informativa: "*Cigar Smoking and Cancer*", 27 de octubre de 2010, <http://www.cancer.gov/cancertopics/factsheet/Tobacco/cigars/>, consulta realizada el 25 de febrero de 2015 (Prueba documental AUS-40).
[3193] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1009.
[3194] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1008.
[3195] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1009.
[3196] Véase la sección 7.2.5.1.1.2 *supra* con respecto al objetivo de las medidas.
[3197] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 1 y 28-30.

> inocuo de consumo de tabaco o un nivel inocuo de exposición al humo de tabaco ajeno o ambiental. El consumo de tabaco es nocivo para casi todos los órganos del cuerpo.[3198]

7.1300. En relación con las consecuencias específicas del *consumo* de tabaco, Australia señala:

> Las opiniones científicas autorizadas han llegado a la conclusión de que fumar causa muchas formas de cáncer (de pulmón, laringe, labios, lengua, boca, faringe, esófago, páncreas, vejiga, riñón, cérvix, estómago y leucemia mieloide aguda, cáncer de hígado y cáncer del tracto urinario), accidentes cerebrovasculares, enfermedades vasculares periféricas, enfermedades pulmonares obstructivas crónicas, varias enfermedades cardiovasculares graves, muchos tipos de enfermedades y trastornos respiratorios y otros tipos de enfermedades.[3199]

7.1301. En lo que respecta a las consecuencias específicas de la *exposición* al tabaco, Australia se refiere en particular a un informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos, y concluye que "según opiniones científicas autorizadas, la inhalación involuntaria de humo de tabaco ('consumo pasivo de tabaco') 'causa defunciones y enfermedades prematuras en niños y en adultos que no fuman', con inclusión de cáncer de pulmón, cardiopatías coronarias y síndrome de muerte súbita del lactante (SIDS)".[3200]

7.1302. Australia añade que "todos los productos de tabaco son sumamente adictivos"[3201]:

> La nicotina es la sustancia química del tabaco causante de la adicción. Estudios de la OMS y de instituciones de gran prestigio internacional, como el Real Colegio de Médicos de Londres, han llegado a la conclusión de que los procesos farmacológicos y conductuales que determinan la adicción al tabaco son similares a los que determinan la adicción a otras drogas, tales como la heroína y la cocaína.[3202]

7.1303. Australia señala que "todos los productos de tabaco contienen cantidades sustanciales de nicotina".[3203] Además, Australia afirma que "las propiedades adictivas de la nicotina son decisivas en la transición de los fumadores del consumo de tabaco experimental al consumo de tabaco "duradero y en la persistencia del consumo de tabaco para la mayoría de los fumadores que desean abandonarlo".[3204] Según Australia, "las estadísticas indican que el 95% de todos los intentos de abandono se saldan con un fracaso; hasta ese punto es adictiva la nicotina".[3205]

7.1304. Por consiguiente, según sostiene Australia, hay una "'epidemia mundial de tabaquismo' que afecta a todos los Miembros de la OMC". Australia destaca que "la OMC estima que si las

---

[3198] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 23 (donde se hace referencia a una nota descriptiva de la OMS sobre el tabaco (Prueba documental AUS-28); las recomendaciones de política de la OMS sobre el humo de tabaco ajeno (Prueba documental AUS-24), página 2; y el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2004 (Prueba documental AUS-25), página 25). Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial.

[3199] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 28 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2004 (Prueba documental AUS-25), página 4, cuadro 1.1; e informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2014 (Pruebas documentales AUS-37, DOM-104, CUB-35), página 113).

[3200] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 29 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2006 (Prueba documental AUS-39), página 7).

[3201] Primera comunicación escrita de Australia, epígrafe II.A.1. (no se reproducen las negritas) Véanse *ibid.,* los párrafos 24-29.

[3202] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 24 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1988 (Prueba documental AUS-29), página 9; a la publicación *Nomenclature and Classification of Drug- and Alcohol-Related Problems: A WHO Memorandum* (Prueba documental AUS-30); y al Informe del Real Colegio de Médicos de Londres de 2000 (Prueba documental AUS-31), página xiv).

[3203] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 25 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1988 (Prueba documental AUS-29), página 9).

[3204] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 27 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2014 (Pruebas documentales AUS-37, DOM-104, CUB-35), página 113; y al informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 48).

[3205] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 27 (donde se hace referencia al informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 50).

actuales tendencias continúan, el número anual de vidas que se cobrará el tabaquismo en todo el mundo podría aumentar hasta más de 8 millones para 2030".[3206] Australia añade que, de acuerdo con la OMS y la secretaría del CMCT[3207] "el consumo de tabaco y la exposición al tabaco tienen amplias consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas".[3208] Además, de acuerdo con la Unión Internacional para el Control del Cáncer y el Consejo contra el Cáncer de Australia, "el consumo de tabaco es el único factor común de riesgo de las cuatro principales enfermedades no transmisibles (enfermedades cardiovasculares, cáncer, enfermedades respiratorias crónicas y diabetes)".[3209]

7.1305. En lo que respecta al consumo de tabaco específicamente en Australia, este país explica lo siguiente:

> El consumo de tabaco sigue siendo una de las principales causas de enfermedades prevenibles y muertes prematuras en Australia. Según las estimaciones, la mortalidad anual atribuible al tabaquismo en Australia desde 2000 "ha variado entre 15.000 y 20.000 defunciones, aproximadamente, explicándose las diferencias por la metodología aplicada". Hasta dos de cada tres fumadores australianos morirán prematuramente a causa de enfermedades relacionadas con el tabaquismo.[3210]

7.1306. Australia añade que "se prevé que los costos sociales y económicos del consumo de tabaco en Australia, estimados en 31.500 millones de dólares australianos en 2004, sigan aumentando, ya que las enfermedades y efectos en la salud causados por el consumo de tabaco pueden tardar muchos años en manifestarse".[3211]

7.1307. Los reclamantes no niegan las consecuencias nocivas del consumo de tabaco en general, ni rebaten las pruebas y los argumentos específicos presentados por Australia a ese respecto y expuestos *supra*, ya sean de alcance general o se refieran específicamente a Australia. Cuba "acepta sin reservas que el consumo de tabaco tiene graves consecuencias para la salud pública y reconoce que las pruebas científicas han establecido inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo del tabaco son causa de fallecimientos, enfermedades y discapacidades".[3212] Honduras fue también clara al afirmar, al comienzo de estas actuaciones, que "la diferencia no se refiere a la cuestión de si el consumo de tabaco es peligroso o si afecta a la salud de muchas personas en Australia y en todo el mundo, como es el caso".[3213] De modo similar, Indonesia observó, al comienzo, que "la cuestión que el Grupo Especial tiene ante sí no se refiere a si el tabaco es o no perjudicial"[3214], y añadió que:

> nadie, y menos aún Indonesia, cree que el consumo de tabaco sea saludable. La mayoría de los países, incluida Indonesia, reconocen que el consumo de tabaco de diversas formas puede dar lugar a enfermedades y, en algunos casos, a fallecimientos prematuros.[3215]

[3206] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 31 (donde se hace referencia al CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), página 33; y al Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2011 (Pruebas documentales AUS-43, HND-142), página 8).

[3207] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 5.

[3208] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 32.

[3209] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 32 (donde se hace referencia al escrito *amici curiae* de la UICC y el CCA (Prueba documental AUS-38), párrafo 4.2.

[3210] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 34 (donde se hace referencia al informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 100; y Banks *et al*. 2015 (Prueba documental AUS-27), página 38).

[3211] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 35 (donde se hace referencia a D.J. Collins y H.M. Lapsley, *The Costs of Tobacco*, *Alcohol and Illicit Drug Abuse to Australian Society in 2004/2005: A Report for the Commonwealth of Australia*,*2008* (Collins y Lapsley, 2008) (Prueba documental AUS-47), página xi; y al informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 94 (donde se señala lo siguiente: "El modelo en cuatro etapas de la evolución de la epidemia de tabaquismo y sus consecuencias desarrollado por López y sus colegas (Lopez, Collishaw *et al.* 1994) refleja la experiencia adquirida a lo largo del último siglo en la observación del aumento y la disminución del consumo de tabaco y el aumento y la disminución paralelos, aunque retardados, de las principales enfermedades causadas por el consumo de tabaco")).

[3212] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 3.

[3213] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 1.

[3214] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 8.

[3215] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 7.

7.1308. De modo similar, la República Dominicana menciona, sin criticarlas, diversas declaraciones de Australia acerca de las consecuencias nocivas del consumo de tabaco:

> En reuniones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, Australia se ha referido a la escala de la epidemia mundial de tabaquismo. Citando el Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2011, Australia señala lo siguiente:
>
> > El consumo de tabaco sigue siendo la principal causa mundial de mortalidad prevenible, y ocasiona la muerte de unos 6 millones de personas y daños económicos por valor de cientos de miles de millones de dólares en todo el mundo cada año ... Si las actuales tendencias continúan, para 2030, el tabaco causará la muerte de más de 8 millones de personas en el mundo cada año, el 80% de las cuales viven en países de ingresos bajos y medianos.
>
> Australia ha destacado también los riesgos específicos y los costos derivados de fumar tabaco en Australia. En el Memorándum explicativo del *Proyecto de Ley [T]PP*, el Gobierno de Australia señaló lo siguiente:
>
> > Fumar tabaco sigue siendo una de las principales causas de mortalidad y morbilidad prevenibles entre los australianos, y causa la muerte de más de 15.000 australianos cada año.[3216]

7.1309. La particular gravedad de las consecuencias de no reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos se ha reconocido también en el CMCT, en cuyo preámbulo se afirma que "la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad" y que "la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública".[3217]

7.1310. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que es un hecho ampliamente reconocido, y no controvertido en estos procedimientos, que las consecuencias para la salud pública del consumo de tabaco y la exposición a este, incluso en Australia, son particularmente graves.

7.1311. A ese respecto, tenemos también presente la determinación del Órgano de Apelación en *CE - Amianto* de que proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos que entrañan para la salud y la vida de las personas las fibras de amianto era un "objetivo ... vital y de la máxima importancia".[3218] Análogamente, en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que "pocos intereses son más 'vitales' e 'importantes' que la protección de los seres humanos frente a riesgos sanitarios".[3219] Asimismo, tomamos nota de que el "riesgo grave para la salud humana" derivado del consumo de tabaco ha sido reconocido anteriormente en procedimientos de solución de diferencias del GATT y de la OMC.[3220]

7.1312. Según se ha indicado, algunos reclamantes sostienen que deberíamos evaluar la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias específicamente para los diferentes productos de tabaco, o en función de determinados grupos de edad y sociales. En particular, la

---

[3216] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 140-141. (no se reproducen las notas del original)

[3217] Véase el CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), quinto y segundo considerandos del preámbulo, respectivamente. Véanse también *ibid.,* el artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 8. Véase también el escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), sección 1.1.

[3218] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 172.

[3219] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 144. Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.347.

[3220] Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial del GATT, *Tailandia - Cigarrillos*, párrafo 73 ("En coincidencia con las partes en la diferencia y con el experto de la OMS, el Grupo Especial admitió que el hábito de fumar representaba un riesgo grave para la salud humana y que, en consecuencia, las medidas destinadas a reducir el consumo de cigarrillos estaban incluidas en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX"); e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.1 ("Los cigarrillos son intrínsecamente nocivos para la salud de las personas, como reconocen la OMS, la comunidad científica y ambas partes en esta diferencia").

República Dominicana aduce que los riesgos deberían considerarse por separado para los cigarrillos y los cigarros (puros), ya que, en su opinión, ninguna prueba muestra "efecto alguno de las medidas [T]PP en la reducción de la prevalencia de fumadores o del consumo respecto de los productos de tabaco en general, o de los cigarros".[3221]

7.1313. Como se ha descrito anteriormente, las medidas TPP se aplican a una amplia gama de productos de tabaco, tal como se definen en la Ley TPP, incluidos los cigarrillos y los cigarros, y no se discute que la *naturaleza* de los riesgos relacionados con el consumo de los diferentes productos de tabaco, incluidos los cigarrillos y los cigarros, es esencialmente la misma.[3222] En cuanto a la distinción entre cigarrillos y cigarros, tomamos nota de las afirmaciones de Australia, hechas en referencia a diversas publicaciones científicas, de que los cigarros pueden liberar concentraciones de nicotina comparables a las de los cigarrillos:

> Todos los productos de tabaco contienen cantidades sustanciales de nicotina; los cigarrillos son especialmente eficaces en la liberación de nicotina. De modo similar, los cigarros pueden liberar nicotina en concentraciones comparables a las de los cigarrillos y el tabaco sin humo: un único cigarro grande puede contener tanto tabaco como un paquete entero de cigarrillos, y fumarlo puede requerir entre una y dos horas.[3223]

7.1314. Australia explica también, haciendo referencia a las fuentes pertinentes, incluido el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos y el CCV, que los cigarros contienen mayores cantidades de sustancias nocivas que los cigarrillos. "El humo de los cigarros, al igual que el humo de los cigarrillos, contiene sustancias químicas tóxicas y causantes de cáncer que son nocivas tanto para los fumadores como para los no fumadores. Sin embargo, las cantidades de esas sustancias halladas en el humo de los cigarros son mucho mayores. El consumo de cigarros está causalmente relacionado con el cáncer, las enfermedades cardiovasculares y las enfermedades pulmonares crónicas ...".[3224] La OMS y la secretaría del CMCT han afirmado también que "el humo de los cigarros contiene los mismos componentes tóxicos que el humo de los cigarrillos, y el hábito de fumar cigarros causa muchas de las enfermedades también causadas por el hábito de fumar cigarrillos".[3225]

7.1315. Los reclamantes no refutan esas afirmaciones fácticas de Australia ni las pruebas en las que Australia se basa a ese respecto, que indican que la gravedad de las consecuencias de fumar cigarros es comparable a la de las consecuencias de fumar cigarrillos.

7.1316. En lo que respecta a los grupos de edad específicos, observamos que los reclamantes no rebaten los argumentos de Australia sobre el particular efecto de salud pública en los jóvenes y

---

[3221] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 65 del Grupo Especial.

[3222] Véase el párrafo 7.1295 *supra*.

[3223] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 25 (donde se hace referencia al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1988 (Prueba documental AUS-29), página 9; al informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 40; al monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 9 (Pruebas documentales AUS-33, DOM-149), página 11; y a Cigarros: hechos y cifras (Prueba documental AUS-34)).

[3224] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 30 (donde se hace referencia a la hoja informativa del NCI sobre los cigarros (Prueba documental AUS-40); a Consejo contra el Cáncer de Victoria, Quit Victoria, Heart Foundation y VicHealth, Comunicación sobre el empaquetado genérico del tabaco: enfoque propuesto para los productos de tabaco distintos de los cigarrillos (28 de octubre de 2011) (Prueba documental AUS-41), páginas 2-3; y al informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 75-77). Véase también el monográfico del NCI sobre el control del tabaco Nº 9 (Pruebas documentales AUS-33, DOM-149), página 19, "Conclusiones generales":

> 1. Fumar cigarros puede causar cáncer de boca, esófago, laringe y pulmón. Los fumadores habituales de cigarros que inhalan el humo, en particular los que fuman varios cigarros al día, tienen un mayor riesgo de sufrir cardiopatías coronarias y enfermedades pulmonares obstructivas crónicas.
>
> 2. Los fumadores habituales de cigarros tienen un riesgo de sufrir cáncer de boca y esófago similar al que corren los fumadores de cigarrillos, pero tienen un riesgo menor de sufrir cáncer de pulmón y laringe, cardiopatías coronarias y enfermedades pulmonares obstructivas crónicas.

[3225] Escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 3.

adolescentes que consumen tabaco y están expuestos a él, o la pertinencia de esos argumentos en el contexto australiano:

> Como los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos destacan en su informe *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs 2014* (Prácticas óptimas para la elaboración de programas integrales de control del tabaco - 2014), las estrategias de control del tabaco deben abarcar todas las conductas tabáquicas. En el informe se señala que un régimen integral de control del tabaco debe abarcar: la iniciación de los jóvenes y los jóvenes adultos; el abandono entre los jóvenes y los adultos; la exposición al humo ajeno; y las disparidades relacionadas con el tabaco entre los grupos de población. En particular, es importante prestar especial atención a prevenir la iniciación de los jóvenes, ya que la juventud y la adolescencia constituyen el período decisivo en el que es probable que se produzca la iniciación al consumo de productos de tabaco. Además, los datos muestran que las personas que empiezan a fumar pronto tienen más probabilidades de seguir fumando.[3226]

7.1317. Por consiguiente, concluimos que, desde una perspectiva de salud pública, las consecuencias de no alcanzar el objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos son especialmente graves para los jóvenes. También observamos que, en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, tanto el Órgano de Apelación como el Grupo Especial reconocieron la particular importancia de reducir el consumo de tabaco por los jóvenes.[3227]

7.1318. Observamos asimismo que los reclamantes tampoco niegan las afirmaciones de Australia de que las poblaciones aborigen e isleña del Estrecho de Torres están desproporcionadamente afectadas por el consumo de tabaco en comparación con el resto de la población australiana:

> Las consecuencias nocivas del consumo de tabaco afectan de manera desproporcionada a las comunidades desfavorecidas, y los fumadores tienen en Australia el doble de probabilidades que los no fumadores de haber sido diagnosticados o tratados en relación con una enfermedad mental. El tabaquismo es responsable del 12,1% de la carga de morbilidad total y del 20% de las defunciones de las poblaciones aborigen e isleña del Estrecho de Torres.
>
> ...
>
> Las poblaciones aborigen e isleña del Estrecho de Torres tienen una tasa de consumo de tabaco mucho más elevada que los australianos de origen no indígena, y el 41,6% de las poblaciones aborigen e isleña del Estrecho de Torres de más de 15 años fuma a diario. En 2012-2013, el consumo de tabaco habitual diario era más prevalente entre las poblaciones aborigen e isleña del Estrecho de Torres que entre la población de origen no indígena en todos los grupos de edad.[3228]

7.1319. Por último, tenemos presente la observación hecha por Australia y no controvertida por los reclamantes de que "[n]o hay un nivel inocuo de consumo de tabaco o un nivel inocuo de exposición al humo de tabaco ajeno o ambiental".[3229] Interpretamos que esa observación insiste en la particular gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

[3226] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 43 (donde se hace referencia al informe *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs* de los USCDC (Prueba documental AUS-50), página 19; y al informe sobre la NDSHS de 2013 (Prueba documental AUS-48), página 22).

[3227] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 236; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.347.

[3228] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 34 y 37 (donde se hace referencia al informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafo 103; informe sobre la NDSHS de 2010 (Pruebas documentales AUS-45, DOM-280), página 22; Vos *et al.* 2007 (Prueba documental AUS-46), página 55; y Oficina de Estadística de Australia, "*Australian Aboriginal and Torres Strait Islander Health Survey*, *Updated Results*,*2012-2013*", Nº de cat. 4727.0.55.006 (2014) (Prueba documental AUS-49)).

[3229] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 23 (donde se hace referencia a las Recomendaciones normativas de la OMS sobre el humo de tabaco ajeno (Prueba documental AUS-24), página 2). Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 538.

Asimismo, recordamos a ese respecto que normalmente cabría esperar que la gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo legítimo del reglamento técnico "se correspondiera, al menos en cierta medida, con la importancia que reviste el objetivo para el Miembro de que se trate".[3230] Australia ha destacado la importancia que tiene para ella el objetivo de salud pública perseguido por la Ley TPP; en particular, ha afirmado que "los intereses en juego son de la máxima importancia"[3231] y ha destacado "la importancia fundamental de un enfoque integral respecto del control del tabaco".[3232]

7.1320. Nuestras conclusiones no se modifican porque exista el artículo 15 de la Ley TPP, que establece que esa Ley no será aplicable cuando su aplicación infrinja determinados derechos protegidos por la Constitución, tales como la adquisición de propiedad en términos no justos.[3233] Indonesia sostiene que, "como Australia está dispuesta a abandonar [las medidas TPP], antes que a pagar compensaciones, está claro que Australia cree que hay poco riesgo para la salud pública en el hecho de no permitir que [las medidas TPP] alcancen [su] objetivo de salud pública (es decir, el riesgo de no alcanzar el objetivo es desdeñable)".[3234] Sin embargo, no estamos persuadidos de que, como argumenta Indonesia, el hecho de que esa disposición exista en la Ley TPP, y prevea la posibilidad de que las prescripciones de esa Ley no se apliquen si se constata que el resultado es una adquisición injusta de bienes con arreglo a la Constitución de Australia, constituya una prueba de que el objetivo de salud pública de la Ley TPP, en relación con la reducción del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, o la posibilidad de que las medidas TPP contribuyan a ese objetivo, no son importantes para Australia.[3235]

7.2.5.5.2.3 Conclusión sobre la naturaleza de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo y la gravedad de sus consecuencias

7.1321. Más arriba hemos determinado que la evaluación por un grupo especial de "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" conlleva, en primer lugar, *identificar* la naturaleza y la gravedad de "los riesgos que crearía no alcanzarlo", y que ello no conlleva comparar las medidas impugnadas y las posibles medidas alternativas ni considerar sus respectivos grados de contribución al objetivo. Más bien, esa identificación implica la evaluación de los dos aspectos fundamentales siguientes: la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo de las medidas impugnadas.

7.1322. Teniendo presente la interpretación que precede, considerando el objetivo de las medidas TPP y teniendo en cuenta, en particular, las pruebas científicas y técnicas disponibles, hemos constatado que la naturaleza de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo consiste en que la salud pública no mejoraría por cuanto no se reduciría el consumo de productos de tabaco y

---

[3230] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.279. Al hacer esta afirmación, el Órgano de Apelación sostuvo que "[a]hora bien, esto no significa que la importancia *relativa* de un objetivo, determinada en contraste con otros posibles objetivos que podría perseguir un Miembro, sea un factor directamente pertinente para 'ten[er] en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]' en el marco del párrafo 2 del artículo 2". *Ibid.,* (las cursivas figuran en el original). Para el Órgano de Apelación, los términos del párrafo 2 del artículo 2 "no connotan los tipos de juicios que habría que hacer para determinar si un objetivo es, en términos comparativos, más o menos importante que otros objetivos". *Ibid.*, párrafo 5.278.

[3231] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 697.

[3232] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 38.

[3233] Ley TPP, Esquema simplificado del capítulo 1, artículo 15 (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 13.

[3234] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 425.

[3235] Observamos también que el artículo 15 de la Ley TPP asegura que la propia Ley "no será aplicable cuando su aplicación infrinja determinados derechos protegidos por la Constitución (tales como la adquisición de propiedad en términos no justos)". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 13, Esquema simplificado del capítulo 1. Como Australia explica, el Tribunal Supremo de Australia confirmó la constitucionalidad de las medidas TPP respecto de la cuestión específica tratada en el artículo 15. Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 693. De hecho, el Tribunal Supremo respondió "No" a la primera y principal pregunta sustantiva que se sometió a su consideración, cuyo tenor fue el siguiente: "Aparte del artículo 15 de la Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), las disposiciones de esa Ley o algunas de ellas, ¿darían por resultado una adquisición de propiedad de los reclamantes o de alguno de ellos y, en caso afirmativo, de qué bienes, en términos que no sean justos, de un tipo al que es aplicable el artículo 51(xxxi) de la Constitución?" *JTI v. Commonwealth* (Pruebas documentales AUS-500, CUB-50), página 2. El Grupo Especial observa que Honduras e Indonesia presentaron también extractos de esa decisión del Tribunal Superior como pruebas documentales. Véanse las pruebas documentales HND-53 e IDN-86.

la exposición a estos productos. También hemos constatado que las consecuencias de salud pública de no alcanzar ese objetivo son particularmente graves.

7.1323. Habiendo identificado los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo, según se ha explicado tendremos en cuenta esos riesgos en las partes ulteriores de nuestro análisis global con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.2.5.6 La cuestión de si hay medidas alternativas menos restrictivas del comercio razonablemente disponibles para Australia

7.1324. Como hemos observado *supra*, la cuestión de si un reglamento técnico "restring[e] el comercio *más de* lo necesario", en el sentido de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y crea, por ello, un "obstáculo[] innecesario[] al comercio internacional", en el sentido de la primera frase, puede establecerse sobre la base de un "análisis comparativo"[3236] de la medida impugnada y posibles medidas alternativas que estén razonablemente disponibles *y* sean menos restrictivas del comercio que la medida impugnada, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo.[3237]

7.1325. Dado que hemos determinado *supra* que las medidas TPP contribuyen a su objetivo y también restringen el comercio, consideramos ahora si, como los reclamantes aducen, estarían razonablemente disponibles para Australia determinadas medidas alternativas que restringen *menos* el comercio para lograr una contribución equivalente a su objetivo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.

7.1326. Las partes han examinado con detalle la manera en que debería llevarse a cabo ese análisis comparativo. Aclaramos primero, por lo tanto, nuestro enfoque general, antes de pasar a considerar cada una de las medidas alternativas propuestas por los reclamantes.

7.2.5.6.1 Enfoque del Grupo Especial

7.2.5.6.1.1 Principales argumentos de las partes

7.1327. Honduras aduce que en la comparación que se lleva a cabo en la segunda parte de una evaluación de la "necesidad" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 debería considerarse "si la alternativa propuesta es menos restrictiva del comercio, si haría una contribución equivalente al objetivo legítimo pertinente, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, y si está razonablemente disponible".[3238]

7.1328. Honduras aduce que el Grupo Especial debe evaluar la contribución de las medidas TPP y de la medida alternativa identificada por los reclamantes con respecto al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo la prevalencia del consumo de tabaco.[3239] Honduras aduce además que, a efectos de la comparación del grado de contribución, el Grupo Especial debe haber determinado previamente con claridad y precisión el grado de contribución que la medida impugnada hace al logro del objetivo legítimo.[3240] Honduras sostiene asimismo que la medida alternativa propuesta puede lograr un grado equivalente de contribución de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio, y que el Grupo Especial tiene un margen de

[3236] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 376; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.212.

[3237] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 320-323; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 379; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.213. Como ha observado el Órgano de Apelación, puede haber circunstancias en las que un análisis comparativo de esta naturaleza puede ser innecesario; por ejemplo, si la medida impugnada no restringe el comercio o no hace ninguna contribución al logro del objetivo legítimo perseguido. Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322, nota 647; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 376, nota 748.

[3238] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 807 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322).

[3239] Respuesta de Honduras a la pregunta 64 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 7.597-7.599). Véase también la respuesta de Honduras a la pregunta 69 del Grupo Especial (donde se cita la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 68).

[3240] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 822 y 934.

apreciación en esa evaluación.[3241] A juicio de Honduras, ello puede tener una repercusión en la naturaleza de las pruebas disponibles y la evaluación cualitativa o cuantitativa que se haga de su contribución.[3242] Honduras añade que las "pruebas cuantitativas demuestran innegablemente que el empaquetado genérico no ha dado lugar a una reducción del consumo de tabaco en los tres primeros años de aplicación, y las proyecciones cuantitativas, así como el análisis cualitativo de los determinantes del consumo de tabaco, confirman que no tiene capacidad para hacerlo, y mucho menos para hacerlo de un modo significativo". Honduras aduce que, en cambio, "el respaldo cuantitativo y cualitativo para el aumento de impuestos o el aumento de la [edad mínima para la compra legal (EMCL)] es abrumador", y que "el mecanismo de escrutinio previo se centra en los mismos mecanismos, pero es, simplemente, más específico".[3243]

7.1329. Honduras señala que el Órgano de Apelación hace referencia simplemente a una medida alternativa que restrinja "menos" el comercio.[3244] A juicio de Honduras, el punto de partida es la medida impugnada y su restrictividad del comercio y el grado de esta, lo que significa que, en el contexto de los presentes procedimientos, el Grupo Especial debe analizar si, y en qué grado, tanto las medidas TPP como las alternativas propuestas tienen una repercusión en las condiciones de competencia en el mercado en Australia.[3245]

7.1330. Honduras aduce además que la determinación con respecto a los "riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" afectará tanto al análisis comparativo como al de la relación, en la misma medida. Por ejemplo, si una medida entraña riesgos insignificantes de no alcanzar el objetivo, esa determinación afectará a las conclusiones extraídas en el marco del análisis comparativo de la relación, en la misma medida, y también afectará a la conclusión global de la evaluación de la "necesidad" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[3246]

7.1331. Honduras también sostiene que en el análisis comparativo del Grupo Especial solo pueden considerarse medidas alternativas que estén razonablemente disponibles para el Miembro de la OMC importador[3247], y que ello incluye medidas que consistan en un aumento de la magnitud o una mejora de una medida existente.[3248] A juicio de Honduras, la cuestión pertinente para la comparación es si la contribución global es equivalente, y, por lo tanto, el punto de partida es el grado global de contribución que el reglamento técnico hace al objetivo de reducción del consumo de tabaco perseguido.[3249]

7.1332. Honduras sostiene que la invocación por Australia de las resoluciones de *Brasil - Neumáticos recauchutados* induce a error y está sacada de contexto, por lo que la analogía que establece entre los hechos de *Brasil - Neumáticos recauchutados* y los presentes procedimientos es inexacta.[3250] En cualquier caso, Honduras sostiene que las medidas TPP no son un elemento fundamental del régimen normativo de control del tabaco de Australia, y que sería incorrecto

[3241] Respuesta de Honduras a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3242] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.254-5.255.
[3243] Respuesta de Honduras a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3244] Respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 471).
[3245] Respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3246] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 822.
[3247] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 823 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 320, 321 y 322).
[3248] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 823 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.186).
[3249] Respuesta de Honduras a la pregunta 157 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.2).
[3250] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 687-688. Véanse también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 689 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 91; los informes del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafos 7.186, 7.568-7.590; y los informes del Grupo Especial, *China - Materias primas*, párrafo 7.568); la respuesta de Honduras a la pregunta 161 del Grupo Especial; y las observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial.

afirmar que las muchas otras medidas de control del tabaco de Australia correrían el riesgo de verse socavadas si el empaquetado genérico no estuviera en vigor.[3251]

7.1333. La República Dominicana aduce que, "al realizar el análisis relacional de la cuestión de si una medida 'restring[e] el comercio más de lo necesario para alcanzar' su objetivo, un grupo especial generalmente se apoya en el 'instrumento conceptual' de las alternativas menos restrictivas del comercio".[3252] Al evaluar cada alternativa menos restrictiva del comercio presentada por un reclamante, un grupo especial debe "considerar, en particular, si la alternativa propuesta restringe el comercio menos que la medida impugnada, si haría una contribución equivalente al objetivo legítimo pertinente (teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo) y si está razonablemente disponible".[3253]

7.1334. La República Dominicana sostiene que los medios declarados para lograr un objetivo no pueden ser también los objetivos propiamente dichos, porque cualquier alternativa tendría que contribuir por los mismos medios (es decir, los "objetivos específicos" de Australia) que el empaquetado genérico, "incluso si la alternativa contribuyera más al objetivo último de reducir el consumo de tabaco". Por consiguiente, la evaluación por el Grupo Especial de las medidas TPP y de las alternativas debe llevarse a cabo con respecto al "objeto de reducir la conducta tabáquica" de la Ley TPP.[3254]

7.1335. Además, la República Dominicana aduce que una medida propuesta es una alternativa si es diferente de una medida existente en sus efectos sustantivos, lo que incluye una diferencia con respecto al alcance de la contribución al objetivo pertinente.[3255] Por lo tanto, "si una medida existente puede ser modificada, ampliada o mejorada de manera que haga una contribución al objetivo al menos equivalente a la de la medida impugnada, esa medida mejorada puede constituir una 'alternativa'".[3256] La República Dominicana sostiene que en *Brasil - Neumáticos recauchutados* el Órgano de Apelación y el Grupo Especial encargado de ese asunto no constataron que reforzar una medida que ya ha sido aplicada "en parte" no pueda ser una alternativa, o que una "variación" más rigurosa de una medida existente no sea una alternativa.[3257] Siempre que una medida alternativa "entrañe un elemento de reglamentación *nuevo* que haga una contribución equivalente a cualquier contribución hecha por una medida impugnada, sustituir la medida impugnada por la medida alternativa *no* reducirá la contribución que se hace al objetivo de salud pública, aunque las medidas operen de manera diferente, en momentos diferentes y con sinergias diferentes".[3258]

7.1336. La República Dominicana sostiene que un grupo especial solo necesita establecer que las medidas alternativas son menos restrictivas del comercio que la medida impugnada, "lo que no necesariamente exige una determinación de los niveles absolutos de restricción de cada medida".[3259] La República Dominicana sostiene que, al hacer la comparación de la restrictividad del comercio, un grupo especial debe tener presente que un reglamento técnico impugnado y las medidas alternativas propuestas pueden utilizar instrumentos reglamentarios diferentes que pueden entrañar una pérdida de oportunidades de competencia diferentes. A juicio de la República Dominicana, "la restrictividad relativa de las medidas no puede ... compararse por medio de una

[3251] Respuesta de Honduras a la pregunta 161 del Grupo Especial; y observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a las preguntas 157 y 158 del Grupo Especial.
[3252] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 970.
[3253] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 971.
[3254] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 64 del Grupo Especial.
[3255] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 631; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 153 del Grupo Especial.
[3256] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 689; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 153 del Grupo Especial. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 631 y 659 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.186).
[3257] Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la respuesta de Australia a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafo 70); y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 157 del Grupo Especial. Véanse también las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a las preguntas 148 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.167-169; y el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 158), 151 y 158 del Grupo Especial.
[3258] Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial. (las cursivas figuran en el original)
[3259] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.

simple comparación de las oportunidades de competencia perdidas, porque esa es una comparación entre elementos heterogéneos".[3260] La República Dominicana sostiene que "un método de realizar [una comparación] entre elementos homogéneos" sería comparar los efectos en el comercio del reglamento técnico impugnado y de las medidas alternativas, de manera que un grupo especial podría identificar primero el número, naturaleza y alcance de los diferentes efectos en el comercio resultantes del reglamento técnico impugnado, y evaluar a continuación si las medidas alternativas entrañan menores efectos desfavorables, teniendo en cuenta todos los factores".[3261]

7.1337. La República Dominicana también sostiene que, cuando un reglamento técnico y las medidas alternativas "despliegan instrumentos reglamentarios diferentes, un factor importante que debe tenerse en cuenta es que algunos tipos de instrumentos reglamentarios no están sujetos a disciplinas en cuanto medidas restrictivas del comercio de conformidad con los acuerdos abarcados".[3262] La República Dominicana considera que, por consiguiente, si una medida alternativa no es restrictiva del comercio con arreglo a los acuerdos abarcados, y un reglamento técnico impugnado sí lo es, ese "es un indicio claro, incluso determinante", de que la alternativa restringe menos el comercio con arreglo a dichos acuerdos.[3263]

7.1338. La República Dominicana aduce que el Grupo Especial solo puede abordar medidas alternativas si constata que las medidas TPP contribuyen al objetivo de reducir la conducta tabáquica. La República Dominicana aduce que, "al comparar la restrictividad del comercio de las medidas [TPP] con la de las alternativas, el Grupo Especial debe tener plenamente en cuenta ambas dimensiones de la restrictividad del comercio de las medidas [TPP]".[3264] Suponiendo que las alternativas hagan una contribución equivalente al objetivo de reducir la conducta tabáquica, a juicio de la República Dominicana (y sobre la base de sus suposiciones sobre la contribución de las medidas TPP), desde el punto de vista de las restricciones del volumen de productos de tabaco, cada una de las alternativas restringe el comercio de manera similar, porque cada una hace una contribución similar a la reducción del consumo de tabaco; sin embargo, las alternativas "no restringen las oportunidades de competencia, como hacen las medidas [TPP] al menoscabar la diferenciación y distorsionar las oportunidades de competencia".[3265]

7.1339. La República Dominicana no ve en los argumentos y las pruebas presentados al Grupo Especial ningún fundamento para realizar una evaluación separada de la restrictividad del comercio y la contribución de las medidas alternativas en su aplicación a los cigarros (puros) y cigarrillos.[3266]

7.1340. La República Dominicana aduce que un grupo especial tiene el deber de evaluar todas las pruebas de que dispone, tanto cuantitativas como cualitativas, por lo que, si el Grupo Especial opta por evaluar la contribución de las medidas TPP cualitativamente, no puede decidir no examinar las pruebas cuantitativas. Si el Grupo Especial llega a una constatación de que las medidas TPP han realizado, o son adecuadas para realizar, una contribución a la reducción del consumo de tabaco, debe establecer el grado o alcance de esa contribución, expresado en términos cuantitativos o cualitativos, y ello servirá entonces de base para la comparación con las alternativas, que "se facilita por una enunciación clara y precisa del grado de contribución".[3267]

[3260] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3261] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3262] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3263] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3264] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 970-972.
[3265] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 973-978; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3266] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 152 del Grupo Especial.
[3267] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.215-5.216); y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial.

Mecanismos de política diferentes harán inevitablemente grados de contribución diferentes, y la cuestión no es el número de mecanismos que operan sino el grado de contribución que resulta.[3268]

7.1341. La República Dominicana también aduce que un grupo especial debe evaluar la equivalencia sobre la base de la contribución global al objetivo que hacen las medidas impugnada y alternativa, y no sobre la base de la contribución que se hace por medio de aspectos particulares de la medida. A juicio de la República Dominicana, eso significa que, en los presentes procedimientos, la comparación debe hacerse comparando la repercusión de las respectivas medidas en el objetivo de reducir el consumo de tabaco[3269], y que en ella se deben tener en cuenta: 1) el grado o alcance de la contribución; 2) en los casos en que se prevé que la contribución tengan lugar en el futuro, la probabilidad de que se materialice; y, 3) en los casos en que se prevé que la contribución tenga lugar en el futuro, el plazo dentro del que se prevé que la contribución se materialice.[3270] La República Dominicana subraya que tales consideraciones son importantes en los presentes procedimientos, porque "es muy incierto que las medidas [TPP] impugnadas vayan a contribuir jamás a reducir el consumo de tabaco, mientras que es casi seguro que las alternativas propuestas lo harían".[3271]

7.1342. La República Dominicana añade que un grupo especial dispone de un "margen de apreciación" al evaluar la equivalencia[3272], que le permite sopesar los factores pertinentes, como el grado, probabilidad y momento de las respectivas contribuciones, para llegar a una conclusión global sobre la equivalencia.[3273] Ese margen de apreciación puede estar informado por los riesgos que se producirían en caso de no alcanzarse el objetivo.[3274] Una medida puede dar lugar a un riesgo de no alcanzar el objetivo mucho mayor que otra, por ser mucho menos probable que contribuya al objetivo.[3275]

7.1343. Cuba aduce, para el caso de que el Grupo Especial constate que las medidas TPP tienen de hecho el efecto de reducir los niveles de consumo de tabaco en Australia, que las medidas TPP son "desproporcionadas". Cuba sostiene que, sea cual sea el modesto grado de contribución que hagan las medidas TPP a la reducción de los niveles de consumo de tabaco en Australia, podría ser reproducido por medidas alternativas menos restrictivas.[3276] Cuba sostiene que, en la "evaluación de si las medidas de Australia son desproporcionadas, debe tenerse en cuenta la contribución positiva efectiva que el Grupo Especial estime que ha resultado de las medidas TPP, y determinarse si las alternativas propuestas por Cuba están razonablemente disponibles y harían una contribución equivalente".[3277] Además, en tanto en cuanto hay incertidumbres con respecto a si la medida impugnada o las medidas alternativas serán eficaces, Cuba sostiene que esas incertidumbres también deben tenerse en cuenta en el análisis.[3278]

7.1344. Cuba sostiene que el Grupo Especial no está obligado a realizar un análisis cuantitativo de los grados *relativos* de restrictividad del comercio de las medidas en litigio y de cada una de las alternativas propuestas, y que hacer tal cosa implicaría especular en tal medida que el análisis no podría calificarse de "análisis cuantitativo mediante los métodos de laboratorio empíricos o experimentales comúnmente asociados con las ciencias físicas".[3279] Cuba explica que el Grupo Especial puede valorar el grado relativo de restrictividad del comercio de las medidas TPP considerando la cuestión de si las medidas alternativas propuestas "tendrían el mismo impacto

[3268] Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial.
[3269] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3270] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 156 del Grupo Especial.
[3271] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3272] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215).
[3273] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3274] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215).
[3275] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3276] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 408-410.
[3277] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 411. (las cursivas figuran en el original)
[3278] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 411.
[3279] Respuesta de Cuba a la pregunta 151 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 187).

desolador sobre los puros LHM de Cuba que el empaquetado genérico". Cuba sostiene que las medidas TPP "mermarán fundamentalmente la capacidad de los productores cubanos de posicionar sus puros LHM como productos Premium de lujo con una larga tradición". Cuba considera que, "incluso aunque esta situación no ocurra de forma inmediata, se dará inevitablemente con el paso del tiempo", y que ninguna de las medidas alternativas propuestas tendría ese efecto.[3280]

7.1345. Cuba sostiene que el Grupo Especial debe valorar si, a la vista de todas las pruebas que se han presentado, las medidas menos restrictivas del comercio realizarían una contribución menor a los objetivos de salud de Australia que las medidas TPP. Afirma que no existe ninguna necesidad de que el Grupo Especial fundamente su valoración exclusivamente en pruebas cualitativas, y que el Grupo Especial cuenta con datos que le permiten realizar una valoración cuantitativa. Añade que la distinción entre valoración cualitativa y valoración cuantitativa no es estricta, y que el Grupo Especial debería tener en cuenta la totalidad de las pruebas y la calidad e importancia de dichas pruebas.[3281]

7.1346. Cuba sostiene que la afirmación de Australia de que las alternativas planteadas por los reclamantes no pueden ser consideradas "alternativas" porque son elementos complementarios de un "conjunto integral de medidas" es incorrecta desde un punto de vista jurídico y fáctico.[3282] Cuba aduce que el argumento de Australia de que las medidas TPP forman parte de un conjunto de medidas que "funcionan en conjunto" es "un claro intento de blinda[rlas] frente a todo tipo de escrutinio". Cuba cita las observaciones de la Oficina de Prácticas Óptimas de Reglamentación (OBPR) de Australia de que estaba "teniendo problemas para determinar cuál es el problema y su importancia"; que "ha habido un descenso en el consumo de tabaco durante los últimos 15 años entre los jóvenes y durante los últimos 30 años entre la población en conjunto"; y que "parece que los programas actuales están logrando sus objetivos y que no existen motivos evidentes para la adopción de otras iniciativas".[3283]

7.1347. Indonesia aduce que, aunque Australia ha aducido que está implementando una "política integral de control del tabaco" que se basa tanto en las medidas TPP como en varias de las medidas propuestas por los reclamantes como alternativas, no ha aportado argumentos y pruebas (ni, "ciertamente nada comparable a las pruebas reunidas por el Brasil en" *Brasil - Neumáticos recauchutados*[3284]) que demuestren que las alternativas de los reclamantes serían menos eficaces de no existir las medidas TPP.

7.1348. Indonesia también aclara que los reclamantes no aducen que las medidas de control del tabaco existentes -como los impuestos, las campañas de mercadotecnia social o la EMCL- sirvan como alternativas en su forma actual, sino que han propuesto modificaciones de esas políticas que las transformarían en "una nueva medida que actualmente no está en vigor en Australia". A juicio de Indonesia, el Grupo Especial debe concluir sobre la base de los hechos del presente asunto que entre las "alternativas", en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, pueden incluirse aumentar, mejorar o actualizar otras políticas de control del tabaco que han demostrado ser más eficaces en la reducción del consumo de tabaco que las medidas TPP y son menos restrictivas del comercio.[3285]

7.1349. Indonesia también hace referencia a la afirmación de la Unión Europea en calidad de tercero de que ni siquiera una medida que pudiera incluso eliminar el consumo de tabaco en Australia satisfaría el criterio para ser considerada alternativa propuesto por Australia si no tuviera un efecto en el atractivo del paquete. Indonesia también hace referencia a la observación formulada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)* de que "la alternativa propuesta puede lograr la equivalencia de maneras diferentes a la medida en litigio".[3286]

[3280] Respuesta de Cuba a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3281] Respuesta de Cuba a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3282] Observaciones de Cuba sobre la respuesta de Australia a las preguntas 157 y 158 del Grupo Especial.
[3283] Observaciones de Cuba sobre la respuesta de Australia a las preguntas 157 y 158 del Grupo Especial.
[3284] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 286-287 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.142, 7.160 y 7.169).
[3285] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 290.
[3286] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 291.

7.1350. Indonesia sostiene que el Grupo Especial debe determinar primero la contribución al objetivo de la medida o medidas, que Indonesia identifica como reducir la prevalencia del consumo de tabaco al 10% para 2018 y reducir el número de fumadores entre la población aborigen e isleña del Estrecho de Torres en un 50%. Una medida que reduzca tanto la prevalencia como el consumo podría considerarse más favorablemente que una medida que reduzca solo la prevalencia, y no debería constatarse que una medida que reduzca solo el consumo, sin tener repercusión en la prevalencia, haya hecho una contribución al objetivo de Australia de reducir la prevalencia del consumo de tabaco. Indonesia aduce que, cuando la contribución de una medida impugnada solo pueda evaluarse cualitativamente, un grupo especial debe tratar de evaluar si la medida impugnada realiza (o es adecuada para realizar) una contribución que sea mayor que la de las alternativas propuestas.[3287]

7.1351. Indonesia aduce que la cuestión de qué medida "restringe menos el comercio" debe evaluarse comparando la medida impugnada con las alternativas propuestas y seleccionado la medida que menos interfiera en las oportunidades "de competencia" disponibles entre los productos en el mercado.[3288]

7.1352. Además, Indonesia aduce que Australia no ha aportado ninguna prueba de que existan sinergias, y ni siquiera ha explicado con exactitud cuál es la naturaleza de la "sinergia" entre el empaquetado genérico y otros elementos de la estrategia de control del tabaco de Australia.[3289]

7.1353. Australia aduce que el enfoque de la comparación de alternativas que proponen los reclamantes en los presentes procedimientos constituye "una desviación radical respecto de la jurisprudencia aplicable, ya que las medidas 'alternativas' propuestas, con una excepción, ya están siendo implementadas en el marco de la política integral de control del tabaco de Australia". Australia hace referencia al asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, en el que "tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación concluyeron que las medidas que ya eran elementos de una estrategia global para abordar problemas para la salud no eran 'alternativas' válidas".[3290] Australia añade que el Órgano de Apelación "estuvo de acuerdo con ese análisis" y añadió que "[l]a sustitución de un elemento de esta política global por otro la debilitaría, al reducir las sinergias entre sus componentes así como sus efectos totales".[3291]

7.1354. Aunque señala que es posible que una medida alternativa logre un grado de contribución equivalente de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio[3292], Australia aduce que cuando una medida alternativa propuesta contribuye al objetivo de salud pública por medios diferentes a los del reglamento técnico en litigio, pero de la misma manera que elementos existentes dentro de la estrategia integral, no hará un grado de contribución equivalente.[3293] Australia afirma además que el razonamiento del Grupo Especial encargado del asunto *China - Tierras raras* "no es aplicable a la presente diferencia, porque Australia ha explicado por qué las variaciones de elementos existentes de la estrategia de control del tabaco de Australia propuestas por los reclamantes no podrían ser alternativas eficaces a las [medidas TPP], habida cuenta de las sinergias y la complementariedad entre el empaquetado genérico del tabaco y esos elementos".[3294]

7.1355. Australia considera que, aparte del "sistema de escrutinio previo", las alternativas propuestas por los reclamantes "son, o réplicas exactas o, en el caso de la propuesta de aumento de la [EMCL], ligeras variaciones de medidas que Australia ya ha implementado". Australia

[3287] Respuesta de Indonesia a la pregunta 165 del Grupo Especial.
[3288] Respuesta de Indonesia a la pregunta 165 del Grupo Especial.
[3289] Observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3290] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 704 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.169, 7.171-7.172); y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 551.
[3291] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 704 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172); segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 551; y respuesta de Australia a la pregunta 165 del Grupo Especial.
[3292] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 553 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.269); y respuesta de Australia a la pregunta 165 del Grupo Especial.
[3293] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 553 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172); y respuesta de Australia a la pregunta 165 del Grupo Especial.
[3294] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 156 del Grupo Especial.

sostiene que se necesita un enfoque integral y dinámico del control de tabaco, por lo que ninguna de las "alternativas" propuestas puede sustituir la contribución que hacen las medidas TPP a sus objetivos, porque esas medidas cumplen una función clara y complementaria dentro del conjunto de medidas de control del tabaco de Australia.[3295] Australia aduce que las sinergias entre las medidas pueden amplificar el efecto global de las estrategias de control del tabaco más que ninguna medida individual por sí sola. Por ejemplo, el empaquetado genérico del tabaco, al reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumenta también la eficacia de las ASG. Por lo tanto, es lógico que unas ASG ampliadas, combinadas con el empaquetado genérico del tabaco, den lugar a un efecto mayor que una u otra medida por sí sola.[3296]

7.1356. Australia aduce que la creciente heterogeneidad en el consumo de tabaco refuerza la necesidad de un enfoque integral del control del tabaco, y que las estrategias de control del tabaco deben tener como objeto todas las conductas tabáquicas[3297] y aplicarse a todos los productos de tabaco, para evitar una laguna de la reglamentación que, de no ser subsanada, pueda ser explotada por la industria del tabaco o permita a los consumidores eludir medidas asociadas con determinados productos de tabaco.[3298] Australia sostiene que los enfoques integrales del control del tabaco son compatibles con el CMCT y están reflejados en el artículo 5 del Convenio.[3299]

7.1357. Australia aduce que la afirmación de Honduras de que el razonamiento del Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* no es aplicable en las circunstancias del presente asunto porque el empaquetado genérico del tabaco opera aisladamente y no en sinergia con las medidas alternativas propuestas constituye "un entendimiento fundamentalmente erróneo del funcionamiento de las [medidas TPP], la Estrategia Nacional sobre el Tabaco, y las prácticas óptimas de control del tabaco".[3300]

7.1358. Australia sostiene que el Grupo Especial "también debe tener en cuenta los mecanismos específicos o la vía causal de la medida al evaluar si las alternativas identificadas por los reclamantes harán una contribución equivalente a los objetivos generales [de las medidas TPP] de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos". A este respecto, Australia sostiene que, para poder ser consideradas alternativas, cualesquiera medidas propuestas deben "mantener para el Miembro demandado el derecho a lograr el nivel de protección que desee con respecto al objetivo perseguido".[3301] En consecuencia, a juicio de Australia, toda medida alternativa propuesta debe hacer una contribución equivalente al objetivo general de Australia de mejorar la salud pública, teniendo en cuenta el hecho de que esas medidas son parte de una gama integral de medidas de control del tabaco de Australia. Australia sostiene que las medidas TPP son un elemento "dentro de un conjunto integral de medidas que, unidas, tienen por objeto mejorar la salud pública", y que "los mecanismos específicos por los que opera la medida de empaquetado genérico del tabaco son una característica esencial del diseño y estructura de la medida e informan el grado en que una alternativa propuesta, que reduzca la gama de mecanismos desplegada en la estrategia de control del tabaco de Australia, es capaz de alcanzar una contribución equivalente a

[3295] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 706; y respuesta de Australia a la pregunta 165 del Grupo Especial.

[3296] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 40-41 (donde se hace referencia al Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2000 (Prueba documental AUS-53), página 6). Véase también la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 706 y 38.

[3297] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 42-43 (donde se hace referencia a *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs* de los USCDC (Prueba documental AUS-50), página 19).

[3298] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 44-45.

[3299] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 47 (donde se hace referencia al artículo 5 del CMCT, que establece lo siguiente: "Cada Parte formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido".) Véase también *ibid.* párrafo 46 (donde se hace referencia al escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 72, en el que se afirma lo siguiente: "El control del tabaco se basa en la aplicación de medidas multisectoriales integrales que operan conjuntamente como intervenciones acumulativas en un sistema de reglamentación complementario".)

[3300] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 163 del Grupo Especial. Véanse también las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 161 del Grupo Especial.

[3301] Respuesta de Australia a la pregunta 64 del Grupo Especial (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 156).

los objetivos previstos en el artículo 3(1) de la Ley TPP".[3302] A juicio de Australia, cuanto más limitado sea el conjunto de "mecanismos específicos" desplegados en la estrategia de control del tabaco de Australia, más difícil es influir en el comportamiento de la mayor gama de consumidores posible, y cuanto más limitado sea el conjunto de medidas en vigor, mayor es la posibilidad de que haya lagunas en la reglamentación.[3303]

7.1359. Además, Australia aduce que el "momento previsto" de la contribución de una medida no es pertinente para una evaluación por un grupo especial de la equivalencia de la contribución.[3304] Australia también afirma que en *Brasil - Neumáticos recauchutados* el Órgano de Apelación "consideró suficiente demostrar que un reglamento técnico es adecuado para contribuir a sus objetivos 'en algún momento'", y que no hay nada en el análisis realizado por el Órgano de Apelación en esa diferencia, ni en ninguna otra, que dé a entender que el "momento previsto" de la contribución de una medida tenga influencia pertinente alguna en la determinación de la equivalencia de la contribución entre una medida impugnada y una alternativa propuesta.[3305]

7.1360. Australia sostiene que las medidas TPP restringen el comercio "solo en la medida necesaria para alcanzar su grado de contribución a sus objetivos de salud pública", por lo que cualquier medida alternativa que restrinja menos el comercio, "al reducir el volumen de las importaciones de productos de tabaco en menor grado, haría una contribución menor a los objetivos de salud pública de la medida". Además, Australia sostiene que "cualquier medida alternativa propuesta que sea más eficaz que el empaquetado genérico del tabaco reduciría el volumen de las importaciones en mayor grado y, por lo tanto, restringiría más el comercio"[3306], y que "cualquier medida alternativa propuesta que haga una contribución equivalente a los objetivos de la medida de empaquetado genérico del tabaco tendría que reducir el volumen de las importaciones de productos de tabaco en el mismo grado, y sería, por lo tanto, igualmente (no menos) restrictiva del comercio que la medida impugnada".[3307]

7.1361. A juicio de Australia, una comparación de las reducciones relativas del valor del comercio causadas por la medida impugnada y las alternativas propuestas no es pertinente en las circunstancias de los presentes procedimientos, porque "no hay pruebas ante el Grupo Especial que respalden la conclusión de que las [medidas TPP son] restrictivas del comercio porque [han] reducido el valor del comercio total de productos de tabaco en el mercado australiano".[3308] Australia observa que "el hecho de que los aumentos de los impuestos especiales son la causa principal del cambio a productos de menor precio es aceptado por todas las partes en la diferencia, por los expertos en salud pública y, de hecho, por la industria del tabaco".[3309] En consecuencia, si "el cambio a productos de menor precio es, en y por sí mismo, prueba de la restrictividad del comercio, un aumento de los impuestos especiales sería mucho más restrictivo del comercio que el empaquetado genérico del tabaco".[3310] Australia observa además, con referencia a los argumentos de los reclamantes sobre la limitación de las "oportunidades de competencia" y las "libertades", que un aumento de la EMCL "elimina[ría] completamente, por su diseño, estructura y funcionamiento previsto, una 'oportunidad de competencia' o 'libertad' actualmente disponible para la industria del tabaco en el mercado australiano, a saber, la oportunidad de competir legalmente por ventas de productos de tabaco a consumidores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años".[3311] Esa es, a juicio de Australia, una restricción más acentuada de una "libertad" que las

[3302] Respuesta de Australia a las preguntas 64 y 69 del Grupo Especial. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 64 del Grupo Especial (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*,párrafo 5.254).

[3303] Respuesta de Australia a la pregunta 64 del Grupo Especial. Véanse también la respuesta de Australia a la pregunta 69 del Grupo Especial; y las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.

[3304] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.

[3305] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.

[3306] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.

[3307] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.

[3308] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.

[3309] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.

[3310] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.

[3311] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.

limitaciones de la capacidad de utilizar determinados elementos de la marca en el empaquetado.[3312] Con respecto al escrutinio previo, Australia afirma que "los reclamantes sostienen que cualquier aumento de los costos de cumplimiento equivale, en y por sí mismo, a una restrictividad del comercio", y que "Australia ha explicado los muy significativos costos de cumplimiento, reglamentarios y otros que se impondrían a la rama de producción y a los nuevos participantes si se introdujera un sistema de 'escrutinio previo' pagado por el usuario".[3313] Australia estima además que el argumento de la República Dominicana de que la restrictividad del comercio de las medidas alternativas debe considerarse desde "el prisma de los acuerdos abarcados no tiene fundamento jurídico alguno".[3314]

7.2.5.6.1.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1362. Como se ha expuesto *supra*, un reclamante puede tratar de identificar una posible medida alternativa que "sea menos restrictiva del comercio, haga una contribución equivalente al objetivo de que se trate y esté razonablemente disponible" en el marco de su acreditación *prima facie* de que un reglamento técnico restringe el comercio más de lo necesario.[3315] Tales alternativas son "instrumentos conceptuales" para demostrar que un reglamento técnico restringe el comercio más de lo necesario.[3316]

7.1363. Corresponde al reclamante la carga probatoria de identificar una posible medida alternativa que sea menos restrictiva del comercio, haga una contribución equivalente al objetivo pertinente y esté razonablemente disponible. Si lo hace, corresponde entonces al Miembro demandado refutar la acreditación *prima facie* establecida por el reclamante, presentando pruebas y argumentos que demuestren que la medida impugnada no restringe el comercio más de lo necesario demostrando, por ejemplo, que la medida alternativa identificada por el reclamante no está, de hecho, "razonablemente disponible", no es menos restrictiva del comercio o no hace una contribución equivalente al logro del objetivo legítimo de que se trate.[3317]

7.1364. Por lo tanto, en definitiva, para que una medida alternativa propuesta sirva de base para una determinación de que la medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario sería necesario que satisficiera acumulativamente todos los elementos del análisis comparativo. Tendría, por lo tanto, que demostrarse que una medida alternativa propuesta no solo sería menos restrictiva del comercio que las medidas impugnadas, sino también que haría al menos una contribución equivalente al objetivo que se persigue por medio de la medida impugnada y estaría "razonablemente disponible" para el Miembro como alternativa a las medidas impugnadas.[3318]

7.1365. Una comparación de la restrictividad del comercio[3319]relativa de un reglamento técnico impugnado y una medida alternativa propuesta requiere en primer lugar una identificación de la restrictividad del comercio de la alternativa propuesta. Una evaluación de la restrictividad del comercio de una medida requiere una evaluación de su grado de restrictividad del comercio, y no simplemente una determinación de si la medida entraña o no alguna restricción del comercio.[3320] Ello es necesario en particular para poder llevar a cabo una comparación con respecto a la cuestión de si una alternativa propuesta es "menos" restrictiva del comercio que el reglamento técnico impugnado, y llegar a una conclusión respecto de si las medidas impugnadas "restring[en] el comercio *más* de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.[3321] Esta evaluación no difiere en su naturaleza de la del grado de restrictividad del comercio de las medidas impugnadas

[3312] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.
[3313] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.
[3314] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.
[3315] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 379; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.213.
[3316] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.213.
[3317] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323.
[3318] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.213.
[3319] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 471.
[3320] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Textiles*, párrafo 5.104 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Servicios financieros*, párrafo 6.234).
[3321] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Textiles*, párrafo 5.116.

en el "análisis de la relación" realizado *supra*, por cuanto esta indagación concierne de manera similar a la medida en que la alternativa propuesta tendría un efecto limitador en el comercio.[3322] Para que la comparación sea significativa es necesario aplicar los mismos parámetros a ambas evaluaciones en la mayor medida factible. Sin embargo, la naturaleza y la calidad de las pruebas disponibles con respecto a una medida alternativa propuesta pueden estar limitadas por el hecho de que esta es, por su naturaleza, un instrumento conceptual hipotético. Además, puede haber límites y restricciones intrínsecos del grado de precisión con el que puede llevarse a cabo esa comparación, en función de la manera en que el reglamento técnico impugnado y la medida alternativa propuesta respectivamente operasen y, al hacerlo, afectasen al comercio internacional.

7.1366. De manera similar, con respecto a la contribución hecha por el reglamento técnico en litigio y la medida alternativa propuesta, deben determinarse en primer lugar los respectivos *grados* de contribución de esas medidas al objetivo perseguido, como requisito previo para una evaluación de su equivalencia.[3323]

7.1367. Tomamos nota a este respecto de los argumentos de los reclamantes sobre la naturaleza de las pruebas que deben tenerse en cuenta al evaluar el grado de contribución de las medidas alternativas que proponen (incluida la cuestión de si la evaluación debe basarse en pruebas cualitativas o cuantitativas) y la manera en que debe llevarse a cabo la comparación con la contribución de las medidas TPP. Como se ha expuesto *supra*, es intrínseco a la naturaleza de esta comparación, que está basada en parte en una situación hipotética, que pueda haber límites del grado de precisión que puede alcanzarse al evaluar el grado de contribución de una medida alternativa propuesta. Además, la disponibilidad y calidad de las pruebas pertinentes también afectan al grado de precisión con el que puede determinarse el grado de contribución de las propias medidas impugnadas. No obstante, como se ha expuesto *supra*, ello no exime al Grupo Especial de su deber de evaluar los grados relativos de contribución de las medidas impugnadas y las medidas alternativas propuestas y, a continuación, tener en cuenta esa evaluación al llevar a cabo su evaluación global. Antes bien, debemos esforzarnos por establecer con la mayor precisión posible, a la luz de la totalidad de las pruebas pertinentes de que disponemos, el grado de contribución que las alternativas propuestas harían al objetivo. A este respecto, como sucedió al determinar el grado de contribución de las medidas TPP a su objetivo, no consideramos apropiado excluir *a priori* de la consideración determinados tipos de pruebas (por ejemplo, la pruebas de carácter cualitativo o cuantitativo). Antes bien, debemos tener en cuenta todas las pruebas pertinentes de que disponemos, en tanto en cuanto puedan informar nuestra evaluación del grado de contribución que cabría esperar de una medida alternativa propuesta.

7.1368. Una vez determinado, hasta donde sea factible, el grado de contribución de una medida alternativa propuesta al objetivo perseguido por el Miembro, una comparación de las respectivas contribuciones de las medidas impugnadas y las alternativas propuestas debe basarse en si puede decirse que esas contribuciones son "equivalentes". Lo 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". Como ha expuesto el Órgano de Apelación, los contornos exactos de esa evaluación pueden variar de un caso a otro, y en ella deben tenerse en cuenta "las características del reglamento técnico en litigio, según se pongan de manifiesto en su diseño y estructura, así como la naturaleza del objetivo perseguido y la naturaleza, cantidad y calidad de las pruebas disponibles".[3324]

7.1369. Además, al tratar de demostrar esa equivalencia, no es necesario que el reclamante demuestre que la medida alternativa que propone logra un grado de contribución idéntico al del reglamento técnico impugnado. Antes bien, una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio[3325] y existe un margen de apreciación en esa evaluación.[3326] Ese margen de apreciación puede estar informado por la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias que

[3322] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 375 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319.

[3323] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Textiles*, párrafo 5.116.

[3324] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.216 y 5.254-5.255.

[3325] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.215, 5.254.

[3326] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 373; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.215 y 5.254.

tendrían lugar en caso de no alcanzarse el objetivo del reglamento técnico.[3327] Señalamos a este respecto la observación del Órgano de Apelación de que la necesidad de que haya equivalencia entre los respectivos grados de contribución se ajusta al principio reflejado en el sexto recital del preámbulo del Acuerdo OTC, a saber, que no debe impedirse a un Miembro que persiga un objetivo legítimo "a los niveles que considere apropiados".[3328]

7.1370. Dado el carácter hipotético de una medida alternativa propuesta, cabe prever, y puede ser inevitable, cierta inexactitud al evaluar la equivalencia de los respectivos grados de contribución de un reglamento técnico y dicha alternativa.[3329] A modo de ejemplo, el Órgano de Apelación observa que "un reglamento técnico y las medidas alternativas propuestas pueden ofrecer diversos métodos o técnicas que, conjuntamente o por separado, contribuyan a lograr el objetivo perseguido y pueden no ser cuantificables cada uno de ellos aisladamente".[3330] Sin embargo, ello no debería, en y por sí mismo, "dispensar a un grupo especial de su obligación de evaluar la equivalencia de los respectivos grados de contribución", y un grupo especial debería llevar a cabo el proceso general de sopesar y confrontar con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 a pesar de esa imprecisión.[3331] Nos guiamos por estas consideraciones en nuestra evaluación.

7.1371. Recordamos también la obligación de tener en cuenta "los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]", que indica que la comparación entre la medida impugnada y una posible medida alternativa debería realizarse atendiendo a "la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que se derivarían en caso de no alcanzar el objetivo legítimo"[3332], como elemento del proceso de sopesar y confrontar al llevar a cabo la determinación.[3333] Este factor puede afectar en particular al margen de apreciación del Grupo Especial al evaluar la equivalencia entre los respectivos grados de contribución.[3334]

7.1372. En el contexto de los presentes procedimientos, como hemos establecido antes, la naturaleza de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo legítimo de Australia es que la salud pública no mejoraría, por cuanto no se reduciría el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.[3335] También hemos constatado que las consecuencias para la salud pública de no alcanzar ese objetivo son particularmente graves. Por lo tanto, tendremos debidamente en cuenta este factor en nuestra comparación de las medidas TPP con las alternativas propuestas por los reclamantes.

7.1373. Por último, una medida alternativa propuesta de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 debe estar "razonablemente disponible" para el Miembro demandado.[3336] Puede considerarse que una medida alternativa no está razonablemente al alcance cuando es simplemente de naturaleza teórica, por ejemplo cuando el Miembro demandado no puede adoptarla, o cuando la medida impone una carga indebida a ese Miembro, como costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes.[3337]

7.1374. La naturaleza y el alcance de las pruebas requeridas para que un reclamante establezca la "disponibilidad razonable" de una medida alternativa propuesta "variará necesariamente para

---

[3327] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.

[3328] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.214. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 373.

[3329] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.216.

[3330] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.216 y nota 660 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151).

[3331] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.216.

[3332] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 321.

[3333] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 321.

[3334] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.254 y 5.269.

[3335] Véase el párrafo 7.1322 *supra*.

[3336] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 379; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.327.

[3337] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 156 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 308).

cada medida y para cada caso".[3338] El hecho de que la evaluación se refiere a medidas alternativas propuestas que funcionan como "herramienta conceptual" informa la naturaleza y el alcance de las pruebas exigidas para establecer la "disponibilidad razonable" de medidas alternativas propuestas al hacer una acreditación *prima facie* en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[3339]

7.1375. Aunque corresponde al reclamante la carga de efectuar una acreditación *prima facie* de que la medida alternativa que propone está razonablemente disponible[3340], un reclamante no está obligado en virtud del párrafo 2 del artículo 2 a proporcionar información detallada sobre cómo aplicaría en la práctica el demandado la medida alternativa propuesta, ni estimaciones exactas y completas de los costos que dicha aplicación conllevaría.[3341] Más bien, "una vez que el reclamante ha establecido una presunción *prima facie* de que la alternativa propuesta está razonablemente disponible para el demandado, correspondería al demandado aportar las pruebas concretas que demuestren que los costos conexos serían prohibitivos, o que las dificultades técnicas serían tan importantes que la aplicación de tal medida supondría una carga indebida para el Miembro en cuestión".[3342]

7.1376. Habiendo aclarado la base general de nuestra evaluación, abordamos ciertas cuestiones planteadas por las partes en relación con la manera en que debe enfocarse el análisis comparativo, en una situación en la que la medida en litigio es parte de "un conjunto más complejo de medidas orientadas hacia el mismo objetivo".[3343]

7.1377. El argumento primario de Australia con respecto a tres de las cuatro medidas alternativas propuestas es que no son "verdaderas" alternativas a efectos de la evaluación jurídica en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Australia sostiene que, "aparte del 'sistema de escrutinio previo', las 'alternativas' propuestas por los reclamantes son, o réplicas exactas o, en el caso de la propuesta de aumento de la [EMCL], ligeras variaciones de medidas que Australia ya ha implementado".[3344] A este respecto, Australia se apoya en las determinaciones formuladas por el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*.[3345]

7.1378. Australia aduce que "ya ha explicado ... por qué es necesario un enfoque integral y dinámico del control de tabaco" y que, "habida cuenta de ello, ninguna de las 'alternativas' propuestas puede sustituir la contribución que hace la medida de empaquetado genérico del

---

[3338] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.327 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 134, donde a su vez se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16; y *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 157).

[3339] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.328 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320).

[3340] Esto debe contrastarse con el artículo XX del GATT de 1994, lo que el Órgano de Apelación distingue en los siguientes términos:

> [O]bservamos diferencias entre, por un lado, la carga que corresponde al demandado en virtud del artículo XX del GATT de 1994 de demostrar que una medida alternativa propuesta por un reclamante impondría una carga indebida -por ejemplo, debido a la existencia de costes prohibitivamente elevados o de dificultades técnicas importantes- y que, por lo tanto, esta alternativa *no* está razonablemente disponible y, por otra parte, la carga que corresponde al reclamante en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC de establecer una presunción *prima facie* de que la medida alternativa que propone estaría razonablemente disponible.

Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.337. (las cursivas figuran en el original)

[3341] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.334.

[3342] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.338.

[3343] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.216, nota 660 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151).

[3344] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 705.

[3345] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172.

tabaco a sus objetivos, porque esa medida cumple una función clara y complementaria dentro del conjunto de medidas de control del tabaco de Australia".[3346]

7.1379. Los reclamantes sostienen que determinadas modificaciones de medidas existentes pueden, no obstante, considerarse medidas alternativas. Por ejemplo, Honduras sostiene que "las medidas alternativas válidas comprenden no solo medidas que sean nuevas para el Miembro demandado, sino también medidas que consistan en un aumento de la magnitud o una mejora de una medida existente".[3347] La República Dominicana aduce que "una medida propuesta es una alternativa si es diferente en sus efectos sustantivos de una medida existente, lo que incluye una diferencia con respecto al alcance de la contribución al objetivo pertinente", y que "una medida alternativa puede, por lo tanto, incluir muchas características de una medida existente, pero con un elemento de regulación *más estricto*".[3348] Estos reclamantes hacen referencia a las resoluciones del Grupo Especial que examinó el asunto *China - Tierras raras*, las cuales, a su juicio, confirman que (con arreglo a la formulación empleada por la República Dominicana) una medida alternativa razonablemente disponible "puede ser una versión mejorada de una medida existente".[3349]

7.1380. Consideraremos, dentro de nuestra evaluación, si cada una de las medidas específicas propuestas por los reclamantes es efectivamente una "alternativa" a efectos de nuestro análisis de dichas propuestas. En esta etapa, consideramos las aclaraciones pertinentes que ofrecen resoluciones anteriores citadas por las partes, y la manera en que pueden informar qué reúne las condiciones para ser considerado una "alternativa" en un contexto en el que se mantienen diferentes medidas tendentes a un objetivo común.

7.1381. En el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Grupo Especial consideró varias alternativas a la prohibición de las importaciones de neumáticos recauchutados propuestas por las Comunidades Europeas, y constató que ya habían sido implementadas, o estaban siendo implementadas, por el Brasil. Ese Grupo Especial concluyó, por consiguiente, que "las medidas alternativas identificadas por las Comunidades Europeas para evitar la generación de desechos no son alternativas que podrían aplicarse *en sustitución de* la prohibición de las importaciones de neumáticos recauchutados para alcanzar el objetivo de impedir en la mayor medida posible la generación de neumáticos de desecho".[3350] En apelación, el Órgano de apelación constató lo siguiente:

> De hecho, al igual que la prohibición de las importaciones, esas medidas son ya elementos de una estrategia global diseñada por el Brasil para ocuparse del problema de los neumáticos de desecho. La sustitución de un elemento de esta política global por otro la debilitaría, al reducir las sinergias entre sus componentes así como sus efectos totales. En consecuencia, opinamos que el Grupo Especial no incurrió en error al rechazar como alternativas a la prohibición de las importaciones componentes de la política del Brasil en relación con los neumáticos de desecho que complementan la prohibición de las importaciones.[3351]

7.1382. En el asunto *China - Tierras raras*, China adujo que las medidas alternativas identificadas por los reclamantes "no eran de hecho 'alternativas', dado que China ya las impone". El Grupo Especial aceptó esa afirmación, pero observó lo siguiente:

> China no ha explicado por qué no podría, como alternativa a los derechos de exportación (que el Grupo Especial ha declarado incompatibles con las normas de la OMC e inadecuados como contribución importante a la protección de la vida y la salud de las personas y de los animales y la preservación de los vegetales), *aumentar*

[3346] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 706.
[3347] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 823.
[3348] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 631. (las cursivas figuran en el original)
[3349] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 747. Véanse también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 631 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.186), y la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 587-588.
[3350] Informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.172. (las cursivas figuran en el original)
[3351] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172. (no se reproduce la nota de pie página)

> las restricciones del volumen de la extracción y la producción, *aumentar* los controles de la contaminación relacionados con la extracción y la producción, *aumentar* el impuesto sobre los recursos y/o *aumentar* el impuesto sobre la contaminación. En ese sentido, el hecho de que China ya imponga esos tipos de medidas no explica por qué *aumentar los tipos* (por ejemplo, los del impuesto sobre los recursos) no es una "alternativa" a los derechos de exportación.[3352]

7.1383. Estas resoluciones arrojan luz sobre aspectos del análisis comparativo pertinentes para nuestro análisis en los presentes procedimientos.

7.1384. En primer lugar, estamos de acuerdo con la afirmación de Australia, reflejada en el razonamiento del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados,* de que, cuando un Miembro demandado mantiene la medida en litigio como un "elemento[] de [una] política global", sustituir la medida en litigio por otro "elemento de [esa] política global" puede "debilitar [la política], al reducir las sinergias entre" los componentes de ese conjunto, así como sus efectos totales.[3353] A la luz de lo anterior, es apropiado tener debidamente en cuenta, en un análisis comparativo en el marco del párrafo 2 del artículo 2, el contexto en el que se aplica la medida impugnada, incluido, cuando sea pertinente, el hecho de que puede constituir un componente de una política integral. Ello también es compatible, a nuestro juicio, con la necesidad de tener en cuenta, como lo expresó el Órgano de Apelación, "las características del reglamento técnico en litigio, según se pongan de manifiesto en su diseño y estructura, así como la naturaleza del objetivo perseguido y la naturaleza, cantidad y calidad de las pruebas disponibles", al evaluar las contribuciones relativas que la medida impugnada y las medidas alternativas propuestas hacen al objetivo perseguido por el Miembro demandado.[3354]

7.1385. En segundo lugar, aunque aceptamos el argumento de Australia de que la declaración citada *supra* del Grupo Especial que examinó el asunto *China - Tierras raras* se hizo *arguendo*, estamos de acuerdo con la premisa que parece subyacer al razonamiento del Grupo Especial encargado de dicho asunto, a saber, que una medida propuesta que sea una *variación* de una medida existente puede constituir una alternativa válida. De hecho, ello está en consonancia con la observación del Órgano de Apelación de que las medidas alternativas son "de naturaleza hipotética en el contexto del análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 porque todavía no existen en el Miembro en cuestión, *o al menos no en la forma concreta que propone el reclamante*".[3355] Ello confirma que una medida puede ser una alternativa válida cuando existe en el Miembro demandado, si bien en una forma diferente de la propuesta por el reclamante. En tal caso, es la *variación* propuesta por los reclamantes como sustituto de la medida impugnada lo que sería objeto del análisis comparativo en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, incluida la cuestión de si esa variación de una medida existente haría una contribución equivalente al objetivo perseguido por el Miembro demandado.

7.1386. Pasando a las consecuencias que estas observaciones generales tienen para nuestra evaluación, recordamos nuestra conclusión de que el objetivo de las medidas TPP es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Las medidas TPP tratan de alcanzarlo reduciendo el atractivo de los productos de tabaco, 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.[3356] Hemos concluido *supra* que las pruebas de que disponemos, consideradas en su totalidad, respaldan la conclusión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas al mismo tiempo que el empaquetado genérico del tabaco), hacen una contribución significativa al objetivo de Australia de mejorar la salud pública al reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

[3352] Informes del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.186. (las cursivas figuran en el original)

[3353] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172.

[3354] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.

[3355] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.328. (sin cursivas en el original)

[3356] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3(2).

7.1387. Recordamos también los antecedentes normativos con respecto al control del tabaco en Australia, expuestos en la sección 2.2 de los presentes informes. Como se ha descrito con detalle *supra*, Australia mantiene una gama de medidas de control del tabaco, entre las que se incluyen restricciones de la publicidad y promoción de los productos de tabaco, medidas fiscales y restricciones de la venta de productos de tabaco.[3357] Recordamos también el contexto inmediato en el que Australia adoptó las medidas TPP, a saber, como una de las cuatro medidas que Australia anunció para "cumplir [las] recomendaciones del [NPHT]", que incluyen también un aumento de los impuestos especiales sobre el tabaco del 25%, restricciones de la publicidad por Internet australiana de los productos de tabaco y gasto adicional en campañas contra el tabaco.[3358] Australia ha explicado en los presentes procedimientos que esas medidas son parte de una estrategia integral a largo plazo de control del tabaco.[3359]

7.1388. Además, observamos que ese enfoque está en consonancia con el descrito en el CMCT, respecto del que Australia ha indicado que desea aplicarlo por medio de las medidas TPP, entre otras cosas.[3360] El párrafo 1 del artículo 5 del CMCT contiene, en efecto, una "obligación general" de "formular[], aplicar[], actualizar[] periódicamente y revisar[] estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con" las disposiciones del CMCT y los demás protocolos aplicables.[3361]

7.1389. El CMCT abarca una gama integral de medidas para abordar distintos aspectos del control del tabaco.[3362] Ello se refleja en el hecho de que está estructurado sobre la base de una distinción entre medidas relacionadas con la reducción de la demanda de tabaco (entre las que se incluyen medidas relacionadas con los precios y medidas fiscales; medidas para proteger contra la exposición al humo del tabaco; la reglamentación del contenido de los productos de tabaco; la reglamentación de la divulgación de información sobre el producto; medidas relacionadas con el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco; la educación, comunicación, formación y concientización del público; la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco; medidas de reducción de la demanda relativas a la dependencia y al abandono del tabaco)[3363] y medidas relacionadas con la reducción de la oferta de tabaco (entre las que se incluyen medidas relativas al comercio ilícito de productos de tabaco y las ventas a y por menores).[3364]

7.1390. Observamos también que la afirmación de que el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos deben abordarse por medio de una combinación de medidas que operen conjuntamente se refleja en publicaciones de la OMS[3365], el Banco Mundial[3366], el Director General de Sanidad de los Estados Unidos[3367], el USIOM[3368] y los Centros para el Control y la

[3357] Véanse *supra* las secciones 2.2.1 (Advertencias sanitarias textuales y gráficas de carácter obligatorio); 2.2.2 (Restricciones de la publicidad y promoción de los productos de tabaco); 2.2.3 (Medidas impositivas); 2.2.4 (Restricciones de la venta de productos de tabaco); y 2.2.5 (Otras medidas, incluidas prohibiciones del consumo de tabaco en determinados lugares, campañas de mercadotecnia social contra el tabaco, suministro de medicamentos de sustitución de la nicotina y de deshabituación, líneas telefónicas de ayuda para dejar de fumar y medidas con respecto al comercio ilícito de tabaco).

[3358] Véase el párrafo 2.8 *supra*.

[3359] Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, sección II.D.

[3360] Véase el párrafo 2.101.

[3361] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 1 del artículo 5.

[3362] Véanse la nota 1064 y, por ejemplo, el examen realizado en los párrafos 7.327-7.328 y 7.388 *supra*.

[3363] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículos 6-14.

[3364] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículos 15-17.

[3365] Plan de medidas de la OMS para hacer retroceder la epidemia del tabaquismo (Prueba documental AUS-607), página 11 (donde se reconoce que las políticas de control del tabaco "son complementarias y sinérgicas").

[3366] Jha y Chaloupka 1999 (Prueba documental AUS-51), páginas 82-83 (donde se señala que "cuando los *Gobiernos* deciden tomar medidas enérgicas para poner coto a la epidemia del tabaquismo, debe adoptarse una estrategia multidireccional ...").

[3367] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2014 (Pruebas documentales AUS-37, DOM-104, CUB-35), página 7 (donde se señala que "desde el informe del Director General de Sanidad de 1964, los programas y políticas integrales de control del tabaco han demostrado ser eficaces para controlar el consumo de tabaco", y que "pueden obtenerse ulteriores beneficios con la utilización plena, enérgica y sostenida de esas medidas"); e informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2000 (Prueba documental AUS-53), página 11 (donde se señala que "un éxito de salud pública en la reducción del consumo de tabaco requiere actuar en todos los frentes", y que un "enfoque integral -uno que optimice la sinergia de una combinación de estrategias- se ha revelado como el principio orientador para los futuros

Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos (USCDC).[3369] Este enfoque de múltiples facetas refleja la multiplicidad de factores respecto de los que se reconoce que influyen en el consumo de tabaco, como se ha expuesto *supra*.[3370]

7.1391. Estos elementos indican que las medidas TPP operan "como parte de un conjunto más complejo de medidas orientadas hacia el mismo objetivo"[3371], y tendremos debidamente en cuenta este contexto normativo más amplio al realizar nuestra evaluación comparativa. Al mismo tiempo, como se ha expuesto *supra*, ello no implica que los reclamantes no puedan identificar como alternativa a las medidas TPP una medida que consista en una variación de una de las otras medidas aplicadas por Australia como parte de su conjunto más amplio de medidas dirigidas al control del tabaco.

7.2.5.6.2 Primera medida alternativa propuesta: aumento de la EMCL

7.1392. Todos los reclamantes sostienen que aumentar la EMCL de productos de tabaco en Australia de 18 a 21 años sería una alternativa a las medidas TPP que restringiría menos el comercio y haría una contribución equivalente al objetivo de Australia.

7.1393. El principal argumento de Australia en respuesta a esa alternativa propuesta es que un aumento de la EMCL no es una medida alternativa, sino "más bien una ligera variación de una medida que Australia ha implementado ya".[3372] Por ello, examinamos en primer lugar si el aumento de la EMCL puede considerarse una medida "alternativa".

7.1394. Si determináramos que ese aumento constituiría una medida alternativa, tendríamos que examinar si sería, como indican los reclamantes, una medida que restringiría menos el comercio y haría una contribución equivalente al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos y estaría razonablemente disponible para Australia. Como cuestión preliminar, describimos en primer lugar la medida propuesta.

7.2.5.6.2.1 Descripción de la medida propuesta

7.1395. Honduras sostiene que una medida alternativa menos restrictiva del comercio consiste en aumentar la EMCL de productos de tabaco en Australia de 18 a 21 años, lo que podría limitar la disponibilidad de esos productos para los adolescentes.[3373] La República Dominicana manifiesta que, "aparte de aumentar los impuestos, un medio alternativo de hacer frente a ese problema sería aumentar la [EMCL] de los actuales 18 años a 21 años para los productos de tabaco en Australia", ya que ello constituiría una opción más eficaz, directa y fácilmente disponible que, a diferencia de las medidas TPP, no complicaría el uso de marcas de fábrica o de comercio.[3374] Cuba "adopta" los argumentos expuestos por la República Dominicana respecto del aumento de

esfuerzos para reducir el consumo de tabaco"). Véase también el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), capítulo 6.

[3368] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 6-20 (donde se señala, en el examen de las restricciones al acceso de los jóvenes, que "hay algunas pruebas de que los programas contra el tabaco integrales *que incluyen restricciones al acceso de los jóvenes* son eficaces para reducir el consumo de tabaco por los menores ...").

[3369] *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs* de los USCDC (Prueba documental AUS-50), páginas 6 y 9 (donde se reconoce la eficacia de los enfoques integrales del control del tabaco que combinan "estrategias educativas, clínicas, normativas, económicas y sociales" y se señala que "las investigaciones han demostrado la mayor eficacia de los esfuerzos de intervención que integran la aplicación de iniciativas de política y programáticas para influir en las normas, sistemas y redes sociales").

[3370] Véase, por ejemplo, el examen realizado en los párrafos 7.703-7.720 *supra*.

[3371] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.216, nota 660 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151).

[3372] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 709.

[3373] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 567 y 913.

[3374] Primera comunicación escrita de la República Dominicana párrafos 763. (no se reproduce la nota de pie de página)

la EMCL.[3375] Indonesia "respalda" las alternativas "propuestas por" la República Dominicana en relación con el aumento de la edad legal para fumar de 18 a 21 años.[3376]

7.1396. Asimismo, tomamos nota del argumento de la República Dominicana de que, para el caso de que el Grupo Especial considere que una mayor reducción del consumo de tabaco lograda mediante el aumento de la EMCL de 18 a 21 años supone necesariamente por sí misma una mayor restrictividad del comercio, la República Dominicana "propone un enfoque ajustado para aumentar la EMCL", que "aseguraría que la contribución a la reducción del consumo de tabaco mediante el aumento de la EMCL siguiera siendo equivalente a cualquier contribución que pudieran hacer las medidas [TPP]".[3377] En particular, "la EMCL podría aumentarse a 19 o 20 [años] si el Grupo Especial constatase que aumentar la EMCL a 21 [años] es considerablemente más eficaz que las medidas [TPP] para reducir el volumen de ventas de productos de tabaco, y esta es una consideración decisiva para evaluar la del comercio".[3378] La razón es que aumentar la EMCL a 19 años tendría un menor impacto en las tasas de prevalencia que el aumento a 21 años, y la contribución "a reducir el consumo de tabaco [del aumento de la EMCL a 20 años] se situaría necesariamente en el punto medio del rango de efectos correspondientes a una EMCL de 19 y de 21 [años]".[3379]

7.1397. Como la sugerencia de la República Dominicana de que Australia podría aumentar la EMCL a los 19 o los 20 años depende de nuestras restantes constataciones respecto de la restrictividad del comercio y la contribución del aumento de la EMCL a 21 años, examinaremos esos argumentos en caso de que formulemos las constataciones a las que ha hecho referencia la República Dominicana (es decir, que una mayor reducción del consumo de tabaco lograda mediante el aumento de la EMCL de 18 a 21 años entraña necesariamente por sí misma un mayor grado de restrictividad del comercio).

7.2.5.6.2.2 La cuestión de si aumentar la EMCL a 21 años es una medida alternativa

7.1398. Australia señala que cada uno de sus estados y territorios aumentó la EMCL de 16 a 18 años durante el período de 1990 a 1998.[3380] Añade que aplica una amplia gama de políticas orientadas a limitar el acceso de los jóvenes a los productos de tabaco, entre ellas, prohibiciones de vender productos de tabaco a menores, comprar en nombre de menores y utilizar documentos de identidad falsos para comprar productos de tabaco.[3381] Además, "algunos estados han implementado también leyes que autorizan el decomiso de los productos de tabaco que fume o posea una persona menor de 18 años".[3382] Para Australia, tales medidas son complementarias, y no sustitutivas, de las medidas TPP.[3383]

7.1399. Más arriba se han resumido los argumentos de los reclamantes con respecto al grado en que las variaciones de las vigentes medidas pueden clasificarse como "alternativas" a los efectos del análisis comparativo.[3384] Además, Indonesia sostiene que "el hecho de que Australia aumentase su [EMCL] de 16 a 18 años *hace casi 20 años* no guarda relación con los efectos positivos que podría ocasionar *actualmente* un aumento de 18 a 21 años".[3385]

7.1400. La actual EMCL de Australia es de 18 años, y se mantiene a través de medidas aplicadas en los estados y los territorios.[3386] Como se explicó anteriormente, una medida puede ser una alternativa válida si existe en el Miembro demandado, aunque en forma diferente de la propuesta por el reclamante.[3387] En este caso, aunque Australia mantiene una EMCL, su forma es distinta de

[3375] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 287.
[3376] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 457. Véase también la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 283-293.
[3377] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafo 133.
[3378] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial, párrafo 58.
[3379] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafo 135.
[3380] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 710.
[3381] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 710.
[3382] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 710.
[3383] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 710.
[3384] Véase el párrafo 7.1379 *supra*.
[3385] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 289. (las cursivas figuran en el original)
[3386] Instrumento de presentación de informes del CMCT de la OMS presentado por Australia (Prueba documental HND-26); y primera comunicación escrita de Australia, anexo C, nota 1102.
[3387] Véase el párrafo 7.1385 *supra*.

la propuesta por los reclamantes (es decir, es de 18 años, y no de 21 años, como se propone). Australia no ha demostrado por qué una variación de esa naturaleza (es decir, aumentar la EMCL en tres años) no es suficiente para que la propuesta de los reclamantes sea una medida alternativa a los efectos de nuestro análisis, y se limita a afirmar que la existencia de una EMCL de 18 años hace que esa medida sea complementaria, y no sustitutiva, de las medidas TPP.[3388]

7.1401. Por consiguiente, no estamos convencidos de que la propuesta de los reclamantes de aumentar la EMCL a 21 años no sea una medida alternativa, tomando únicamente como base el hecho de que es una "ligera variación" respecto de la edad mínima de compra de 18 años vigente en Australia.[3389]

7.1402. En consecuencia, llegamos a la conclusión de que aumentar la EMCL a 21 años es una medida alternativa, ya que no es una medida aplicada actualmente por Australia. Por lo tanto, procedemos a seguir evaluando si esa medida, como alternativa a las medidas TPP, sería menos restrictiva del comercio que ellas, haría una contribución equivalente al objetivo de Australia y estaría razonablemente disponible para su implementación por Australia.

7.2.5.6.2.3 La cuestión de si aumentar la EMCL a 21 años restringiría menos el comercio que las medidas TPP

Argumentos de las partes

7.1403. Honduras mantiene que aumentar la EMCL a 21 años restringe menos el comercio que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y de formato de las medidas TPP, ya que no afecta a la capacidad de los productores para utilizar empaquetado con marca en el que se indique la calidad y reputación a los consumidores del mercado australiano, y no impondría a los productores costos de cumplimiento relacionados con las modificaciones en el aspecto del empaquetado y de los propios productos de tabaco.[3390] Honduras añade que aumentar la EMCL a 21 años no altera en modo alguno las oportunidades de competencia al no perjudicar los derechos de propiedad intelectual protegidos de los productores ni su capacidad para distinguir legítimamente sus productos de los productos de los competidores en el mercado australiano, y tampoco impone costos de cumplimiento adicionales a los comerciantes ni crea incertidumbres en el mercado.[3391]

7.1404. La República Dominicana sostiene que aumentar la EMCL a 21 años restringiría menos el comercio que las medidas TPP. Según la República Dominicana, mientras que las medidas TPP impiden que las marcas de fábrica o de comercio cumplan "su función esencial de elemento diferenciador" y, por lo tanto, eliminan oportunidades de competencia para los productores de productos de tabaco, aumentar la EMCL no tendría ninguno de esos efectos de restricción del comercio.[3392]

7.1405. La República Dominicana aduce también que, si el Grupo Especial constata que las medidas TPP contribuyen al objetivo de Australia, las medidas serán igualmente restrictivas del comercio al reducir el volumen de ventas de productos de tabaco.[3393] Partiendo de ese supuesto, la República Dominicana sostiene que aumentar la EMCL a 21 años restringe menos el comercio que las medidas TPP, ya que conlleva las mismas restricciones basadas en el volumen que las medidas TPP, pero no limita las oportunidades de competencia, como hacen las medidas TPP, al reducir los elementos de diferenciación y alterar las oportunidades de competencia. En concreto, aumentar la EMCL no afecta al uso de marcas de fábrica o de comercio u otros elementos del empaquetado y productos que sirven para diferenciar unos productos de tabaco de otros[3394], y no lleva a un cambio a productos de menor precio porque niega a los jóvenes la posibilidad de comprar todo tipo de productos de tabaco, tanto de gama alta como baja.[3395] Por otra parte, la

[3388] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 710.
[3389] Véase un análisis de la EMCL vigente en Australia en el párrafo 2.65 y la nota 309 *supra*.
[3390] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 580 y 916; y respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3391] Respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3392] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 1022-1023.
[3393] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 970.
[3394] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 970-976; y su respuesta a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3395] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.

República Dominicana sostiene que el aumento de la EMCL puede ajustarse para asegurar que sus efectos en el volumen de ventas de productos de tabaco sean equivalentes en tamaño a cualesquiera efectos en el volumen que se constate tienen las medidas TPP. La EMCL podría aumentarse a 19 o 20 años si el Grupo Especial constata que aumentarla a 21 años es considerablemente más eficaz que las medidas TPP para reducir el volumen de ventas de productos de tabaco.[3396]

7.1406. La República Dominicana argumenta también que, suponiendo que no hay discriminación basada en el origen, la limitación de la edad no es una medida que restrinja el comercio con arreglo al Acuerdo OTC, el GATT de 1994, el Acuerdo sobre los ADPIC o cualquier otro acuerdo abarcado. Según sostiene la República Dominicana, la reducción de las oportunidades de competencia que conlleva la limitación no discriminatoria de la edad no está protegida por los acuerdos abarcados. La República Dominicana aduce que, si una medida alternativa no restringe el comercio con arreglo a los acuerdos abarcados, y un reglamento técnico impugnado sí lo hace, ello constituye un indicio "sólido e incluso decisivo" de que la alternativa es menos restrictiva del comercio con arreglo a esos acuerdos.[3397]

7.1407. Cuba adopta los argumentos expuestos por la República Dominicana respecto de esa alternativa.[3398]

7.1408. Indonesia "respalda" las alternativas "propuestas por" la República Dominicana respecto al aumento de la edad legal para fumar de 18 a 21 años.[3399]

7.1409. Australia sostiene que "de acuerdo con los propios argumentos de los reclamantes, el aumento de la [EMCL] tendría, por su diseño, estructura y funcionamiento previsto, el efecto de eliminar una 'oportunidad de competencia' actualmente al alcance de las empresas tabacaleras de Australia, a saber, la oportunidad de competir legalmente por las ventas de productos de tabaco a los consumidores de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años".[3400] Por consiguiente, en opinión de Australia, "con arreglo al propio criterio equivocado de 'oportunidades competitivas' formulado por los reclamantes, aumentar la edad mínima de compra legal sería una medida 'restrictiva del comercio'".[3401]

7.1410. Australia añade que lo que indica la República Dominicana de que aumentar la EMCL reduciría el consumo de tabaco implica necesariamente que esas medidas restringirán el comercio. Además, Australia sostiene que el argumento de la República Dominicana de que aumentar la EMCL a 21 años ocasionará un grado equivalente o mayor de contribución a la reducción del consumo de tabaco que el empaquetado genérico del tabaco conlleva necesariamente una reducción equivalente o mayor del volumen de importaciones de productos de tabaco; y, por lo tanto, ocasionará "un grado equivalente o mayor de restrictividad del comercio".[3402]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1411. Como se ha expuesto anteriormente, una medida restringe el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC cuando esa medida tiene un efecto limitador en el comercio internacional.[3403]

[3396] Respuesta de la República Dominicana a las preguntas 151 y 157 del Grupo Especial.
[3397] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3398] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 287.
[3399] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 457.
[3400] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 563.
[3401] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 563.
[3402] Observaciones de Australia sobre la respuesta de los reclamantes a la pregunta 153 del Grupo Especial.
[3403] Según declaró el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 219, también citado *supra*, "[a]sí pues, el párrafo 2 del artículo 2 se refiere a las restricciones al comercio internacional". Esto es coherente con la primera frase del párrafo 2 del artículo 2, que utiliza la expresión "obstáculos innecesarios al comercio internacional", no solo "obstáculos innecesarios al comercio". El término "comercio" también se acompaña del calificativo "internacional" en otras disposiciones fundamentales del Acuerdo OTC, por ejemplo en las expresiones "el comercio internacional" (preámbulo, tercer considerando), "una restricción ... del comercio internacional" (preámbulo, sexto considerando), y "obstáculos ... al comercio

7.1412. Los reclamantes argumentan, en lo esencial, que aumentar la EMCL a 21 años restringiría menos el comercio que las medidas TPP, porque no conllevaría el tipo de restricciones para las oportunidades de competencia resultantes de la posibilidad de diferenciar productos mediante marcas de fábrica o de comercio y otros elementos del empaquetado con marca. Australia responde, con referencia a los argumentos de los reclamantes sobre las "oportunidades de competencia", que aumentar la EMCL de 18 a 21 años eliminaría una oportunidad de competencia de la que actualmente disponen las empresas tabacaleras en Australia consistente en competir legalmente por las ventas de productos de tabaco a los consumidores de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años.

7.1413. Estamos de acuerdo con Australia en que aumentar la EMCL de 18 a 21 años eliminaría la capacidad de las empresas tabacaleras para vender sus productos a personas menores de 21 años y cualesquiera oportunidades de competencia relacionadas con tales ventas, incluso en el caso de productos de tabaco importados. A ese respecto, observamos que, aunque el tramo de edad de 18 a 21 años representa solo un segmento del mercado de personas que pueden consumir productos de tabaco o que los consumen, hemos señalado la importancia de los jóvenes fumadores para la industria tabacalera. Acerca de ello, recordamos las pruebas de la propia industria tabacalera de que disponemos, en las que se indica que "el éxito futuro de cualquier marca de cigarrillos depende de su capacidad para atraer a los fumadores adultos más jóvenes, de edades comprendidas entre los 18 y los 24 años", y que "los fumadores de entre 18 y 24 años determinan las tendencias futuras de la industria tabacalera".[3404]

7.1414. Recordamos también nuestra determinación, respecto de las medidas TPP, de que esas medidas son restrictivas del comercio en tanto en cuanto tienen un efecto limitador sobre el volumen total del comercio de productos de tabaco.[3405] Puesto que aumentar la EMCL a 21 años haría una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos al menos equivalente a la que harían las medidas TPP (según sostienen los reclamantes que sería el caso) mediante la reducción del consumo global de productos de tabaco, tal efecto afectaría igualmente al volumen total de importaciones en Australia.[3406] Por consiguiente, constatamos que aumentar la EMCL a 21 años, al igual que las medidas TPP, restringiría el volumen del comercio en una cantidad proporcionada a su contribución al objetivo de Australia.

7.1415. Además, recordamos nuestra determinación anterior de que, si bien estamos de acuerdo en que, al restringir las oportunidades de que las marcas se diferencien, las medidas TPP limitan las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan sobre la base de esa diferenciación de las marcas[3407], no estamos convencidos de que esa modificación del entorno de competencia para todos los productos de tabaco en la totalidad del mercado (que puede, en principio, *aumentar* la competencia en el mercado) constituya, en sí misma, una restricción de las "oportunidades de competencia" de los productos de tabaco importados respecto de la cual haya que dar por supuesto que tiene un "efecto limitador" en el comercio internacional. A ese respecto, recordamos también nuestra conclusión de que no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que esa reducción de las oportunidades de diferenciación de marcas haya dado lugar a

---

internacional" (preámbulo, quinto considerando; párrafo 5 del artículo 2; párrafo 1.2 del artículo 5; y párrafo E del Anexo 3).

[3404] *Camel Advertising Development White Paper* (Prueba documental AUS-197), página 1.

[3405] Véase el párrafo 7.1208 *supra*.

[3406] A ese respecto, observamos que la propia República Dominicana ha reconocido que su propuesta de aumentar la EMCL de 18 a 21 años puede dar por resultado una reducción del consumo de tabaco mayor que la lograda mediante las medidas TPP, de modo que el grado de restrictividad del comercio de esa alternativa sería *mayor* que el de las medidas TPP:

> [P]ara el caso de que el Grupo Especial considere que una mayor reducción del consumo de tabaco lograda mediante el aumento de la EMCL de 18 a 21 años supone necesariamente por sí misma una mayor restrictividad del comercio, la República Dominicana propone un enfoque ajustado para aumentar la EMCL ... Ese enfoque ajustado aseguraría que la contribución a la reducción del consumo de tabaco mediante el aumento de la EMCL siguiera siendo equivalente a cualquier contribución que pudieran hacer las medidas [T]PP.

Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafo 133. Véase también el párrafo 7.1396 *supra*.

[3407] Véase el párrafo 7.1167 *supra*.

un incremento de la competencia de precios y una caída de esos precios y, por consiguiente, a una disminución del valor de venta de los productos de tabaco y del valor total de las importaciones.

7.1416. Observamos igualmente que, si bien las pruebas que se nos han presentado constituyen únicamente una base muy limitada para evaluar con algún grado de precisión las consecuencias potenciales que aumentar la EMCL a 21 años tendría en el valor total de las importaciones (y, por lo tanto, para determinar sobre esa base si esa alternativa tiene un efecto limitador en el comercio), no tenemos motivos para suponer que esas consecuencias serían *menores* que las observadas en relación con las medidas TPP. En el mismo orden de cosas, observamos también que las pruebas que se nos han presentado respecto de esa alternativa no especifican las consecuencias potenciales de aumentar la EMCL a 21 años en el volumen y el valor de las importaciones de cigarrillos por segmentos de precios. Sin embargo, otras pruebas que obran en el expediente indican que los jóvenes adultos fumadores son más sensibles a los precios que los fumadores de más edad[3408], lo que parece indicar que, a corto plazo, lo previsible es que el aumento de la EMCL afecte más al segmento de precios bajos que al de precios superiores.

7.1417. Habida cuenta de esos elementos, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que el aumento de la EMCL a 21 años sería necesariamente menos restrictivo del comercio que las medidas TPP.

7.1418. A pesar de esa conclusión, consideramos apropiado proseguir nuestro análisis y determinar también si, suponiendo que tal medida pudiera considerarse menos restrictiva del comercio que las medidas TPP, el aumento de la EMCL haría una contribución equivalente al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.2.5.6.2.4 La cuestión de si aumentar la EMCL haría una contribución equivalente al objetivo de Australia

Principales argumentos de las partes

7.1419. Honduras aduce que el aumento de la EMCL a 21 años "podría ... contribuir al objetivo de prevalencia del consumo de tabaco de Australia en un grado igual o incluso mayor que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y de formato impuestas por el empaquetado genérico".[3409] Tal aumento tendría el efecto de eliminar los productos de tabaco de las redes sociales de los adolescentes, restringiendo con ello el acceso de esos adolescentes a los productos de tabaco y reduciendo la prevalencia del consumo de tabaco al atajar la raíz del problema (es decir, al impedir la iniciación durante la adolescencia). Honduras hace referencia[3410] al informe de experto del Profesor Steinberg, que favorece las intervenciones que afectan a la disponibilidad de los productos de tabaco para los adolescentes, en lugar de las intervenciones que tratan de influir en la demanda de esos productos por los adolescentes.[3411] Honduras añade que, desde que se presentó el primer informe del Profesor Steinberg al Grupo Especial, un comité del USIOM ha publicado un informe, al cual ha contribuido el Profesor Steinberg, en el que el USIOM se muestra de acuerdo con la recomendación del Profesor Steinberg de que aumentar la EMCL de productos de tabaco a 21 o 25 años contribuiría a impedir la iniciación de los adolescentes en el consumo de tabaco.[3412] Honduras sostiene que diversas jurisdicciones de todo el mundo han logrado reducir la prevalencia del consumo de tabaco aumentando la EMCL de productos de

[3408] Entre esas pruebas figura la observación del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de que, según varios estudios, los jóvenes y jóvenes adultos de los Estados Unidos son de dos a tres veces más sensibles a los precios que los adultos y, en todo caso, que hay una relación inversa entre edad y sensibilidad al precio. Véase el informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), páginas 697-707. Esa estadística relativa a la sensibilidad a los precios se menciona también en Chaloupka *et al.* 2012 (Prueba documental DOM-115). Véanse también el informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 6-8; el Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 352; y el informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6, párrafo 39 y párrafo 40 (donde se observa que la disponibilidad de productos de tabaco más baratos puede propiciar un aumento de la iniciación en los jóvenes).

[3409] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 917.

[3410] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 913. Véanse también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 571; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 218.

[3411] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 569-570.

[3412] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 220 (donde se hace referencia al informe de réplica de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-10)).

tabaco.[3413] Además, Honduras hace referencia a estudios en los que se predice que, en los Estados Unidos, el aumento de la EMCL a 21 años reduciría, en un plazo de 75 años, la prevalencia entre los jóvenes de 15 a 17 años del 22,1% al 7,5%, y entre los jóvenes de 18 años o más del 22,3% al 13,6%.[3414]

7.1420. Honduras sostiene que es probable que aumentar la EMCL impida o retrase la iniciación en el consumo de tabaco de adolescentes y jóvenes adultos, reduciendo significativamente las tasas de consumo de tabaco, de forma que, incluso a corto plazo, esa medida permitiría alcanzar directamente el objetivo de Australia de mejorar la salud pública.[3415] Honduras añade que, "a largo plazo, y dado que el tamaño de la población fumadora australiana disminuirá como resultado de la medida propuesta por Honduras, el número de personas que habrá de abandonar el hábito de fumar o abstenerse de recaer en ese hábito en Australia será menor, lo que está en consonancia con la propia estrategia de Australia de reducir su población fumadora abordando la iniciación de los jóvenes en el consumo de tabaco".[3416]

7.1421. La República Dominicana aduce que aumentar la EMCL a 21 años tendría importantes repercusiones en el consumo inicial y continuado de productos de tabaco "por el grupo de edad de mayor preocupación" y, a largo plazo, en las tasas de consumo de tabaco y prevalencia de fumadores correspondientes a los adultos. Asimismo, la República Dominicana se refiere al informe de experto del Profesor Steinberg, según el cual "es probable que las políticas que limitan la capacidad de los adolescentes para obtener cigarrillos tengan un mayor impacto que las que tratan de reducir el interés de los adolescentes por el hábito de fumar".[3417] La República Dominicana añade que "aumentar la EMCL excluiría los cigarrillos de las redes sociales de los más jóvenes", que suelen recibir sus primeros cigarrillos de amigos que pueden comprarlos legalmente y compartirlos con su red social.[3418] Según la República Dominicana, el aumento de la EMCL tendría también una repercusión a más largo plazo en la reducción de las tasas de consumo de tabaco de adultos.[3419] La República Dominicana señala las referencias hechas por el Profesor Steinberg a ejemplos del mundo real, entre ellos, "el aumento de la EMCL en Inglaterra, Escocia, Gales, Finlandia y Suecia, que, según se ha comprobado, ha reducido las compras y el consumo de tabaco por los jóvenes".[3420] La República Dominicana se refiere a otro estudio de los Estados Unidos que prevé que, en un plazo de 50 años, el aumento de la EMCL de 18 a 21 años en los Estados Unidos podría reducir la prevalencia: a) del 20% al 6,6% entre las personas de 14 a 17 años; b) del 26,9% al 12,2% entre las personas de 18 a 20 años; y c) del 21,8% al 15,5% entre las personas de 21 años o más.[3421]

7.1422. La República Dominicana se refiere también al informe publicado en 2015 por el USIOM con el título *Public Health Implications of Raising the Minimum Age of Legal Access to Tobacco Products*[3422] (Consecuencias para la salud pública de aumentar la edad mínima de acceso legal a los productos de tabaco) (informe del USIOM de 2015), en el que se examinaron las repercusiones de aumentar la EMCL de 18 a 21 años. De acuerdo con la República Dominicana, el informe del USIOM de 2015 "coincidió con el Profesor Steinberg en que aumentar la EMCL de 18 a 21 años reduciría las tasas de consumo de tabaco entre los jóvenes al excluir los productos de tabaco de las redes sociales de los menores de 18 años"[3423] y llegó a la conclusión de que ese aumento

[3413] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 573-575; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 219. Honduras se refiere al aumento de la EMCL en Inglaterra, Escocia y Gales, Finlandia (de los 16 a los 18 años) y Needham (Massachusetts) (de 18 a 21 años).

[3414] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 576.

[3415] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 692.

[3416] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 692. Véase también la respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.

[3417] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 768 (donde se cita el informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 68); y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 604-605. Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 769.

[3418] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 770. Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 769-771.

[3419] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 773-777; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 606.

[3420] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 775.

[3421] Primera comunicación escrita de la República Dominicana párrafo 776 (donde se hace referencia a Ahmad 2005a (Pruebas documentales DOM-130, HND-75)).

[3422] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232).

[3423] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 609.

tendría efectos beneficiosos a largo plazo en las tasas de consumo de tabaco de adultos, porque, si se retrasaba la edad de acceso a los productos de tabaco, muchos jóvenes nunca adquirirían el hábito de fumar.[3424] La República Dominicana presenta estimaciones del USIOM relativas a la reducción de las tasas de iniciación, si la EMCL aumentase de los 18 a los 21 años, para los menores de 15 años (15%); los de edades comprendidas entre 15 y 17 años (25%); los de 18 años (15%); y los de edades comprendidas entre 19 y 20 años (15%).[3425]

7.1423. La República Dominicana afirma que la contribución de las medidas TPP "podría describirse generosamente como poco más que especulativa"[3426] mientras que, "en cambio, las pruebas examinadas más arriba, en particular el informe del USIOM de 2015, muestran que aumentar la EMCL de 18 a 21 años contribuiría mucho, y casi con toda seguridad, a reducir la conducta tabáquica a corto y largo plazo, tanto entre los jóvenes como entre los adultos".[3427] La República Dominicana sostiene que aumentar la EMCL sería también una eficaz alternativa a las medidas TPP para reducir el hábito de fumar cigarros entre los jóvenes.[3428]

7.1424. Cuba hace suyos los argumentos expuestos por la República Dominicana respecto de aumentar la EMCL.[3429] Cuba hace referencia al informe del USIOM de 2015[3430] y señala que ese estudio concluye que un aumento de la edad de compra puede impedir o retrasar la iniciación de los jóvenes al uso del tabaco.[3431] En opinión de Cuba, restringir el acceso de los jóvenes a través de esfuerzos de aplicación o elevando la edad mínima de compra tiene un impacto directo en la prevalencia del hábito de fumar para lograr el objetivo de mejora de la salud pública.[3432]

7.1425. Indonesia "respalda" las alternativas "propuestas por" la República Dominicana en relación con el aumento de la edad legal para fumar de 18 a 21 años[3433], y añade que "en el expediente hay pruebas de que aumentar la edad mínima legal de compra ... tiene también un efecto positivo en la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco".[3434]

7.1426. Australia sostiene que ningún aumento de la EMCL sería eficaz para reducir el atractivo de los productos de tabaco, y que la finalidad de las restricciones del acceso a los productos de tabaco es disuadir a los adolescentes de adquirir el hábito de fumar. En opinión de Australia, esas medidas no tendrían efectos en los mayores de 21 años, ni tampoco alentarían el abandono ni desalentarían la recaída. En cambio, según plantea Australia, las medidas TPP tendrían capacidad para influir en todos los consumidores y en los consumidores potenciales de productos de tabaco.

7.1427. Australia añade que la República Dominicana "trata de desplazar al Grupo Especial su carga de proponer medidas alternativas menos restrictivas del comercio que hagan una contribución equivalente a los objetivos de las" medidas TPP, en particular, con respecto a "la forma en que las medidas alternativas, o una combinación de ellas, podrían implementarse para hacer una contribución equivalente" a la de las medidas TPP. Australia sostiene que la República Dominicana deja las medidas alternativas "totalmente sin especificar, esperando que el Grupo Especial determine, por ejemplo, cómo 'ajustar cuidadosamente' ... el alcance del aumento de

[3424] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 610 (donde se hace referencia al informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página S-6); y respuesta de la República Dominicana a las preguntas 65, 126 y 157 del Grupo Especial.
[3425] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 609 (donde se hace referencia al informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 7-11); y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3426] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 619; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3427] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 620; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 621.
[3428] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 152 del Grupo Especial.
[3429] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 287.
[3430] Cuba no presentó ese informe como prueba documental. Sin embargo, a partir de la descripción y el análisis por Cuba del informe examinado, entendemos que se trata del mismo informe del USIOM presentado por la República Dominicana como prueba documental DOM-232.
[3431] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 349-353.
[3432] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 348.
[3433] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 457.
[3434] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 201.

la EMCL para que esas medidas tengan un impacto en el volumen de comercio idéntico al causado por el empaquetado genérico del tabaco".[3435]

7.1428. Australia sostiene que las pruebas a favor de aumentar la EMCL son equívocas[3436], y se remite a la conclusión de sus expertos, el Profesor Chaloupka y el Dr. Biglan, de que las pruebas a favor de aumentar la EMCL son "dispares", y que los estudios examinados por el Profesor Steinberg se refieren casi exclusivamente al aumento de la edad mínima legal de compra a 18 años, cosa que Australia ha hecho ya.[3437] Australia señala que, según la valoración del USIOM, antes de publicarse su informe, había "escasez de pruebas directas" y no existían "estudios pertinentes" sobre el efecto de aumentar la EMCL respecto de los productos de tabaco.[3438]

7.1429. Australia añade, sin embargo, que aumentar la EMCL "es una política cuya implementación Australia puede considerar en el futuro, junto con el empaquetado genérico del tabaco, en particular si el conjunto de pruebas que la respaldan sigue creciendo" (y observa que el estado de Tasmania está examinando una legislación que prohibiría la venta de productos de tabaco a cualquiera nacido el 1º de enero de 2000 o en fecha posterior).[3439]

7.1430. Australia añade que aumentar la EMCL a 21 años no contribuye de forma equivalente a sus objetivos de salud pública, y afirma que el único objetivo declarado de aumentar la EMCL es desalentar el inicio de los jóvenes en el consumo de tabaco, por lo que no tendría efectos en los mayores de 21 años, ni en los casos de abandono o recaída.[3440] Asimismo, Australia señala que, si el empaquetado genérico del tabaco se sustituyese por una variación del enfoque que utiliza Australia para restringir el acceso de los jóvenes a los productos de tabaco, los medios de Australia para influir en el comportamiento de los consumidores afectados por la publicidad en los paquetes o las ASG se verían comprometidos, "reduciéndose la integralidad y la eficacia de la política de control del tabaco de Australia". En opinión de Australia, "una estrategia de control del tabaco que restrinja el acceso a los productos de tabaco *y* reduzca su atractivo, aumente la eficacia de las ASG y reduzca la capacidad del empaquetado de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos del consumo de tabaco ... es más eficaz que cualquier medida por separado".[3441]

7.1431. Australia sostiene que la afirmación de la República Dominicana de que la evaluación de la equivalencia de la contribución debe centrarse en la contribución global al objetivo de "reducir la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco" pasa por alto el hecho de que alentar el abandono y desalentar la recaída son dos de los objetivos declarados de la medida TPP, tal como se establece en los artículos 3(1)(a)(ii) y (iii) de la Ley TPP. En opinión de Australia, al generalizar los objetivos de la medida TPP de ese modo, la República Dominicana trata de evitar la conclusión obvia de que la alternativa que ha propuesto no permitiría alcanzar dos de los objetivos explícitos de la medida.

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1432. Según se ha expuesto más arriba, en primer lugar debemos considerar si aumentar la EMCL a 21 años contribuiría al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos y, en caso afirmativo, en qué grado lo haría, para evaluar después si esa contribución sería "equivalente" a la que hacen las medidas TPP al mismo objetivo.

[3435] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.
[3436] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 722-724.
[3437] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 556-557. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial.
[3438] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 558-559; y respuesta de Australia a la pregunta 139 del Grupo Especial.
[3439] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 560; y respuesta de Australia a la pregunta 139 del Grupo Especial.
[3440] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 561; y respuesta de Australia a la pregunta 139 del Grupo Especial.
[3441] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 562; y respuesta de Australia a la pregunta 139 del Grupo Especial.

7.1433. Para demostrar la contribución que el aumento de la EMCL a 21 años haría al objetivo de Australia, los reclamantes se basan principalmente en los informes de experto del Profesor Steinberg y en el informe del USIOM de 2015.[3442] Para responder a los informes del Profesor Steinberg, Australia se basa principalmente en los informes de experto del Profesor Chaloupka[3443], del Profesor Slovic[3444] y del Dr. Biglan.[3445]

7.1434. Ya hemos expuesto las opiniones del Profesor Steinberg respecto de las causas de la iniciación en el consumo de tabaco.[3446] Además, el Profesor Steinberg sostiene que es probable que las políticas que limitan la capacidad de los adolescentes para obtener cigarrillos tengan un mayor impacto que las que tratan de disminuir el interés de los adolescentes por el hábito de fumar.[3447] En opinión del Profesor Steinberg, "las dos estrategias con más probabilidades de éxito en la lucha contra el acceso de los menores a los cigarrillos consisten en aumentar la EMCL (en combinación con medidas de observancia eficaces) y aumentar el precio de los cigarrillos, y ambas medidas disminuirán considerablemente la probabilidad de que los menores de 18 años compartan situaciones sociales con pares que posean cigarrillos".[3448]

7.1435. El Profesor Steinberg hace referencia a diversos estudios en relación con el aumento de la EMCL de 16 a 18 años en Inglaterra, Escocia y Gales. Según explica, en un estudio se constató que esa medida había dado lugar a una disminución significativa de la prevalencia del consumo de tabaco entre los jóvenes de 16 a 17 años; en otro se concluyó que el aumento de la EMCL se relacionaba con una reducción del consumo de tabaco habitual y un aumento significativo de la proporción de alumnos que afirmaban tener dificultades para comprar cigarrillos en una tienda.[3449] El Profesor Steinberg afirma también que, según los informes, el aumento de la EMCL en Finlandia y Suecia reduce la compra o el consumo de tabaco por los menores de edad, y que varios estudios que han tratado de elaborar modelos del impacto que tendría aumentar la EMCL en el hábito de fumar de los menores en los Estados Unidos han llegado a la conclusión de que "daría lugar a reducciones significativas".[3450]

7.1436. El Profesor Steinberg llega a la conclusión de que aumentar la EMCL es un medio eficaz de combatir el consumo de tabaco de los menores de edad, siempre que se apliquen las leyes. Observa que algunos expertos "han preguntado si una aplicación más eficaz de las restricciones a la edad de compra debería combinarse con leyes que tipifiquen como delito las 'compras por intermediario' (adultos que compran cigarrillos para menores de edad)", y añade que, a su entender, "todos los estados y territorios de Australia prohíben actualmente que los adultos realicen como intermediarios compras para los menores de edad", y que "es probable que tales leyes, si se aplican con celo, contribuyan a limitar las ventas a intermediarios y, por consiguiente, refuercen las medidas relativas al acceso al asegurar el cumplimiento de las prescripciones [sobre EMCL]".[3451]

7.1437. El Profesor Steinberg sostiene que "es probable que incluso aumentos de ese tipo menos drásticos, de 18 a 19 años, tengan algún efecto positivo", pero añade que aumentar significativamente la EMCL por encima de los 18 años, hasta los 21 años, tiene dos ventajas potenciales.[3452] En primer lugar, ese aumento ofrece la posibilidad de eliminar los cigarrillos de las redes sociales de los alumnos de secundaria, ya que los adolescentes suelen obtener los cigarrillos a través de los amigos y tienden a entablar amistad con personas de su misma edad. El Profesor Steinberg afirma que, debido a que muchos adolescentes de 16 y 17 años tienen amigos, parejas sentimentales y compañeros de clase de 18 años, permitir la compra de cigarrillos a los jóvenes de 18 años "garantiza la fácil circulación de cigarrillos comprados legalmente en las redes sociales de muchos fumadores menores de edad, especialmente si asisten juntos a la escuela".[3453]

[3442] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232).
[3443] Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9).
[3444] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12); e informe de réplica de Slovic (Prueba documental AUS-532).
[3445] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13).
[3446] Véanse, por ejemplo, los párrafos 7.710-7.711 *supra*.
[3447] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 68.
[3448] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 69.
[3449] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 70.
[3450] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 70.
[3451] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 71.
[3452] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafos 73-74.
[3453] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 74.

En cambio, son muchos menos los adolescentes menores de 18 años que se relacionan socialmente con personas significativamente mayores, lo que hace más difícil la obtención de cigarrillos en las redes sociales "si la EMCL se aumenta varios años por encima de los 18".[3454] En segundo lugar, habida cuenta de las investigaciones que indican que las posibilidades de que alguien se convierta en fumador crónico son mucho menores si la iniciación en el consumo de tabaco se demora hasta después de la adolescencia, "desalentar el consumo de tabaco en un mayor número de adolescentes tendrá efectos significativos a largo plazo en la salud de la población adulta".[3455]

7.1438. En cuanto al informe del USIOM de 2015, su finalidad declarada es "examinar las publicaciones existentes sobre la iniciación en el consumo de tabaco y utilizar modelos y otros métodos para predecir los probables resultados que tendría para la salud pública el aumento de la edad mínima de compra de productos de tabaco a 21 años y 25 años".[3456] Entre las conclusiones de ese informe figuran las siguientes:

- es probable que aumentar la edad mínima para el acceso legal (EMAL) a los productos de tabaco impida o retrase la iniciación de los adolescentes y los jóvenes adultos en el consumo de tabaco[3457];

- aunque los cambios en la EMAL a los productos de tabaco se refieran directamente a las personas de 18 años de edad o más, la mayor reducción proporcional de la iniciación en el consumo de tabaco tendrá probablemente lugar entre los adolescentes de 15 a 17 años[3458];

- es probable que aumentar la EMAL a los productos de tabaco a 21 años tenga efectos sustancialmente mayores en la iniciación en el consumo de tabaco que aumentar esa edad a 19 años, pero el efecto añadido de aumentar la edad mínima por encima de los 21 años hasta los 25 años será, probablemente, considerablemente menor[3459];

- aumentar la EMAL a los productos de tabaco, en particular a edades de 21 y 25 años, dará probablemente lugar a reducciones sustanciales en la prevalencia del consumo de tabaco[3460]; y

- aumentar la EMAL a los productos de tabaco dará probablemente lugar a reducciones sustanciales en la mortalidad relacionada con el tabaquismo.[3461]

7.1439. El informe del USIOM de 2015 concluye además que aumentar la EMAL a los productos de tabaco mejorará probablemente de modo inmediato la salud de los adolescentes y jóvenes adultos al reducir el número de los que sufren deterioro en su estado de salud a causa del consumo de tabaco. Por otra parte, a medida que las primeras cohortes de nacimiento afectadas por el cambio normativo alcancen la edad adulta, empezarán también a ponerse de manifiesto los beneficios de la reducción de los efectos adversos en la salud a medio y largo plazo. Probablemente, aumentar la EMAL a los productos de tabaco reducirá también la exposición al humo de tabaco ajeno y la prevalencia de otros productos de tabaco, limitando aún más los consiguientes efectos adversos para la salud, tanto con carácter inmediato como a lo largo del tiempo.[3462]

[3454] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 74.
[3455] Informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafo 74
[3456] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página S-1.
[3457] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas S-3 y 7-10.
[3458] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas S-4 y 7-10.
[3459] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas S-4 y 7-10.
[3460] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas S-6 y 7-20.
[3461] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas S-6 y 8-20.
[3462] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas S-6 y 8-20. Tomamos nota de que algunas de esas conclusiones o todas ellas coinciden con las de otros estudios presentados por los reclamantes. Véanse Fidler y West 2010 (Pruebas documentales DOM-128, HND-70); Schneider *et al.* 2015 (Prueba documental DOM-370); Ahmad 2005a (Pruebas documentales DOM-130, HND-75); Ahmad y Billimek 2007 (Prueba documental HND-74); y Ahmad 2005b (Prueba documental HND-76). De los demás estudios que se nos han presentado, varios han sido citados con aprobación por el USIOM. Véanse, por ejemplo, Fidler y West 2010 (Pruebas documentales DOM-128, HND-70); Schneider *et al.* 2015 (Prueba documental DOM-370); Ahmad 2005a (Pruebas documentales DOM-130, HND-75); Ahmad y Billimek 2007

7.1440. Australia sostiene que las pruebas relativas al aumento de la EMCL son equívocas[3463] y que, en contradicción con las afirmaciones en contrario de la República Dominicana, el informe del USIOM de 2015 "no concluye con certeza que la medida reducirá inmediatamente el consumo de tabaco".[3464] Australia toma nota de la observación del USIOM de que, antes de publicarse su informe, había "escasez de pruebas directas" y no existían "estudios pertinentes" sobre el efecto de aumentar la EMCL respecto de los productos de tabaco.[3465] Ese aspecto es tratado con más detalle por su experto el Profesor Chaloupka, que afirma que "esas políticas y las iniciativas conexas, si bien han reducido sustancialmente el suministro comercial de cigarrillos a los jóvenes, han aumentado el recurso de los jóvenes fumadores a las fuentes sociales para obtener productos de tabaco".[3466] El Profesor Chaloupka sostiene también que "parece haber poca relación entre los niveles de observancia de las medidas por los vendedores minoristas y la prevalencia del consumo de tabaco actual o de cualquier época entre los estudiantes de secundaria de los Estados Unidos o de la iniciación temprana en el hábito de fumar cigarrillos entre los jóvenes estadounidenses".[3467]

7.1441. No obstante, observamos que los reclamantes han presentado pruebas pertinentes procedentes de fuentes creíbles en las que se indica que aumentar la EMCL, incluso hasta los 21 años, puede contribuir a reducir el consumo de tabaco, ya que limita el acceso de los jóvenes menores de 21 años a los productos de tabaco y, por lo tanto, afecta a la iniciación en el hábito de fumar y la prevalencia del consumo de tabaco. No estamos convencidos de que Australia haya demostrado que la lógica subyacente reflejada en esas pruebas no sea aplicable al contexto australiano. En concreto, en lo que respecta a la iniciación, no se nos han presentado pruebas de que el razonamiento del USIOM según el cual suprimir la oportunidad de que los menores de 21 años compren legalmente productos de tabaco limitaría el acceso de ese grupo de edad, ya que es menos probable que formen parte de redes sociales que comprendan personas de 21 años de edad[3468], no sea aplicable al contexto australiano. De modo similar, en lo que respecta a la prevalencia del consumo de tabaco, Australia no ha presentado pruebas que indiquen que las *tendencias* previstas en los cambios de la prevalencia a lo largo del tiempo como resultado de aumentar la EMCL a 21 años no sean aplicables en el contexto australiano, en concreto, que las reducciones de la prevalencia del consumo de tabaco en toda la población pasarían a ser significativas al cabo de algunos años, ya que la medida afectaría principalmente a los niños, los adolescentes y los jóvenes adultos, de forma que los efectos sanitarios plenos solo se harían visibles a medida que aumentase la edad de esas personas.[3469] Más bien, Australia sostiene que "habida cuenta de la conclusión alcanzada por el [USIOM], y de conformidad con el enfoque de Australia de formular las políticas en función de las pruebas, aumentar la [EMCL] es una política cuya aplicación Australia puede considerar la posibilidad de implementar en el futuro, junto con el empaquetado genérico del tabaco, en particular si el acervo de datos que la respaldan sigue creciendo".[3470] Australia observa que Tasmania está examinando una propuesta para prohibir la venta de productos de tabaco a las personas nacidas después del año 2000.[3471]

(Prueba documental HND-74); y Ahmad 2005b (Prueba documental HND-76). A ese respecto, tomamos nota de la afirmación del Dr. Biglan, experto de Australia, de que "las pruebas de los efectos de la reducción del acceso en el consumo de tabaco por los jóvenes son dispares". En apoyo de ese argumento, el Dr. Biglan se refiere a su participación en un estudio no publicado "en el que se indicó que un programa para reducir las ventas ilegales a los jóvenes podía disminuir la prevalencia del consumo de tabaco por los jóvenes". También se refiere a un metanálisis de las pruebas en el que "se llegó a la conclusión de que no había pruebas de que la reducción del acceso afectase al consumo de tabaco por los jóvenes". Véase el informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 190. No estamos convencidos de que esa descripción sea suficiente para refutar el gran número de estudios citados y respaldados por el USIOM en su informe, favorables al aumento de la EMCL. Observamos que el Dr. Biglan formula también otros argumentos a ese respecto, que examinaremos más adelante.

[3463] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 724.

[3464] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 558-559; y respuesta de Australia a la pregunta 139 del Grupo Especial.

[3465] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 559.

[3466] Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 51.

[3467] Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 52.

[3468] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas 7-4 y 7-5. Véase también el informe de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-6), párrafos 73-75.

[3469] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 7-19. Según el informe del USIOM, cabe prever que tales tendencias se refuercen y, en definitiva, den por resultado una reducción "considerable" de la prevalencia del consumo de tabaco durante los próximos decenios. Ibid.

[3470] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 560. A ese respecto, observamos que los reclamantes han presentado un estudio adicional publicado en junio de 2015 en el que se llega a la conclusión de que aumentar la EMCL a 21 años en Needham (Massachusetts) favoreció un mayor descenso del consumo

7.1442. También observamos que Australia no discute que las medidas destinadas a restringir el acceso a los productos de tabaco, incluidas las EMCL, pueden contribuir a reducir el consumo de esos productos. De hecho, la propia Australia mantiene una medida de ese tipo, con una edad mínima de compra de 18 años. Asimismo, observamos que la parte introductoria del párrafo 1 del artículo 16 del CMCT, titulado "Ventas a menores y por menores", dispone que cada Parte "adoptará y aplicará en el nivel gubernamental apropiado medidas ... eficaces para prohibir la venta de productos de tabaco a los menores de la edad que determine la legislación interna, la legislación nacional o a los menores de 18 años".[3472] El párrafo 4 del artículo 16 del CMCT establece que las "Partes reconocen que, para que sean más eficaces, las medidas encaminadas a impedir la venta de productos de tabaco a los menores de edad deben aplicarse, cuando proceda, conjuntamente con otras disposiciones previstas en el [CMCT]".[3473]

7.1443. Al mismo tiempo, observamos que preocupaciones similares a las planteadas por Australia respecto del acceso a los productos de tabaco a través de fuentes sociales se repiten en diversos estudios sobre el aumento de la EMCL[3474], incluido el informe del USIOM de 2015.[3475] De hecho, en el informe del USIOM de 2015 se afirma que "aun cuando se ataje por completo la venta minorista de tabaco a consumidores menores de edad, se frenará, pero no se suprimirá, la disponibilidad general del tabaco para ellos, a menos que se adopten medidas drásticas en la esfera de la distribución social".[3476] A ese respecto, el USIOM observa que tales "fuentes sociales" (que el USIOM define como "distribuidores causales" (parientes, amigos y desconocidos que proporcionan tabaco a consumidores menores de edad) y "fuentes intermedias" (parientes, amigos y desconocidos que compran tabaco para consumidores menores de edad y perciben a cambio una pequeña comisión)[3477] seguirán siendo las fuentes principales de suministro de tabaco para las personas menores de edad.[3478]

7.1444. Según parecen indicar esas pruebas, se reconoce que, como resultado del acceso a los productos de tabaco a través de las fuentes sociales, el establecimiento de una EMCL "frenará, pero no suprimirá" el acceso de los menores a dichos productos. El USIOM señala también que las diferentes EMCL tienen distintos efectos en el acceso a los productos de tabaco procedentes de fuentes sociales y, en particular, que una EMCL de 21 años conlleva "un mayor distanciamiento de las fuentes sociales" que las EMCL más bajas (o incluso más altas):

> En el caso de los adolescentes menores de 15 años, aumentar la EMAL de 18 a 19 años puede tener solo un modesto impacto en la reducción de las fuentes sociales, dada la poca diferencia de edad. Si los adolescentes mantienen ya redes con personas de 18 años, esas redes podrán también incluir a personas de 19 años que tengan acceso al tabaco. Sin embargo, aumentar la EMAL a 21 años conlleva un mayor distanciamiento de las fuentes sociales. Aunque las personas de 19 años pueden seguir en la escuela secundaria y, por lo tanto, influir potencialmente en los menores de 15 años, es mucho menos probable que las personas de 21 años pertenezcan a las mismas redes sociales. En cambio, es poco probable que aumentar la EMAL de 21 a 25 años se traduzca en nuevas e importantes reducciones de las

de tabaco entre los jóvenes que en las comunidades que no aplicaron la misma medida. Véase Schneider *et al.* 2015 (Prueba documental DOM-370). Australia no ha impugnado esa prueba.

[3471] Plan estratégico de Tasmania (Prueba documental AUS-609).

[3472] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 1 del artículo 16.

[3473] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 4 del artículo 16.

[3474] Véanse, por ejemplo, Ahmad 2005a (Pruebas documentales DOM-130, HND-75), página 75; Ahmad 2005b (Prueba documental HND-76), página 338; y Schneider *et al.* 2015 (Prueba documental DOM-370).

[3475] Véase, por ejemplo, el informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas S-3, S-8, 5-8-5-9 y 6-15.

[3476] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 6-15.

[3477] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 5-11.

[3478] Rimpelä y Rainio 2004 (Prueba documental HND-72), citados en el informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 6-2. En el informe también se afirma que "si la ley se aplica únicamente a los minoristas o no se aplica a los proveedores no comerciales (por ejemplo, fuentes sociales), es probable que cualquier disminución en la disponibilidad de tabaco en la venta al por menor se traduzca en el correspondiente aumento del acceso a través de las fuentes sociales". Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas 6-8 y 6-15.

> fuentes sociales para los menores de 15 años, aparte de las reducciones ya logradas con la política de aumento de la EMAL a los 21 años.[3479]

7.1445. También tomamos nota de la observación del USIOM de que "si un estado o localidad aumenta la amenaza de detección y sanción de las fuentes sociales, el impacto en el consumo de adolescentes y jóvenes adultos puede ser mayor que el previsto en el informe [del USIOM de 2015]".[3480]

7.1446. A ese respecto, observamos que todos los estados y territorios australianos prohíben la compra de productos de tabaco en nombre de personas de edades inferiores a la vigente EMCL de 18 años[3481], y que Queensland, Nueva Gales del Sur, Australia Meridional, Tasmania y Australia Occidental autorizan el decomiso de los productos de tabaco que esté fumando una persona menor de 18 años o que se hallen en posesión de esa persona.[3482] Tales restricciones se complementan también con medidas relativas a la observancia en el comercio minorista. En realidad, "la mayoría de los estados y territorios han introducido estrictos requisitos de comprobación de la edad para la venta de tabaco, que obligan al vendedor a solicitar y examinar el documento de identidad debidamente autorizado y provisto de fotografía para determinar la edad de la persona que trata de comprar tabaco".[3483] En 2011, Nueva Gales del Sur, Australia Occidental, Victoria, Australia Meridional, Tasmania, el ACT y el Territorio del Norte llevaron a cabo un ejercicio aleatorio de vigilancia del cumplimiento de la EMCL, mientras que Queensland lleva a cabo "operaciones de vigilancia encubiertas" tanto ocasionalmente como en respuesta a denuncias para supervisar el cumplimiento y aplicar la legislación.[3484] Por consiguiente, nos parece que Australia tiene en vigor un marco normativo para regular el suministro de productos de tabaco a los menores de 18 años a través de fuentes sociales y comerciales que, por sus características, podría contribuir a reducir la posible "fuga"[3485] causada por el suministro través de tales fuentes.[3486]

[3479] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 7-4. Esa conclusión tiene respaldo en otros estudios presentados por los reclamantes. Véanse Ahmad 2005b (Pruebas documentales DOM-130, HND-75), página 75; y Ahmad y Billimek 2007 (Prueba documental HND-74), página 380.

[3480] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página S-8.

[3481] Véanse la Ley (Modificatoria) relativa al Tabaco de 1990 (ACT) (Prueba documental AUS-351), artículo 5 sustitutivo del artículo 5 de la parte II de la Ley del Tabaco de 1927 (ACT); la Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006 (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-350), artículo 7; la Ley de Salud Pública (Tabaco) de 2008 (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-267), artículo 23; y la Ley de Control del Tabaco de 2002 (Territorio del Norte) (Prueba documental AUS-374), artículo 43(2). Véase también la primera comunicación escrita de Australia, anexo C. Véase en particular la primera comunicación escrita de Australia, nota 1103. Véase también el informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), anexo C.

[3482] Véanse la Ley de Productos de Tabaco (Prevención del Suministro a los Niños) de 1998 (Queensland), artículos 15, 22 y 40 (Prueba documental AUS-353), artículo 40; la Ley Modificatoria relativa a la Salud Pública (Consumo de Tabaco por Menores) de 2002 (Nueva Gales del Sur) (Prueba documental AUS-358), apartado 1 del anexo 1, por el que se inserta el artículo 58 en la Ley de Salud Pública de 1991 (Nueva Gales del Sur); la Ley Modificatoria de la Reglamentación de los Productos de Tabaco (Diversos Delitos) de 2007 (Australia Meridional) (Prueba documental AUS-359), artículo 15, por el que se inserta el nuevo artículo 70A en la Ley de Reglamentación de los Productos de Tabaco de 1997 (Australia Meridional); la Ley de Salud Pública de 1997 (Tasmania) (Prueba documental AUS-360), artículo 66; y la Ley de Control de los Productos de Tabaco de 2006 (Australia Occidental) (Prueba documental AUS-350), artículo 99. Australia señala que, al 4 de marzo de 2013, el ACT, el Territorio del Norte y Victoria no tenían en vigor leyes relativas al decomiso. Primera comunicación escrita de Australia, anexo C. Véase en particular *ibid*., nota 1104.

[3483] *Tobacco in Australia 2012*, fragmentos presentados por la República Dominicana (Prueba documental DOM-126), página 97.

[3484] *Tobacco in Australia 2012*, fragmentos presentados por la República Dominicana (Prueba documental DOM-126), página 97.

[3485] Ahmad 2005a (Pruebas documentales DOM-130, HND-75), página 82; Ahmad y Billimek 2007 (Prueba documental HND-74), página 388; y Ahmad 2005b (Prueba documental HND-76), página 338.

[3486] No estamos dando a entender que esos mecanismos de observancia resuelvan perfectamente el problema del cumplimiento en la venta al por menor, o el problema del suministro de productos de tabaco a través de fuentes sociales. En realidad, como observa el CCV, "sea quien sea el proveedor de sus primeros cigarrillos, una vez que comienzan a fumar, los jóvenes fumadores adaptan sus medios de acceso de forma que encajen en el entorno social y legislativo vigente". Véase *Tobacco in Australia 2012*, fragmentos presentados por la República Dominicana (Prueba documental DOM-126), página 53. De hecho, Philip Morris ha observado que la demanda residual de productos de tabaco amenaza con desvirtuar la propuesta de Tasmania de prohibir las ventas de productos de tabaco a las personas nacidas después de 2000 al propiciar un mercado ilícito de esos productos. Véase la Comunicación de Philip Morris al Consejo Legislativo del Parlamento de Tasmania (Prueba documental AUS-559). Con nuestra observación no queremos dar a entender

7.1447. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que los reclamantes han presentado pruebas suficientes para demostrar que el aumento de la EMCL a 21 años sería adecuado para contribuir al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. En tanto en cuanto el grado de eficacia del aumento de la EMCL a 21 años probablemente se vería afectado por factores como el acceso a través de fuentes sociales o la existencia de medidas de observancia eficaces, hemos observado que Australia tiene en vigor un marco normativo para dar respuesta a esos problemas.[3487]

7.1448. Según las estimaciones del informe del USIOM de 2015, si la EMCL se aumentase de 18 a 21 años, las tasas de iniciación de los diferentes grupos de edad en los Estados Unidos se reducirían del modo siguiente:

Cuadro 3: Reducción estimada de las tasas de iniciación en los EE.UU. tras el aumento de la EMCL, por grupos de edad

Reducción de las tasas de iniciación, por grupos de edad	EMCL: 21 años	
	Descriptor cualitativo	Estimación numérica
Menos de 15 años	Medio	15%
Entre 15 y 17 años	Amplio	25%
18 años	Medio	15%
Entre 19 y 20 años	Medio	15%

Fuente: Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 7-11.

7.1449. El informe del USIOM de 2015 presenta también modelos de prevalencia del consumo de tabaco en adultos en los Estados Unidos utilizando los modelos de la Red de Establecimiento de Modelos para la Vigilancia e Intervención contra el Cáncer (CISNET) y de SimSmoke[3488] respecto

que no se producirían "fugas" en el régimen de Australia, sino sencillamente indicar que en Australia existe un marco normativo que podría contribuir a reducir tales "fugas". Asimismo, tomamos nota de la crítica del Profesor Chaloupka en el sentido de que hay poca relación entre los niveles de cumplimiento en la venta al por menor y el porcentaje de alumnos de secundaria de los Estados Unidos que han fumado al menos un día en los últimos 30 días. Véase el informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), figura 2. A ese respecto, observamos que el Profesor Chaloupka no hace distinción entre "las experiencias de Australia" (Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 51) (donde la EMCL es ya de 18 años en todos los estados y territorios) (véase el anexo C de la primera comunicación escrita de Australia en lo que respecta a las medidas) y los Estados Unidos (donde la EMCL se ha fijado en 18 años con arreglo a las leyes federales, aunque algunos estados y localidades la han aumentado a edades comprendidas entre los 19 y los 22 años). Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232, página 5-3). Las pruebas resumidas *supra* parecen indicar que tal falta de uniformidad entre las EMCL a nivel federal, estatal y municipal en los Estados Unidos causará las consiguientes variaciones en la prevalencia juvenil en esas distintas jurisdicciones. Por consiguiente, no tenemos claro que una comparación directa entre la tasa de incumplimiento en la venta al por menor y la tasa de consumo de tabaco en los 30 últimos días en todo el territorio de los Estados Unidos pueda constituir previsiblemente una comparación exacta a los efectos de determinar la correlación a la que hace referencia el Profesor Chaloupka.

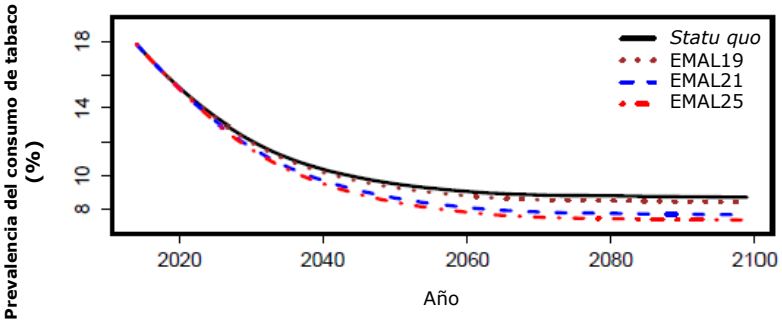
[3487] Véase el párrafo 7.1446.

[3488] El USIOM describe esos modelos en los términos siguientes:

> Para el presente informe, el Comité encargó la utilización de dos conocidos modelos de macrosimulación del hábito de fumar cigarrillos para complementar sus conclusiones acerca de los efectos de un cambio de la [EMCL] en la iniciación en el consumo de tabaco mediante la presentación de estimaciones cuantitativas de la forma en que los probables efectos en la iniciación incidirían en la prevalencia futura del consumo de tabaco y determinados indicadores de la morbilidad y mortalidad relacionadas con el tabaquismo. Los modelos son el modelo de población fumadora de la Red de Establecimiento de Modelos para la Vigilancia e Intervención contra el Cáncer (CISNET) y el modelo de SimSmoke. Ambos modelos simulan la prevalencia anual del consumo de tabaco por edades específicas y la mortalidad atribuible al tabaquismo. Además, la CISNET modeliza la variación registrada en las tendencias del hábito de fumar por cohortes de nacimiento y puede representar los efectos de la intensidad del consumo de tabaco. SimSmoke modeliza los efectos de importantes políticas de control del tabaco y apoya la simulación de resultados para la salud materno infantil. Mientras que el aumento de la [EMCL] es actualmente competencia de los estados y las localidades, los modelos proyectan los efectos de un cambio de política en los Estados Unidos en su conjunto y no pueden tener en cuenta importantes diferencias existentes en el país que podrían influir en la magnitud del efecto de aumentar la EMAL en los estados o localidades.

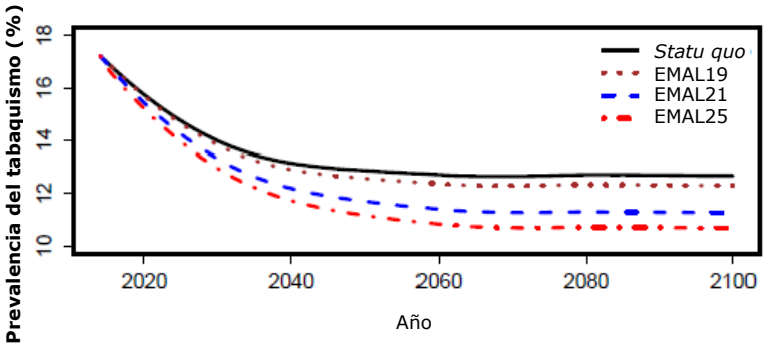
del aumento de la EMCL de 18 años a 19, 21 o 25 años. Esos modelos producen los resultados siguientes, respectivamente:

Figura 15: Prevalencia del consumo de tabaco en adultos - CISNET



Fuente: Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 7-17.

Figura 16: Prevalencia del consumo de tabaco en adultos - SimSmoke



Fuente: Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 7-18.

7.1450. El USIOM explica que, a pesar de las diferencias entre los modelos de la CISNET y de SimSmoke, y de las diferencias en las predicciones de prevalencia efectuadas con cada modelo respecto de cada una de las posibles EMCL consideradas en el informe del USIOM de 2015, ambos modelos "estiman ... una tasa de reducción situada entre el 11% y el 12% para [una EMCL de 21 años]".[3489] Asimismo, el informe del USIOM de 2015 presenta modelos de la CISNET y de SimSmoke que indican las consecuencias que tendría a corto y largo plazo el aumento de la EMCL en lo que respecta al número de vidas que, según las previsiones, se salvarían.

7.1451. El USIOM resume las consecuencias del aumento de la EMCL del modo siguiente:

> El análisis [de los modelos] indica que aumentar la [EMCL] podría dar lugar a reducciones considerables a lo largo del tiempo de la mortalidad y la morbilidad atribuidas al tabaquismo ... Ambos modelos señalan una demora de algunos decenios para que la reducción de la mortalidad global sea observable en la población, debido al desfase entre la exposición al consumo de tabaco y los principales efectos en la salud, y al hecho de que la política afecta principalmente a los adolescentes y los jóvenes adultos. No obstante, se observarían efectos más inmediatos en la salud materno infantil, así como en otros casos de afecciones agudas. Por otra parte, el análisis muestra que las nuevas generaciones, empezando por las personas nacidas entre 2000 y 2019, podrían beneficiarse de reducciones significativas en la mortalidad y las pérdidas acumuladas de años de vida a lo largo de su existencia.[3490]

Véase informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 1-7.

[3489] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 7-18. En el informe se observa también que los modelos predicen "un descenso del 3%, aproximadamente, de la prevalencia en 2100 para [una EMCL de 19 años]", y un "descenso del 15,7% para [una EMCL de 25 años]".

[3490] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 8-19.

7.1452. Nos resistimos a dar por supuesto que esas proyecciones específicas del USIOM, basadas en modelos de los Estados Unidos, puedan extrapolarse directamente al mercado australiano para obtener una indicación exacta del *grado* de contribución que esa medida haría o podría hacer a la reducción del consumo de productos de tabaco y la exposición a esos productos en Australia.[3491] En particular, observamos que, tal como ha señalado Australia, el grado de eficacia de una medida de ese tipo probablemente se vería afectado por factores como el acceso a través de fuentes sociales o la existencia de mecanismos de observancia eficaces en la jurisdicción en que se aplique la medida.

7.1453. En definitiva, y habida cuenta de lo anterior, constatamos que las pruebas que se nos han presentado indican que, a pesar de la dificultad que entraña la formulación de proyecciones precisas sobre la base de las pruebas procedentes de otras jurisdicciones de que disponemos, el aumento de la EMCL a 21 años sería, en principio, adecuado para hacer una contribución significativa al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Habiendo llegado a esta conclusión, examinaremos si tal contribución sería equivalente a la realizada por las medidas TPP.

7.1454. Como ya se ha señalado[3492], esa evaluación debería llevarse a cabo teniendo en cuenta las características del reglamento técnico en litigio, según se pongan de manifiesto en su diseño y estructura, así como la naturaleza del objetivo perseguido y la naturaleza, cantidad y calidad de las pruebas disponibles.[3493] También recordamos que una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio[3494] y que lo que es pertinente 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.[3495]

7.1455. Por consiguiente, a efectos de evaluar la equivalencia respecto del aumento de la EMCL a 21 años, la cuestión que se nos plantea es si el aumento de la EMCL de Australia de 18 a 21 años, como medida *sustitutiva* de las medidas TPP, haría, globalmente, una contribución al objetivo de Australia equivalente a la realizada por las medidas TPP, en su aplicación conjunta con las demás medidas vigentes de control del tabaco de Australia.

7.1456. Recordamos nuestras constataciones *supra* de que, sobre la base de las pruebas que se nos han presentado, las medidas TPP hacen una contribución significativa al objetivo de Australia. En ese contexto, constatamos, entre otras cosas, que las imágenes y los mensajes transmitidos por el empaquetado del tabaco son, por su naturaleza, capaces de trasladar la creencia de que la iniciación en el consumo de tabaco puede satisfacer ciertas necesidades, y que los jóvenes y jóvenes adultos están particularmente expuestos a actuar bajo los impulsos causados por esas necesidades. También constatamos que, al suprimir la oportunidad de que el empaquetado transmita tales mensajes, el empaquetado genérico es adecuado para reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir 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 y, en consecuencia, repercutir en las conductas tabáquicas.

[3491] Asimismo, tomamos nota de la estimación general del USIOM de que aumentar la EMCL a 21 años en los Estados Unidos podría, en palabras del USIOM, tener un efecto "medio" en la iniciación de los menores de 15 años y un efecto en los adolescentes con edades comprendidas entre los 15 y los 17 años que es "mayor" que el previsto para los menores de 15 años (Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 7-5); y causar una reducción "más grande" que "pequeña" en la iniciación de los jóvenes de edades comprendidas entre los 18 y los 20 años. Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 7-6.

[3492] Véase el párrafo 7.1368 *supra*.

[3493] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.

[3494] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.

[3495] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.216.

7.1457. Observamos que el aumento de la EMCL a 21 años es una medida centrada en la disponibilidad de productos de tabaco para las personas de 18 a 21 años.[3496] El Profesor Steinberg sostiene que las intervenciones "que restringen la disponibilidad de cigarrillos para los adolescentes (es decir, basadas en la oferta) tienen muchas más probabilidades de ser eficaces que las que tratan de influir en la demanda de cigarrillos por los adolescentes".[3497] Observamos que la disponibilidad de productos de tabaco es un factor reconocido que puede influir en que los adolescentes se inicien o no en el hábito de fumar[3498], y que el CMCT reconoce las limitaciones obligatorias de las ventas de productos de tabaco a los menores o por estos como un elemento de una política integral de control del tabaco.[3499] Asimismo, recordamos que todos los estados y territorios australianos mantienen una EMCL de 18 años, y que los jóvenes constituyen un grupo reconocido por su especial exposición a los riesgos del tabaco.[3500]

7.1458. En tanto en cuanto aumentar la EMCL a 21 años podría afectar significativamente a la iniciación de los jóvenes y, por lo tanto, reducir a largo plazo la prevalencia del consumo de tabaco, ese aumento haría una contribución al objetivo de Australia que sería en parte comparable por su naturaleza a la realizada por las medidas TPP, aunque funcionaría a través de un mecanismo diferente (es decir, afectando a la disponibilidad de productos de tabaco, más que a su demanda, en ese grupo de edad concreto).

7.1459. Sin embargo, el aumento de la EMCL en Australia abordaría *solo* la disponibilidad de productos de tabaco para las personas menores de 21 años de edad. Como hemos constatado más arriba, las medidas TPP, además de contribuir a desalentar la iniciación de los adolescentes y los jóvenes adultos, son adecuados para contribuir a alentar el abandono y prevenir la recaída de fumadores no pertenecientes a ese grupo de edad. El aumento de la EMCL no afectaría a la iniciación, el abandono o la recaída en ningún grupo de edad por encima de los 21 años. Además, aumentar la EMCL tampoco afectaría a los elementos de diseño del empaquetado del tabaco que, según hemos constatado, transmiten imágenes y mensajes que son, a su vez, capaces de trasladar, en particular a los adolescentes y los jóvenes adultos, la creencia de que la iniciación en el consumo de tabaco puede satisfacer ciertas necesidades psicológicas y contribuyen a hacer atractivos los productos de tabaco. Los adolescentes seguirían estando expuestos a esas imágenes y mensajes y, por lo tanto, sujetos al impulso de actuar siguiéndolos, en un entorno en el que seguirían estando disponibles los paquetes con marca, incluso a través de canales no comerciales. Sin las medidas TPP, esos medios de difusión no se abordarían *en modo alguno*.

7.1460. Por consiguiente, en definitiva, aumentar la EMCL a 21 años tendría repercusiones únicamente en la disponibilidad de productos de tabaco para un grupo de edad importante, pero limitado; no tendría efectos en la iniciación, el abandono o la recaída de otros grupos de edad; y no afectaría a los aspectos de *demanda* de productos de tabaco (para todos los grupos de edad) que sí abordan las medidas TPP. Por esas razones, no estamos convencidos de que pueda decirse que el aumento de la EMCL a 21 años, como *sustituto* de las medidas TPP, haría una contribución equivalente al objetivo de salud pública de Australia.

7.1461. Al formular esta constatación, insistimos en que esas observaciones no deben restar valor a la reconocida función de las EMCL (incluida la posibilidad de una EMCL de 21 años) como parte de una política integral de control del tabaco. A ese respecto, tomamos nota de la observación del USIOM de que "el consumo de tabaco por menores se reduce del modo más sustancial cuando la jurisdicción adopta un conjunto sólido de medidas de control del tabaco, incluidas restricciones al acceso de los jóvenes aplicadas con firmeza".[3501] Sin embargo la sustitución de las medidas TPP por el aumento de la EMCL no tendría en cuenta el hecho de que la vigente EMCL de Australia *en combinación con* las medidas TPP aborda de manera más integral los diferentes elementos que afectan al consumo de tabaco por diferentes grupos de edad en Australia. Sustituir las medidas TPP por un aumento de la EMCL de Australia podría debilitar las sinergias entre los

[3496] Respuesta de Steinberg a la pregunta 159 del Grupo Especial (Prueba documental DOM/HND-20), párrafo 3.

[3497] Respuesta de Steinberg a la pregunta 159 del Grupo Especial (Prueba documental DOM/HND-20), párrafo 9. (no se reproducen las cursivas)

[3498] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 1994, Resumen (Prueba documental AUS-73).

[3499] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 16. Véanse también los párrafos 7.1389 y 7.1442 *supra*.

[3500] Véanse los párrafos 7.1316-7.1317 *supra*.

[3501] Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), página 6-20.

diferentes componentes de la política de control del tabaco de Australia, al no abordar el efecto de las imágenes y los mensajes transmitidos por los elementos figurativos y otros elementos de diseño del empaquetado del tabaco.[3502]

7.1462. También tomamos nota del argumento de la República Dominicana de que nuestra evaluación de la equivalencia debe realizarse "teniendo presentes, al menos, tres factores: 1) el grado o alcance de la contribución; 2) en los casos en que se prevé que la contribución tenga lugar en el futuro, la probabilidad de que se materialice; y 3) en los casos en que se prevé que la contribución tenga lugar en el futuro, el plazo dentro del que se prevé que esa contribución se materialice".[3503] No excluimos que el plazo en el que cabe prever que se produzcan los efectos de una medida pueda ser pertinente para evaluar la equivalencia de la contribución de diferentes medidas con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[3504] Sin embargo, el hecho de tener en cuenta esos elementos no modifica la observación que hemos formulado anteriormente de que sin las medidas TPP los efectos del empaquetado del tabaco no se abordarían en modo alguno, con independencia del plazo en el que se manifiesten los efectos del aumento de la EMCL a 21 años. Por consiguiente, el examen de ese factor no nos lleva a modificar nuestra conclusión de que los reclamantes no han demostrado que aumentar la EMCL a 21 años haría una contribución al objetivo de Australia equivalente a la realizada por las medidas TPP.

7.1463. Recordamos también que los contornos de nuestro margen de apreciación para evaluar si una medida alternativa propuesta logra un grado equivalente de contribución pueden estar informados por la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias que tendrían lugar en caso de no alcanzarse el objetivo perseguido.[3505] Más arriba hemos determinado que la naturaleza de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo de Australia consiste en que la salud pública no mejoraría por cuanto no se reduciría el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.[3506] También hemos constatado que las consecuencias de salud pública de no cumplir ese objetivo son particularmente graves, y son importantes para Australia. En nuestra opinión, esa gravedad y seriedad respaldan nuestra conclusión de que la supresión de las medidas TPP no podría compensarse con la implementación de una EMCL más elevada que no abordaría el efecto de las imágenes y los mensajes transmitidos por los elementos de diseño del empaquetado del tabaco. En particular, tomamos nota a ese respecto de las explicaciones de Australia en el sentido de que trata de impedir que existan lagunas normativas en su política integral de control del tabaco, que comprende, como uno de sus pilares, las amplias restricciones impuestas a la publicidad y la promoción. Por lo tanto, la consideración de la naturaleza de esos riesgos y la gravedad de esas consecuencias confirma nuestra anterior conclusión de que aumentar la EMCL a 21 años no haría una contribución equivalente al objetivo de Australia.

7.1464. Por todas esas razones, no estamos convencidos de que aumentar la EMCL de 18 a 21 años haría una contribución equivalente al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.2.5.6.2.5 La cuestión de si aumentar la EMCL es una medida razonablemente disponible para Australia

7.1465. Como se indicó anteriormente, una medida alternativa propuesta no está *razonablemente disponible* cuando es simplemente de naturaleza teórica, por ejemplo cuando el Miembro demandado no puede adoptarla, o cuando la medida impone una carga indebida a ese Miembro, como costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes.[3507]

7.1466. Honduras sostiene que el aumento de la EMCL a 21 años está razonablemente disponible para Australia, ya que simplemente requiere una intervención legislativa para modificar diversas leyes de los estados y los territorios sobre la EMCL de productos de tabaco y la aplicación efectiva de esas leyes. Honduras sostiene que Australia ha adoptado ya numerosas leyes contra el tabaco a

[3502] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 170.
[3503] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 156 del Grupo Especial.
[3504] Véase el párrafo 7.938 *supra*.
[3505] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.
[3506] Véase el párrafo 7.1322 *supra*.
[3507] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 156 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 308).

nivel federal, de los estados y de los territorios, y las ha aplicado efectivamente, y la medida alternativa propuesta está, por lo tanto, claramente al alcance de Australia. Honduras añade que el mero hecho de que la adopción de esa medida requiera algunos costos adicionales no significa que tal medida no esté razonablemente disponible. Además, la medida no planteará dificultades técnicas a las autoridades australianas.[3508] La República Dominicana sostiene que aumentar la EMCL es una opción razonablemente disponible en Australia, ya que conllevaría que los gobiernos federal y/o estatales aumentasen de 18 a 21 años la edad mínima prevista en la legislación australiana y no requeriría otros recursos gubernamentales aparte de los ya destinados a la actual aplicación de la vigente EMCL de 18 años.[3509]

7.1467. Australia no ha cuestionado la disponibilidad para ella de un aumento de la EMCL como medida alternativa. De hecho, según se ha expuesto más arriba, Australia ha afirmado que se trata de una medida cuya adopción puede considerar.[3510]

7.2.5.6.2.6 Conclusión general sobre el aumento de la EMCL como alternativa a las medidas TPP

7.1468. Hemos constatado más arriba que la propuesta de los reclamantes de que Australia aumente su EMCL a 21 años sería una medida "alternativa", ya que es una medida que Australia no aplica actualmente.

7.1469. Sin embargo, también hemos determinado que los reclamantes no han demostrado que el aumento de la EMCL a 21 años sería menos restrictivo del comercio que las medidas TPP.

7.1470. Tampoco estamos convencidos de que esa medida, aplicada en sustitución de las medidas TPP, haría una contribución equivalente al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. En particular, hemos constatado que si bien el aumento de la EMCL a 21 años sería, en principio, adecuado para hacer una contribución significativa al objetivo de Australia, no estamos convencidos de que, como *sustituto* de las medidas TPP, haría una contribución equivalente a ese objetivo. Al formular esa constatación, hemos tenido en cuenta, en particular, las características de las medidas TPP dentro del contexto más general en que se aplican como parte del conjunto integral de medidas de Australia orientadas a reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, y los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo de las medidas TPP.[3511]

7.1471. Habida cuenta de lo anterior, concluimos que los reclamantes no han demostrado que el aumento de la EMCL de 18 a 21 años sea una medida alternativa menos restrictiva del comercio que haría una contribución al objetivo de Australia equivalente a la realizada por las medidas TPP.

7.2.5.6.3 Segunda medida alternativa propuesta: aumento de la tributación de los productos de tabaco

7.1472. Todos los reclamantes aducen que un aumento de la tributación de los productos de tabaco en Australia es una alternativa razonablemente disponible a las medidas TPP.

7.1473. Australia considera que no se trata de una medida "alternativa", pues ya se aplica. Por consiguiente consideramos esta cuestión en primer lugar, tras describir la medida propuesta.

7.2.5.6.3.1 Descripción de la medida propuesta

7.1474. Los reclamantes han caracterizado en general esta alternativa como un aumento del impuesto especial que podría lograr cualquier reducción del uso de tabaco resultante de las medidas TPP. En consecuencia, los reclamantes no prescriben un nivel de tributación ni una forma

[3508] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 918 y 583-585.
[3509] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 778.
[3510] Véase el párrafo 7.1429 *supra*.
[3511] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.

de implementación concretos, sino que más bien sostienen que el aumento de la tributación podría fijarse en el nivel necesario para hacer la contribución deseada al objetivo de Australia.[3512]

7.1475. En consecuencia, procedemos sobre la base de que la medida alternativa propuesta por los reclamantes es un aumento del impuesto especial que grava los productos de tabaco, con flexibilidad en cuanto a la magnitud exacta y la forma de ese aumento de impuestos en función del grado de contribución que se constate logran las medidas TPP. Si bien incumbe a los reclamantes la carga de identificar y definir una medida alternativa en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, evaluamos el aumento de impuestos propuesto por los reclamantes teniendo presente el hecho de que un reclamante puede no estar necesariamente obligado a proporcionar información detallada sobre la implementación o el funcionamiento en la práctica de una alternativa propuesta, dado el carácter hipotético de tales medidas alternativas propuestas.[3513]

7.2.5.6.3.2 La cuestión de si el aumento de la tributación es una medida alternativa

7.1476. Australia aduce que un aumento de la tributación de los productos de tabaco no es una alternativa, puesto que Australia aplica "aumentos regulares y sustanciales" de sus impuestos especiales sobre el tabaco, y tiene previsto hacerlo en el futuro. A este respecto, Australia menciona distintos aumentos, pasados y previstos, en la tributación del tabaco desde la introducción de las medidas TPP.[3514] Australia también sostiene que el razonamiento del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* "excluye por completo los aumentos del impuesto especial sobre el tabaco como medida alternativa", sobre la base de que las medidas que ya han sido implementadas, por completo o en parte, o están en proceso de implementación, como parte de una política integral para hacer frente a un problema de salud pública complejo, no son alternativas que deban tenerse en cuenta en el proceso de "sopesar y confrontar". Más bien, esas medidas son complementarias a la medida en litigio.[3515]

7.1477. Recordamos que Australia grava los productos de tabaco con impuestos especiales y que, además de los ajustes para indexación, el tipo del impuesto especial se ha aumentado en varias ocasiones, y están previstos futuros aumentos.[3516] Concretamente, Australia modificó la *Ley de Impuestos Especiales de 1921* (Cth) en 1999 para aplicar un impuesto especial a los cigarrillos, los cigarros (puros) y otros productos de tabaco por barra (para productos en barras que no superaran los 0,8 gramos de tabaco por barra), o por kilogramo (para productos que superaran los 0,8 gramos de tabaco por barra) a un tipo equivalente al tipo por barra.[3517] Asimismo, Australia ha aumentado el tipo del impuesto especial aplicable al tabaco en varias ocasiones. El 29 de abril de 2010, Australia anunció un aumento del tipo del impuesto especial sobre el tabaco del 25%, que se aplicaría a partir del 30 de abril de 2010.[3518] El 1º de agosto de 2013, Australia anunció cuatro aumentos adicionales del 12,5% en el impuesto especial, con efecto el 1º de diciembre de 2013, el 1º de septiembre de 2014, el 1º de septiembre de 2015 y el 1º de septiembre de 2016.[3519] Además, la Estrategia Nacional sobre el Tabaco de Australia incluye recomendaciones en el sentido de "[c]ontinuar implementando con regularidad aumentos escalonados del impuesto especial sobre

[3512] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 594, 919-921; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 221; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 761; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 975; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 277-280; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 430-434.

[3513] Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.334 y 5.338.

[3514] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 707; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 552.

[3515] Respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial.

[3516] Véase el párrafo 2.62 *supra*.

[3517] Véanse la primera comunicación escrita de Australia, anexo B, sección D(1); Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (Nº 1) de 2000 (Cth) (Prueba documental AUS-417), anexo 1; y EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafos 4-5.

[3518] Primer Ministro Rudd, Comunicado de prensa sobre medidas contra el tabaco (Pruebas documentales AUS-115, HND-4, DOM-52); Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (Tabaco) de 2010 (Cth) (Prueba documental AUS-418), anexo 1; y EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafos 24-26.

[3519] Comunicado de prensa acerca del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5); Informe del Excmo. Sr. Diputado Chris Bowen, Tesorero, y la Excma. Sra. Senadora Penny Wong, Ministra de Finanzas y Desregulación (Prueba documental AUS-265), página 33.

el tabaco en caso necesario"[3520] y prevé un nuevo aumento para 2017.[3521] Se trata de aumentos adicionales a los aumentos de impuestos que se ajustaron históricamente en función del índice de precios al consumo y, en marzo de 2014, se indexaron con arreglo a los ingresos medios semanales en horario laboral normal.[3522] Además, el impuesto sobre bienes y servicios de Australia se aplica a todos los productos de tabaco[3523], de manera que los impuestos australianos sobre los cigarrillos representan más del 60% de los precios minoristas de las marcas populares.[3524]

7.1478. La alternativa propuesta por los reclamantes se caracteriza como un *aumento* de los niveles actuales de tributación. Aunque reconocemos la existencia de aumentos pasados y previstos de los impuestos sobre el tabaco en Australia, no consideramos que esta circunstancia haga que la alternativa propuesta por los reclamantes sea una duplicación de medidas o prácticas existentes ya implementadas por Australia. Más bien, entendemos que, con independencia del nivel exacto de tributación impuesto a los productos de tabaco en Australia en el presente o en algún momento futuro, los reclamantes proponen un *aumento* de ese nivel de tributación, para *sustituir* a las medidas TPP. Consideramos que esto constituiría necesariamente una variación de la tributación de los productos de tabaco existente en Australia. Consideramos que, en la medida en que Australia aduce que esta variación pondría en peligro la eficacia de su enfoque integral de control del tabaco, este argumento es más pertinente para establecer si el aumento de la tributación propuesto por los reclamantes logra un grado equivalente de contribución para alcanzar el objetivo de las medidas TPP.

7.1479. Por consiguiente, consideramos que el aumento de la tributación de los productos de tabaco propuesto por los reclamantes constituye una variación de una medida ya aplicada por Australia y, como tal, constituye una medida alternativa.

7.1480. Pasamos ahora a evaluar si un aumento en el nivel de tributación de los productos de tabaco restringiría el comercio menos que las medidas TPP y haría una contribución equivalente al objetivo de Australia, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo.

7.2.5.6.3.3 La cuestión de si el aumento de la tributación restringiría el comercio menos que las medidas TPP

Argumentos de las partes

7.1481. Honduras aduce que un aumento de los impuestos restringe el comercio menos que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y las restricciones relativas al formato previstas en el empaquetado genérico, puesto que no se impediría a los productores de tabaco competir en el mercado australiano utilizando un empaquetado con marca para señalar a los consumidores la calidad y la reputación. Honduras añade que un posible aumento de impuestos no conllevaría costos de cumplimiento relacionados con la modificación de los procesos de producción

[3520] Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 20.

[3521] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 552.

[3522] Véanse Comunicado de prensa acerca del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5); e Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 18. El Profesor Chaloupka explica asimismo que:

> En 1983, Australia pasó a ser el primer país que ajustaba sus impuestos especiales sobre el tabaco al índice de precios al consumo para asegurarse de que la inflación no mermara el valor de esos impuestos con el tiempo. Más recientemente, en marzo de 2014, Australia pasó a ser el primer país del mundo que indexaba sus impuestos especiales sobre el tabaco con arreglo a los ingresos medios semanales en horario laboral normal con el fin de asegurarse de que los productos de tabaco no se hicieran más asequibles con el tiempo.

Ibid., párrafo 39. Véanse también *Ley Modificatoria relativa a los Impuestos Especiales (Tabaco) de 2014* (Cth) (Prueba documental HND-86), artículo 6AA; y Hojas de trabajo sobre impuestos especiales (Prueba documental IDN-23), página 4.

[3523] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 7.

[3524] Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 18; EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafos 88-89; y Primer Ministro Rudd, Comunicado de prensa sobre medidas contra el tabaco (Pruebas documentales AUS-115, HND-4, DOM-52).

para producir empaquetado y productos de tabaco conformes a las restricciones relativas al formato de las medidas TPP.[3525] Además, los impuestos "son previsibles y transparentes, y por lo tanto restringen el comercio menos que las medidas no tributarias, como pone de manifiesto la preferencia en el sistema de la OMC por los derechos, impuestos y cargas transparentes y previsibles".[3526] Honduras, en referencia al Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EPO*[3527], sostiene también que los costos de un aumento de impuestos se transmiten normalmente a los consumidores, con el resultado de que un aumento de impuestos restringe el comercio claramente menos que las medidas TPP.[3528] Honduras añade que el argumento de Australia de que los aumentos de precios del sector coinciden a menudo con aumentos de impuestos indica que los aumentos de impuestos no afectan a la rentabilidad o las cuotas de mercado de los productores, con lo cual los aumentos del impuesto especial no causan otros efectos de distorsión del mercado y por lo tanto no restringen el comercio más que las medidas TPP.[3529]

7.1482. Honduras aduce que un aumento de impuestos "no modifica las condiciones de competencia para los productos importados, ... crea incertidumbre ... [ni] desincentiva la importación de productos de tabaco en Australia". Honduras sostiene además que un aumento gradual de los impuestos no impone ningún costo de cumplimiento adicional en cuanto al proceso de producción o los costos de importación. Añade que un aumento de impuestos puede "también llevar a un cambio a productos de menor precio, como indica Australia", pero eso no significa que distorsione y restrinja el comercio tanto como el empaquetado genérico, que impide a los productores diferenciar sus productos y por lo tanto competir lealmente entre ellos. Además, Honduras sostiene que, a diferencia "de un reglamento técnico como el empaquetado genérico", la única prescripción que se aplica a los impuestos internos es que cumplan lo dispuesto en el artículo III del GATT de 1994. Así pues, los impuestos no discriminatorios son *per se* medidas compatibles con las normas de la OMC, mientras que un reglamento técnico es incompatible con las normas de la OMC si no es efectivo o restringe el comercio más de lo necesario. Honduras afirma que, por consiguiente, los impuestos internos no discriminatorios son una alternativa compatible con las normas de la OMC a una medida incompatible con dichas normas, y por lo tanto son preferibles.[3530]

7.1483. La República Dominicana aduce que, al impedir que las marcas de fábrica o de comercio "desempeñen su papel vital como diferenciadores, las medidas [TPP] eliminan oportunidades de competencia para los productores de productos de tabaco, y probablemente tengan un efecto desproporcionado (discriminatorio) en el comercio de productos de tabaco premium ... en Australia".[3531] La República Dominicana aduce que el aumento de la tributación no tendría efecto alguno en las marcas de fábrica o de comercio, y por lo tanto "no haría nada que distorsionara las oportunidades de competencia de los productos y los productores de tabaco".[3532]

7.1484. Por otra parte, la República Dominicana "acepta que un aumento de la tributación restringe el comercio" por cuanto, si el Grupo Especial constata que las medidas TPP "reducen la conducta tabáquica, lo que entraña una reducción del volumen de productos de tabaco vendidos, una alternativa debe reducir de manera similar la conducta tabáquica y, en consecuencia, restringir el comercio de manera similar".[3533] En efecto, la "amplitud de esa reducción puede ajustarse con precisión para asegurar que sus efectos sobre el volumen de ventas de productos de tabaco sean equivalentes en tamaño a cualesquiera efectos en el volumen que se pueda constatar tienen las medidas [TPP]".[3534] Sin embargo, la República Dominicana añade que un aumento de la tributación "restringe el comercio mucho menos que las medidas [TPP] porque, incluso si ambos

[3525] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 920; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 221. Véanse también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 597; y la respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3526] Respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3527] Respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 483).
[3528] Respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 483).
[3529] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 705.
[3530] Respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.
[3531] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1022.
[3532] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1023.
[3533] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 980.
[3534] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.

restringieran el volumen de ventas en un grado equivalente, un aumento de la tributación no impediría a los productores disfrutar de las oportunidades de competencia que se derivan de la diferenciación de los bienes mediante la utilización de marcas de fábrica o de comercio". Unos impuestos especiales más elevados permitirían a productores y exportadores "decidir dónde y cómo posicionar su marca en la gama calidad-precio", con lo cual, mientras que las medidas TPP restringen el comercio de mercancías en dos aspectos, el aumento de la tributación lo restringe solo en uno.[3535] En respuesta al argumento de Australia de que un aumento de la tributación daría lugar a un cambio a productos de menor precio, la República Dominicana aduce que "la afirmación de Australia es vaga y no está justificada" porque Australia no indica qué nivel de tributación adicional sería necesario para reducir el consumo de tabaco en un grado equivalente al de las medidas TPP, y en consecuencia no justifica su afirmación demostrando que la tributación adicional particular en cuestión daría lugar a un mayor cambio a productos de menor precio que las medidas TPP. La República Dominicana argumenta que las pruebas indican que las medidas TPP dieron lugar a un incremento mucho mayor del cambio a productos de menor precio que el gran aumento de los impuestos del 25% en abril de 2010, lo que muestra que las medidas TPP han tenido un grado de restrictividad del comercio mucho mayor si se mide en función de los efectos de cambio a productos de menor precio basados en el valor.[3536]

7.1485. La República Dominicana aduce que, en cualquier caso, la tributación, y concretamente un impuesto interno no discriminatorio, es una medida que no restringe el comercio de conformidad con el Acuerdo OTC, el GATT de 1994, el Acuerdo sobre los ADPIC o cualquier otro acuerdo abarcado. Además, la tributación interna tampoco interfiere en las oportunidades de competencia para diferenciar los productos, ni en la utilización de marcas de fábrica o de comercio. La República Dominicana sostiene que "se trata de un indicio firme, incluso decisivo, de que [esta medida alternativa] restringe el comercio inherentemente menos de conformidad con los acuerdos abarcados".[3537]

7.1486. Cuba aduce que un "aumento del impuesto especial no discriminatorio es plenamente compatible con las normas de la OMC y no restringe el uso de los derechos de propiedad intelectual ni impone a los exportadores cargas reglamentarias incompatibles con las normas de la OMC". A juicio de Cuba, la decisión de Australia de adoptar el empaquetado genérico, que puede aportar una eficacia como mucho marginal, pero conlleva un riesgo importante de estimular tanto "la orientación del consumo hacia productos de menor precio como las reducciones de precios, no se puede justificar".[3538]

7.1487. Indonesia aduce que un aumento de impuestos restringe el comercio menos que las medidas TPP porque ese aumento no interfiere en la capacidad de los productores de diferenciar sus productos de cara a los consumidores y no afecta desproporcionadamente a los productores de productos premium e importados.[3539]

7.1488. Indonesia añade que los aumentos de impuestos (por ejemplo) pueden reducir el consumo de un producto, sin restringir el comercio de conformidad con los Acuerdos de la OMC abarcados. Explica que una medida de control del tabaco que hace una contribución a la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco también puede dar lugar a un descenso de la demanda de productos de tabaco, aunque de ello no se sigue necesariamente que tal efecto repercute negativamente en las oportunidades de competencia de las importaciones y restringe el comercio. La reducción de la prevalencia, en la medida en que se redujera también el consumo de productos de tabaco, únicamente afectaría a las oportunidades comerciales en general, como consecuencia del descenso de la demanda. Indonesia sostiene que la cuestión de qué medida "restringe menos el comercio" debe evaluarse comparando la medida impugnada con las alternativas menos restrictivas del comercio propuestas y seleccionando la medida que menos interfiriera en las oportunidades "de competencia" de que disponen los productos en el mercado.[3540]

[3535] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 981.
[3536] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 497 y figura 15).
[3537] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3538] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 280.
[3539] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 431.
[3540] Observaciones de Indonesia sobre la respuesta de Australia a la pregunta 165 del Grupo Especial.

7.1489. Australia sostiene que, incluso si el Grupo Especial considerara que el cambio a productos de menor precio es pertinente para la evaluación de la restrictividad del comercio de las medidas TPP y las medidas alternativas propuestas, la República Dominicana no ha demostrado que el cambio a productos de menor precio supuestamente causado por las medidas TPP supere el causado por aumentos del impuesto especial. A juicio de Australia, más que presentar pruebas para demostrar que el cambio a productos de menor precio causado por aumentos del impuesto especial es menor que el supuestamente causado por el empaquetado genérico del tabaco, la República Dominicana se ha limitado a afirmar que esto es así.[3541] Australia sostiene también que la indicación de la República Dominicana de que aumentar los impuestos especiales daría lugar a disminuciones del uso de tabaco conlleva necesariamente que esas medidas restringirán el comercio. Además, Australia aduce que el argumento de la República Dominicana de que ese aumento dará lugar a un grado equivalente o mayor de contribución a la reducción del uso de tabaco que el empaquetado genérico del tabaco implica necesariamente una reducción equivalente o mayor en el volumen de las importaciones de productos de tabaco y, por lo tanto, un grado de restrictividad del comercio equivalente o mayor.[3542]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1490. Tal como la han presentado los reclamantes, la alternativa de un aumento de la tributación se ajustaría para lograr la misma reducción general del consumo de tabaco y la exposición a este que la lograda por las medidas TPP.

7.1491. Puesto que un aumento de la tributación estaría diseñado para tener el mismo grado de contribución que las medidas TPP a la reducción del consumo de los productos de tabaco y la exposición a esos productos, y por consiguiente tendría repercusiones del mismo grado en la reducción del consumo general de dichos productos, restringiría el comercio igualmente en lo relativo a su efecto en el *volumen* del comercio de productos de tabaco. Así pues, los reclamantes no han demostrado que ese aumento restringiría el comercio menos que las medidas TPP en lo relativo a su efecto en los volúmenes totales de las importaciones de productos de tabaco. Parece que cualquier forma de aumento de la tributación que dé lugar a una disminución proporcional en el volumen de productos de tabaco importados entrañaría al menos el mismo grado de restricción del comercio que el atribuible a las medidas TPP en virtud de su contribución al objetivo de Australia.

7.1492. Además, observamos que se ha constatado que ciertos tipos de medidas impositivas dan lugar al tipo de "cambio a productos de menor precio" o efectos de sustitución a la baja que los reclamantes aducen se derivan de las medidas TPP y, a su juicio, restringen el comercio. Observamos que el alcance de este efecto puede depender, en principio, del tipo de tributación que se escoja, y que la OMS indica que esta preocupación puede plantearse en particular en relación con la tributación *ad valorem*.[3543] En consecuencia, gravar de manera uniforme todos los productos de tabaco -para que los impuestos constituyan una proporción comparable del precio en los distintos productos y para que el resultado de los aumentos de los impuestos sea un aumento proporcional en los precios de todos los productos- debería reducir, en igualdad de condiciones, la posibilidad de sustitución entre ellos.[3544] Sin embargo, señalamos también las pruebas que indican que la tributación del tabaco en Australia que, hasta la fecha es específica más que *ad valorem*, es

[3541] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 161 y 165 del Grupo Especial.

[3542] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 153 del Grupo Especial.

[3543] Esto se explica en estudios que han concluido que, en el caso de aumentos desiguales en los precios entre los productos de tabaco, cabe la posibilidad de que haya sustitución entre ellos como consecuencia de los cambios *relativos* en los precios de dichos productos. Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 22; y Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 5 ("[l]os tipos diferentes aplicados a distintos tipos de productos de tabaco, o incluso a artículos de la misma categoría de productos, producen diferencias de precios y oportunidades de sustitución de productos para los productos y las marcas gravados con menores impuestos"). En principio, la tributación específica debería reducir el precio relativo de los cigarrillos premium y compensar parcialmente el posible efecto de cambio a productos de menor precio que tiene el aumento del precio de los cigarrillos debido a los impuestos.

[3544] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), páginas 11, 90; y Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 26 ("La aplicación de un nivel de impuestos similar reduciría el incentivo para la sustitución y aumentaría la eficacia de la política fiscal en la reducción del uso de tabaco"). Véanse también Chaloupka *et al.* 2012 (Prueba documental DOM-115), página 174; e Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 12.

la principal fuente reconocida de "cambio a productos de menor precio" en el mercado australiano.[3545]

7.1493. Aunque las partes no han abordado la forma concreta de tributación propuesta, tomamos nota de las pruebas que tenemos ante nosotros de que el aumento de los impuestos especiales sobre el tabaco puede tener efectos distintos según el tipo de impuesto especial que se utilice.[3546] Por ejemplo, hay pruebas de que los impuestos especiales específicos pueden hacer que los precios al consumo tiendan a aumentar relativamente más que los impuestos especiales *ad valorem*, dando lugar a una reducción del consumo relativamente mayor[3547], y de que es más probable que los precios al consumo suban en mayor proporción que el aumento de impuestos cuando el impuesto es específico.[3548] Señalamos también la posibilidad de que la tributación *ad valorem* incremente la competencia en el mercado aumentando las diferencias de precios existentes entre marcas, y que, a este respecto, se ha observado que los ajustes *ad valorem* pueden aumentar las posibilidades de sustitución a la baja para los productos de tabaco de menor precio.[3549] Aunque existen diversos regímenes fiscales que los gobiernos pueden adoptar para equilibrar esos efectos del aumento de la tributación[3550], observamos que la repercusión general de la tributación en el uso de tabaco puede conllevar también otros efectos en la competencia de productos y marcas debido a la elevación de los precios. En el caso concreto del aumento del impuesto especial sobre el tabaco en un 25% introducido por Australia en 2010, las empresas tabacaleras informaron de que dicho aumento hizo que las marcas de bajo costo tuvieran una mayor cuota de mercado, alterando las posiciones competitivas relativas de los proveedores de cigarrillos, y que el consumo se desplazara hacia el tabaco para armar.[3551]

7.1494. Habida cuenta de esos elementos, no nos queda claro cómo un aumento de la tributación abordaría o evitaría las preocupaciones sobre el "cambio a productos de menor precio"/sustitución a la baja que han expresado los reclamantes en relación con las medidas TPP o cualquier efecto resultante en el valor total del comercio de productos de tabaco. En efecto, puesto que la sustitución a la baja podría contribuir a restrictividad del comercio de una medida, no está claro que la imposición de un aumento de la tributación del tabaco no daría lugar también a un grado de restrictividad del comercio comparable o mayor.

[3545] Véase la primera comunicación escrita de Australia, nota 982. Véanse también Informe de HoustonKemp (Prueba documental AUS-19) (IEC), sección 3.3, página 18; EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), página 26; y Declaraciones de la rama de producción en relación con los impuestos especiales y el cambio a productos de menor precio (Prueba documental AUS-293).

[3546] Por ejemplo, el CIIC observó que "[l]os impuestos específicos y los impuestos *ad valorem* tienen efectos distintos en los precios, los beneficios y las posiciones competitivas de los productores de tabaco, en los ingresos fiscales, la calidad y variedad de productos y en la administración y distribución de los ingresos. Contribuirán de manera distinta al logro de objetivos de salud". Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 16.

[3547] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 42.

[3548] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 44.

[3549] Véase Modelo de simulación de impuestos al tabaco de la OMS (Prueba documental CUB-63), página 11. Como afirmó el CIIC, los derechos *ad valorem* "mantendrán las diferencias de precios relativas (antes de impuestos) entre los cigarrillos sometidos a impuestos altos y los sometidos a impuestos bajos", de modo que "habrá más competencia de precios en un sistema *ad valorem*, lo que puede entrañar un precio medio más bajo" y "tener un efecto multiplicador que favorezca la baja calidad". Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 18.

[3550] Por ejemplo, se podría abordar las posibilidad de sustitución a la baja mediante la utilización de un impuesto específico de tipo único que daría lugar a aumentos de precios relativamente más elevados en el caso de los cigarrillos más baratos, lo que reduciría su cuota de mercado. Sin embargo, teniendo presente lo anterior, cabría considerar que un impuesto especial específico es más favorable para las variedades y el empaquetado de las marcas existentes, ya que hay pruebas que indican un efecto de "sustituibilidad ascendente" que favorece a las marcas premium cuando se aplican impuestos especiales específicos. Véase Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), páginas 45-46. El CIIC observó que los derechos específicos "reducirán las diferencias de precios relativas entre los cigarrillos sometidos a impuestos altos y los sometidos a impuestos bajos", lo que "puede llevar a los consumidores a cambiar a cigarrillos de precios más elevados, suponiendo que los cigarrillos más caros se consideren de mayor calidad (y por lo tanto más atractivos)". Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 18.

[3551] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafos 116-121.

7.1495. Por consiguiente, en definitiva, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que un aumento de la tributación del tabaco que hiciera el mismo grado de contribución que las medidas TPP restringiría el comercio menos que las medidas TPP.

7.1496. No obstante dicha conclusión, consideramos adecuado proseguir nuestro análisis y determinar también si, suponiendo que pueda restringir el comercio menos que las medidas TPP, un aumento del nivel de tributación de los productos de tabaco haría una contribución equivalente al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de los productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.2.5.6.3.4 La cuestión de si el aumento de la tributación de los productos de tabaco haría una contribución equivalente al objetivo de Australia

Argumentos de las partes

7.1497. Honduras aduce que "está firmemente reconocido que encarecer los productos de tabaco mediante un aumento de la tributación es la manera más efectiva de reducir el consumo de tabaco".[3552]

7.1498. Honduras mantiene que si el Grupo Especial constata que las medidas TPP hacen alguna contribución al objetivo de Australia, el aumento de los impuestos propuesto para los productos de tabaco "podría lograr un grado de contribución equivalente", porque se puede ajustar la magnitud del impuesto propuesto para que se corresponda con cualquier nivel deseado de reducción del consumo.[3553] Honduras sostiene que el efecto de las medidas fiscales se explica por la elasticidad de precios del producto (es decir, la medida en que la demanda de un producto aumenta o disminuye como consecuencia de los aumentos o disminuciones de su precio).[3554] Honduras hace referencia al Manual técnico de la OMS sobre administración de impuestos al tabaco y afirma que en el caso de los cigarrillos se estiman elasticidades de precios del -0,4, lo que significa que si el precio de los cigarrillos aumentara en un 10%, el consumo de cigarrillos disminuiría en un 4%.[3555] Honduras aduce por lo tanto que el Grupo Especial tendrá que determinar con claridad y precisión el grado de contribución que haría la medida impugnada, dado que la magnitud necesaria del aumento de impuestos dependería del grado de contribución que haga la medida impugnada.[3556]

7.1499. La República Dominicana aduce que "[i]nstituciones de salud, Gobiernos y expertos en salud de todo el mundo reconocen universalmente que la aplicación de impuestos al tabaco es un instrumento de política muy eficaz -si no el más eficaz- para reducir el inicio en el hábito de fumar y facilitar su abandono".[3557] La República Dominicana sostiene que la tributación funciona bien tanto en el caso de los cigarrillos como en el de los cigarros (puros).[3558]

7.1500. La República Dominicana aduce asimismo que el aumento de la tributación haría una "contribución equivalente o mayor" al objetivo de las medidas TPP. Mantiene que "la tributación es un medio 'probado' para abordar con éxito cada una de las tres conductas tabáquicas identificadas" en la Ley TPP[3559] y hace referencia a varias fuentes para apoyar su argumento de que el aumento de la tributación es la forma más eficaz de reducir el uso de productos de tabaco.[3560] La República Dominicana afirma que "aproximadamente la mitad de la reducción del consumo general es atribuible a la reducción de la *prevalencia* del consumo de tabaco y la otra mitad a la reducción de la *intensidad* del consumo de tabaco".[3561] La República Dominicana presenta cálculos de los aumentos de precios e impuestos que harían la misma contribución que

[3552] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 589; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 699.
[3553] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 921.
[3554] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 590.
[3555] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 590.
[3556] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 598 y 921; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 221.
[3557] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 751; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 636.
[3558] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 152 del Grupo Especial.
[3559] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 757 y epígrafe VI.H.3.e.ii(1)(b).
[3560] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 753-756 y 1021.
[3561] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 758-760 y 1021. (las cursivas figuran en el original)

las medidas TPP, basados en niveles hipotéticos de la contribución hecha por las medidas TPP[3562] (y que "se aplicarían además del tipo del impuesto especial vigente en Australia, sea cual sea en un momento dado"[3563]):

Cuadro 4: Aumentos estimados de precios e impuestos equivalentes a las contribuciones hipotéticas de las medidas TPP a la reducción del número de fumadores

Equivalencia de la contribución	Contribución hipotética de las medidas TPP a la reducción del número de fumadores (%)	Aumento de precios para hacer la misma contribución añadido al tipo actual (%)	Aumento de impuestos para hacer la misma contribución añadido al tipo actual (%)
Ejemplo 1	0,5	2,5	4,39
Ejemplo 2	1,0	5,0	8,78
Ejemplo 3	1,5	7,5	13,17
Ejemplo 4	2,0	10,0	17,57

Fuente: segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 639, cuadro 4.

7.1501. La República Dominicana aduce que la "clara ventaja del aumento de la tributación como alternativa es que el aumento de impuestos necesario para hacer una contribución equivalente a la reducción de la prevalencia se puede ajustar con considerable precisión cuantitativa utilizando esas elasticidades".[3564] También aduce que, "a diferencia de las medidas [TPP], que tardarán años en surtir pleno efecto, según Australia", la tributación es inmediatamente efectiva tras su implementación, y probablemente sea más eficaz en el caso de los jóvenes, que se sabe que son particularmente sensibles al precio.[3565] La República Dominicana mantiene que, si se consideran conjuntamente la magnitud, la probabilidad y los plazos, junto con los riesgos de no alcanzar el objetivo, un aumento de la tributación haría una contribución a la reducción del consumo de tabaco mucho más que equivalente a cualquier contribución que hagan las medidas TPP.[3566]

7.1502. La República Dominicana aduce que el argumento de Australia de que "la tributación es eficaz en el caso del abandono y la recaída, pero no en el del inicio" contradice "la opinión general que comparten organizaciones de salud, Gobiernos y académicos por igual, según la cual la tributación también es fructífera para prevenir el inicio en el hábito de fumar, sobre todo entre los jóvenes".[3567] En relación con el argumento de Australia de que "las medidas [TPP] y los aumentos de impuestos pueden afectar a grupos de consumidores distintos"[3568], la República Dominicana afirma que las medidas TPP están especialmente orientadas a los jóvenes y los consumidores socialmente desfavorecidos, y que la tributación está ampliamente considerada de particular eficacia para reducir el consumo de tabaco entre esos grupos. La República Dominicana añade que Australia y sus expertos no aportan pruebas que respalden las afirmaciones de que la tributación no es eficaz para persuadir a los consumidores de ingresos altos de no fumar, o de que las medidas TPP serían particularmente útiles para ello. La República Dominicana aduce que, de hecho, las pruebas empíricas muestran que la tributación es efectiva con respecto a todos los grupos demográficos.[3569] En relación con el argumento de Australia de que la tributación funciona mediante mecanismos distintos y por ello no puede reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentando las percepciones del daño, la República Dominicana aduce que mientras una alternativa haga una contribución equivalente, no importa que lo haga mediante otro mecanismo.[3570]

7.1503. Cuba aduce que toda reducción del uso de tabaco resultante de las medidas TPP "podría ser fácilmente reproducida (y aumentada) mediante un aumento adecuado del impuesto especial".

[3562] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 639, cuadro 4. La República Dominicana añade que la utilización de estimaciones de la elasticidad más elevadas disminuiría considerablemente la estimación del aumento de la tributación necesario para alcanzar las reducciones de la prevalencia declaradas. Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 640.
[3563] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 641.
[3564] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 761 y 1021; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 638 y 646.
[3565] Respuestas de la República Dominicana a las preguntas 65 y 157 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 646-648.
[3566] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3567] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 651.
[3568] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 652.
[3569] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 653-654.
[3570] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 655-656.

Aduce que el aumento de impuestos necesario sobre los productos de tabaco puede cuantificarse en referencia a la "elasticidad de precios" de la demanda del mercado. Cuba sostiene que está universalmente aceptado que -0,4 es una buena estimación de la elasticidad de precios para la demanda de tabaco en países de ingresos altos y que, incluso suponiendo un valor de la elasticidad de -0,2, Australia lograría una disminución del 2% en el consumo de productos de tabaco con un aumento de tan solo el 10% en su precio.[3571] Cuba aduce que, en cualquier caso, "[u]n aumento de los impuestos puede ajustarse con precisión para lograr el beneficio deseado en materia de salud pública".[3572] Aduce que los impuestos son la medida unitaria más efectiva de control del tabaco, especialmente dado el particular impacto sobre las personas con ingresos inferiores, tales como los jóvenes.[3573]

7.1504. Indonesia afirma que el aumento de la tributación de los productos de tabaco está ampliamente reconocido como "la opción única de política más eficaz para reducir el daño que el tabaco hace a la salud pública".[3574] Sostiene que las medidas TPP no han demostrado tener *ningún* efecto en la prevalencia del consumo de tabaco tras su introducción, y que los aumentos de los impuestos al tabaco han demostrado de manera sistemática una reducción inmediata y cuantificable de la prevalencia, sin perturbar al mismo tiempo las oportunidades de competencia en el mercado.[3575] Además, los aumentos de impuestos al tabaco tienen la ventaja añadida de generar efectos observables. Específicamente, el aumento del 25% de los impuestos sobre el tabaco en 2010 dio lugar a un descenso del consumo de cigarrillos de 15 barras per cápita en cada trimestre y Australia ha estimado que un aumento del 1% en el precio de los cigarrillos producirá una reducción del consumo del 0,4%.[3576]

7.1505. Australia responde que, "[a]unque se reconoce que la tributación de los productos de tabaco es la política única más eficaz para reducir el uso de tabaco (es decir, si solo se aplica *una* medida)", el mejor enfoque para el control del tabaco es un enfoque integral.[3577] Australia aduce que las medidas fiscales no pueden alcanzar los tres objetivos específicos de Australia establecidos en las medidas TPP (a saber, disminuir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la efectividad de las advertencias sanitarias y reducir la capacidad del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco de inducir a error a los consumidores).[3578] Australia mantiene que, más bien, "los aumentos del impuesto especial 'inciden directamente en el uso de tabaco modificando la accesibilidad económica de los productos de tabaco mediante aumentos de los precios minoristas'".[3579] Australia, basándose en pruebas del Profesor Chaloupka, aduce que los consumidores responden de maneras distintas a las intervenciones de control del tabaco en función de dónde se encuentren en su ciclo vital y su historial de consumo de tabaco, y que esto limita la medida en que los aumentos del impuesto especial pueden influir en la conducta tabáquica de *todos* los consumidores o posibles consumidores.[3580] Australia sostiene que las prohibiciones de la publicidad, con inclusión del empaquetado genérico del tabaco, y los aumentos de la tributación tienen distintos grados de eficacia en las distintas etapas del proceso de inicio, contrariamente a la afirmación de la República Dominicana de que Australia o el Profesor Chaloupka indicaron que la tributación es eficaz en el caso del abandono y la recaída, pero no en el del inicio.[3581] Australia sostiene que "las diferentes vías causales por medio de las cuales el empaquetado genérico del tabaco y el impuesto especial influyen en el comportamiento de los consumidores (y los posibles consumidores)" significan que las medidas son capaces conjuntamente de influir en una gama de consumidores más amplia que una u otra medida

[3571] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 278.
[3572] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 279.
[3573] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 342; y observaciones de Cuba sobre las respuestas de Australia a las preguntas 157 y 158 del Grupo Especial.
[3574] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 430.
[3575] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 433.
[3576] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 433.
[3577] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 719.
[3578] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 720.
[3579] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 720 (donde se hace referencia al informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 37).
[3580] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 720 (donde se hace referencia al informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafos 35, 42 y 44).
[3581] Véanse las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 161 del Grupo Especial, párrafo 108 (donde se hace referencia al informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 35); y el informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582), párrafo 29 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 650).

actuando por sí sola.[3582] Así pues, Australia mantiene que "sustituir el empaquetado genérico del tabaco por una variación de la ya firme política de Australia en materia de impuestos especiales reduciría las sinergias entre esas medidas y debilitaría 'los efectos totales' del enfoque integral de Australia".[3583] Australia añade que el empaquetado genérico del tabaco puede influir en los consumidores y los posibles consumidores insensibles a las subidas de precios.[3584]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1506. Como se ha expuesto más arriba, los reclamantes mantienen que se podría aumentar el nivel de impuestos para reducir el consumo de tabaco en Australia en la misma cuantía que cualquier reducción del consumo atribuible a las medidas TPP.

7.1507. Observamos para empezar que no se discute que la tributación de los productos de tabaco es una medida de reconocida eficacia para el control del tabaco.[3585] Cabe destacar que las medidas de tributación del tabaco vigentes en Australia se han basado en el reconocimiento expreso de la contribución que hace la fiscalidad a los objetivos de salud pública de Australia. El Departamento del Tesoro australiano ha indicado que "[e]s público y notorio que las medidas de lucha contra el tabaco deben incluir impuestos más elevados" puesto que "[l]os impuestos más elevados sobre los productos de tabaco aumentan los precios, lo que reduce el uso de tabaco, lo que a su vez reduce los costos sanitarios y sociales asociados con el uso de tabaco".[3586] En la Estrategia Nacional sobre el Tabaco para 2004-2009 de Australia se reconocía que los impuestos sobre los productos de tabaco aumentan los precios, lo que ayuda a desalentar el consumo, y se reconocía también que el objetivo de política que perseguía Australia con los aumentos del impuesto especial era hacer que los productos de tabaco fueran menos asequibles.[3587] En consecuencia, el NPHT de Australia elaboró una estrategia en la cual recomendaba, entre otras cosas, un aumento en el impuesto especial aplicado al tabaco por motivos de salud pública e identificaba la menor asequibilidad de los productos de tabaco como un elemento esencial para reducir el consumo de tabaco y su prevalencia.[3588] Además, Australia anunció aumentos escalonados de su impuesto especial sobre el tabaco reconociendo que "aumentar el impuesto especial es la vía única más eficaz de que dispone el Gobierno para reducir las muertes prematuras y las enfermedades debidas al consumo de tabaco", con la expectativa de que sería "especialmente eficaz para reducir el número de jóvenes fumadores".[3589]

7.1508. La OMS también ha reconocido la eficacia de la tributación como medida de control del tabaco. Según la OMS, la tributación se considera la medida de control del tabaco más eficaz en función de los costos de que disponen los Gobiernos, sobre todo como intervención para reducir el uso de tabaco entre las personas jóvenes y pobres.[3590] La OMS ha señalado específicamente que,

[3582] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 721.

[3583] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafo 23 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172).

[3584] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 721.

[3585] Señalamos a este respecto la afirmación de Australia de que "Australia y sus expertos nunca han negado" que los aumentos del impuesto especial son una política de control del tabaco eficaz. Véanse las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafo 80.

[3586] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 27.

[3587] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 14.

[3588] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 16. Observamos que el Gobierno de Australia no adoptó en su momento esta recomendación particular sobre aumentos escalonados en razón de las tensiones financieras de quienes continúan fumando. Véanse *ibid*. párrafo 18; y Medidas adoptadas a partir de la Hoja de ruta del NPHT (Pruebas documentales AUS-116, JE-15), página 63.

[3589] Comunicado de prensa acerca del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5). Véanse también Medidas adoptadas a partir de la Hoja de ruta del NPHT (Pruebas documentales AUS-116, JE-15), páginas 61-62; y Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 19.

[3590] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), páginas 9, 18, 20-22, 104; y Modelo de simulación de impuestos al tabaco de la OMS (Prueba documental CUB-63), página 1. Véanse también OMS, Aumentar los impuestos sobre el tabaco (Prueba documental IDN-88), página 6 ("[a]umentar los impuestos sobre el tabaco es la solución más eficaz en función de los costos para reducir el uso de tabaco en cualquier entorno"); Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117),

"[d]e todos los impuestos a los productos de tabaco, el impuesto especial es el más importante para lograr el objetivo sanitario de reducir el consumo de tabaco, ya que se aplica exclusivamente a los productos de tabaco y aumenta los precios de estos productos en relación con los precios de otros bienes y servicios".[3591] La OMS resume las conclusiones más destacables de los estudios especializados pertinentes y afirma lo siguiente:

> [U]na abundante y creciente bibliografía demuestra claramente que la demanda general de productos de tabaco se ve afectada considerablemente por los cambios en los impuestos y precios de dichos productos. En estos estudios se demuestra que el precio afecta todos los aspectos del consumo de tabaco: un precio más alto previene la iniciación de posibles usuarios, induce la cesación entre los usuarios actuales y reduce la frecuencia de consumo y la cantidad consumida por los usuarios habituales.[3592]

7.1509. Con arreglo a estas consideraciones, el párrafo 1 del artículo 6 del CMCT establece que sus partes "reconocen que las medidas relacionadas con los precios e impuestos son un medio eficaz e importante para que diversos sectores de la población, en particular los jóvenes, reduzcan su consumo". En el párrafo (2)(a) del artículo 6 se establece además que cada parte en el CMCT "adoptará o mantendrá, según proceda, medidas como las siguientes: ... aplicar a los productos de tabaco políticas tributarias y, si corresponde, políticas de precios para contribuir al logro de los objetivos de salud tendentes a reducir el consumo de tabaco".[3593]

7.1510. La eficacia general de la tributación como medio de control del tabaco encuentra también reconocimiento en varias fuentes académicas, gubernamentales y de otros expertos que obran en el expediente de los presentes procedimientos.[3594]

---

página 3 ("Se ha demostrado que un aumento significativo de los impuestos y los precios de los productos de tabaco es la intervención única más efectiva y eficaz en función de los costos para reducir el uso de tabaco, en particular entre las personas jóvenes y pobres..."); Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2013 (Pruebas documentales DOM-318, CUB-81), página 79 ("[e]llevar los impuestos para aumentar el precio de los productos de tabaco es el medio más efectivo para reducir el uso de tabaco y alentar a los fumadores a abandonar"); e Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015 (Pruebas documentales AUS-595, DOM-319), página 16 ("aumentar los impuestos sobre el tabaco hasta más de un 75% del precio minorista es una de las intervenciones de control del tabaco más efectivas y eficaces en función de los costos").

[3591] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 11.

[3592] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 23. Véase también *ibid*. páginas 76-77.

[3593] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 6. Observamos asimismo que en las Directrices para la aplicación del artículo 6 del CMCT se afirma lo siguiente: "En general se reconoce que las políticas relacionadas con los precios y los impuestos son el medio más eficaz para influir en la demanda y, por lo tanto, en el consumo de productos de tabaco". Directrices relativas al artículo 6 del CMCT (Prueba documental AUS-111), Introducción, página 1.

[3594] Chaloupka *et al*. 2012 (Prueba documental DOM-115), páginas 172 y 179; Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafos 10 y 37; Chaloupka y Warner 1998 (Prueba documental DOM-116) página 56; Ross y Chaloupka 2006 (Prueba documental DOM-118), página S114; Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2014 (Pruebas documentales AUS-37, DOM-104, CUB-35), página 12 ("Las pruebas son suficientes para concluir que los aumentos en los precios de los productos de tabaco, con inclusión de los debidos aumentos del impuesto especial, previenen el inicio en el uso de tabaco, fomentan el abandono y reducen la prevalencia y la intensidad del uso entre jóvenes y adultos"); Pechmann *et al*. 2011 (Prueba documental HND-149), página 24; Jha y Chaloupka 1999 (Prueba documental AUS-51), página 5; Tworek *et al*. 2010 (Prueba documental HND-152), página 9; Tauras *et al*. 2013 (Prueba documental HND-153), página 4317; Sussman *et al*. 2013 (Prueba documental HND-154), páginas 2-3; Guindon *et al*. 2013 (Prueba documental HND-156), página 1; Cummings *et al*. 2009 (Prueba documental HND-157), página 443; Nargis *et al*. 2013 (Prueba documental HND-158), página 2; *Tobacco in Australia* 2012, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-79), capítulo 13, página 1 ("[l]as pruebas relativas a la efectividad de las políticas fiscales y de precios son abrumadoras"); Dunlop *et al*. 2011 (Prueba documental HND-83), página 1687 ("los aumentos de impuestos se consideran la intervención única más eficaz para reducir la demanda de tabaco, y las investigaciones muestran que cuanto mayor sea el aumento de impuestos, mayor será la reducción en las ventas de cigarrillos"); F. Chaloupka, "*How Effective Are Taxes in Reducing Tobacco Consumption*" (Prueba documental IDN-87), página 7; Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2000, Resumen (Prueba documental IDN-89), página 22; e Informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582), párrafo 29 ("Mis investigaciones han demostrado sistemáticamente la efectividad de los impuestos más elevados sobre el tabaco para

7.1511. Sobre esta base, concluimos que la tributación se reconoce en principio como una medida eficaz de control del tabaco, que es capaz de contribuir a reducir el uso de productos de tabaco. Pasamos por lo tanto a considerar el grado de contribución que podría hacerse al objetivo de Australia en el marco de la alternativa de los reclamantes.

7.1512. Comenzamos recordando nuestras observaciones concernientes al régimen del impuesto especial sobre los productos de tabaco vigente en Australia, incluidos los recientes aumentos en el tipo de dicho impuesto, la indexación de los tipos impositivos con arreglo a los precios al consumo y los ingresos medios semanales en horario laboral normal, y las pruebas de que Australia tiene intención de seguir implementando con regularidad aumentos escalonados en el impuesto especial al tabaco.[3595] Además, se ha señalado que los impuestos especiales sobre el tabaco de Australia están entre los más elevados del mundo, que se han aumentado de forma constante con el tiempo y que han dado lugar a precios de los productos de tabaco que están entre los más altos del mundo.[3596]

7.1513. Entendemos que la medida alternativa propuesta por los reclamantes conllevaría un aumento del impuesto especial sobre el tabaco en particular, en contraposición a otras formas de tributación de los productos de tabaco.[3597] Aparte de esto, hay posibles variaciones en la manera en que se podría aplicar el aumento del impuesto especial con arreglo a esta alternativa. Por ejemplo, es posible aplicar impuestos especiales tanto específicos como *ad valorem*, percibiéndose los primeros sobre la base de la cantidad (por ejemplo, una cantidad fija por cigarrillo o por peso de tabaco) y los últimos sobre la base del valor (por ejemplo, un porcentaje del precio en fábrica o el precio minorista).[3598] Por lo tanto, una posible variación de la alternativa sería un aumento del impuesto especial *específico* vigente en Australia, aplicado por barra o por kilogramo.[3599]

---

desalentar el inicio en el uso de tabaco y su aceptación entre los jóvenes, promover el abandono entre los usuarios de tabaco adultos y reducir el consumo entre los usuarios habituales, con efectos relativamente más acusados en el uso de tabaco entre las personas jóvenes y pobres").

[3595] Véase el párrafo 7.1477 *supra*.

[3596] Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafos 9 b), 18 y 41; Informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582), párrafo 26; e Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015 (Pruebas documentales AUS-595, DOM-319), página 39. El Profesor Chaloupka observa también que Australia ha reducido su régimen de franquicia con el tiempo. Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 18.

[3597] En la actualidad, Australia aplica impuestos especiales y de otro tipo a los productos de tabaco. El impuesto especial es un impuesto aplicado a determinadas mercancías producidas en Australia que, en comparación con otros impuestos concebidos para recaudar ingresos, puede también ser aplicado selectivamente para perseguir objetivos no relacionados con los ingresos. Las mercancías importadas comparables a las sujetas al impuesto especial se gravan de manera equivalente mediante la imposición de un derecho de aduana aplicado con el mismo tipo que el impuesto especial. EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 2. Entre los demás impuestos aplicados a los productos de tabaco se incluyen los impuestos sobre el valor añadido, los impuestos generales sobre las ventas o el consumo y los gravámenes especiales que financian programas concretos. Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), páginas 19, 28-29; y Chaloupka *et al*. 2012 (Prueba documental DOM-115), página 173. Se ha señalado asimismo que, de los diversos tipos de impuestos aplicados por los Gobiernos al tabaco, "los impuestos especiales sobre los productos de tabaco (incluidos otros impuestos aplicados específicamente a los productos de tabaco pero con otras denominaciones) son los más importantes para alcanzar el objetivo de salud de reducir el consumo de tabaco, ya que se trata de impuestos que se aplican exclusivamente a los productos de tabaco y que aumentan el precio de estos productos en relación con los precios de otros bienes y servicios". Chaloupka *et al*. 2012 (Prueba documental DOM-115), página 173.

[3598] Véase Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 11; y Chaloupka *et al*. 2012 (Prueba documental DOM-115), páginas 173-174.

[3599] Véase, por ejemplo, Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 34, nota 62. Otra consideración que no se ha concretado es si la alternativa conllevaría una tributación específica *de tipo único* para todos los productos de tabaco, o si la alternativa podría diferenciar entre los distintos productos de tabaco (incluso por categorías de precios y otras características de las marcas). Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 34. Véase también *ibid*., página 11 (donde se indica que "[a]demás del impuesto de tipo específico o monto fijo, de acuerdo con las características del producto de mayor consumo y la estructura de cada industria, el Gobierno también puede imponer un impuesto de tipo *ad valorem* para ajustar los atributos de especificación (atractivo y variedad) a un nivel deseado"). Véase también Chaloupka *et al*. 2012 (Prueba documental DOM-115), página 173 (donde se describen distintos regímenes de impuestos especiales percibidos con arreglo a los precios de los fabricantes, la escala de producción y las características de los cigarrillos).

7.1514. Aunque las partes no se han ocupado directamente de algunas de las posibles variaciones del aumento de la tributación del tabaco, las tenemos en cuenta dado que pueden informar el grado de la contribución que podría hacer esta medida alternativa.[3600] En este sentido, somos conscientes de que la variabilidad en los tipos de impuestos especiales aplicados puede obedecer a diferencias en los objetivos de los Gobiernos y a las limitaciones concretas a que hacen frente.[3601] Recordamos asimismo que las medidas alternativas constituyen una herramienta conceptual en el análisis general en el marco del párrafo 2 del artículo 2, y que "[e]sas medidas alternativas son de naturaleza hipotética en el contexto del análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 porque todavía no existen en el Miembro en cuestión, o al menos no en la forma concreta que propone el reclamante".[3602] La alternativa propuesta por los reclamantes es inherentemente variable dada su naturaleza hipotética y el argumento de los reclamantes de que se podría ajustar el aumento de la tributación para lograr una contribución equivalente a la que el Grupo Especial constate que logran las medidas TPP.

7.1515. Al aducir que el nivel del aumento de la tributación podría ajustarse para contribuir al objetivo de salud pública de Australia en un grado equivalente al de las medidas TPP, todos los reclamantes han hecho referencia a la magnitud de los efectos del precio en el consumo de tabaco medida en función de la elasticidad de la demanda con respecto al precio[3603], que indica la reducción proporcional del consumo resultante del aumento del precio. La OMS ha observado que los estudios pertinentes relativos a los *cigarrillos* han producido una amplia gama de estimaciones a este respecto, pero que "en la gran mayoría de ellos se calculan las elasticidades - precio en el orden de -0,25 y el -0,5, con la mayor parte concentrada en alrededor de -0,4", lo que significa que un aumento del precio del 10% daría lugar a una reducción del consumo del 4%.[3604] Basándose en esas fuentes, el Gobierno de Australia lo ha descrito como "la elasticidad de precios de consenso en torno al -0,4" que, según estudios del Banco Mundial y la OMS, es válida para países de ingresos altos, no obstante otras estimaciones algo más dispersas correspondientes a países de ingresos altos que no son los Estados Unidos y el Reino Unido.[3605]

7.1516. La cifra del -0,4 para la elasticidad, que ninguna parte ha discutido en los presentes procedimientos[3606], se refiere a la elasticidad de la demanda *general* de tabaco con respecto a los precios. En este sentido, la OMS ha observado que la reducción del consumo general de tabaco atribuible al aumento de la tributación se compone tanto de la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco (debida al abandono de usuarios de tabaco) como de la reducción de la intensidad (debida a la reducción de la cantidad de tabaco que consumen los fumadores restantes).[3607] Asimismo, observamos que los efectos del impuesto especial y los incrementos de

[3600] Véase, por ejemplo, Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 5 (donde se observa que "[e]l nivel y el régimen impositivos tienen consecuencias en el comportamiento de los consumidores, el comportamiento de la industria tabacalera y la efectividad de la tributación del tabaco como medida de política pública").

[3601] Véase, por ejemplo, Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 11.

[3602] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.328.

[3603] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 590; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 759-761; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 278; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 433.

[3604] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 21. Véanse también Chaloupka *et al*. 2012 (Prueba documental DOM-115), página 175; Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2014 (Pruebas documentales AUS-37, DOM-104, CUB-35), página 789 (donde se hace referencia a una "estimación de consenso" correspondiente a dos exámenes "de que un aumento del 10% en el precio de los cigarrillos dará lugar a una reducción del 3-5% en el total de cigarrillos consumidos"). Además, estudios sobre el uso de tabaco realizados en países de ingresos bajos e ingresos medios han indicado que la demanda de productos de tabaco responde al precio en mayor medida que en los países de ingresos altos. Véase Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 350.

[3605] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 32. Véase también *ibid*., párrafo 64.

[3606] La República Dominicana también ha citado estimaciones empíricas de la elasticidad de la *prevalencia* del consumo de tabaco calculada para el mercado australiano, que oscila entre el -0,436 y el -0,863, algo que la República Dominicana interpreta en el sentido de que comprende la mitad de la elasticidad del *consumo total* en Australia. Véase la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 760-761.

[3607] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 21; OMS, Aumentar los impuestos sobre el tabaco (Prueba documental IDN-88), página 8; Informe de

precios correspondientes pueden diferir a corto y a largo plazo, y que hay pruebas de que los efectos a largo plazo pueden ser mayores que los efectos a corto plazo.[3608] Según ha declarado el Gobierno australiano, "una reducción de la prevalencia del consumo de tabaco debida al abandono de actuales fumadores tendrá un efecto inmediato en las tasas de consumo de tabaco, mientras que una reducción de la prevalencia debida a que haya menos inicio en el hábito de fumar tendrá consecuencias a más largo plazo, puesto que afecta a posibles futuros fumadores".[3609]

7.1517. Por lo que respecta al aumento del impuesto especial sobre el tabaco de un 25% que se aplicó en 2010, los objetivos de Australia incluían reducir el consumo total de tabaco en un 6% aproximadamente, y la prevalencia de fumadores entre un 2% y un 3%.[3610] En su EPI de este aumento del impuesto especial, Australia identificó determinados efectos mediante los cuales se reduciría el consumo de tabaco, a saber, que algunos fumadores fuman menos, que otros abandonan, la disuasión/prevención de la recaída y el descenso del inicio en el hábito de fumar.[3611] A reserva de ciertas limitaciones en los datos, en el examen posterior a la implementación del Departamento del Tesoro australiano se informó de mejoras positivas en la reducción del consumo total de tabaco y, en menor medida, de la prevalencia entre adultos.[3612]

7.1518. Las cifras de elasticidad estimadas en las investigaciones académicas, y la propia experiencia de Australia en la recaudación del impuesto especial sobre el tabaco, son indicativas

---

la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015 (Pruebas documentales AUS-595, DOM-319), página 26. Varias otras fuentes atestiguan de forma similar el efecto combinado de la reducción de la prevalencia e intensidad del consumo de tabaco. El CIIC de la OMS informa de que "en estudios que examinan tanto la prevalencia como la intensidad del consumo de tabaco se ha constatado generalmente que los efectos de los precios en el consumo se dividen aproximadamente por igual entre el efecto del precio en la prevalencia del consumo de tabaco y el efecto del precio en la intensidad del consumo de tabaco entre quienes fuman". Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 176. Análogamente, estudios académicos sobre los efectos de los precios en el consumo han indicado que "aproximadamente la mitad de la repercusión de los precios en el uso de tabaco es el resultado de su efecto en la prevalencia, que se debe en gran medida al abandono entre usuarios adultos". Chaloupka *et al*. 2012 (Prueba documental DOM-115), página 175. Se ha considerado que este doble efecto en la intensidad y la prevalencia significa que la elasticidad del consumo general con respecto a los precios duplica la elasticidad de la prevalencia, lo que se denomina "regla de dos". Véase la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 758.

[3608] Véase, por ejemplo, Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 119, cuadros 4.1, 4.2 y 4.3, que presentan estimaciones de la elasticidad relativas a países con diversos niveles de ingresos y numerosas estimaciones de la elasticidad a largo plazo que son mayores que las estimaciones de la elasticidad a corto plazo. Véanse también Chaloupka *et al*. 2012 (Prueba documental DOM-115), página 175 (donde se indica que en varios estudios se ha "modelado la naturaleza adictiva del uso de tabaco, y se ha llegado a la conclusión de que la demanda de tabaco es más sensible a los precios a largo plazo que a corto plazo"); y Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 23 (donde se indica que "[s]egún predicen las teorías económicas de la adicción, la repercusión de un aumento permanente de precios será mayor a más largo plazo que al corto plazo").

[3609] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 33. Observamos que esa declaración es coherente con las estimaciones empíricas de las elasticidades de los precios calculadas específicamente para el mercado australiano. Véanse Bardsley y Olekalns 1999 (Prueba documental DOM-122), página 237, figura 5; y Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), páginas 117-118.

[3610] Primer Ministro Rudd, Comunicado de prensa sobre medidas contra el tabaco (Pruebas documentales AUS-115, HND-4, DOM-52); y EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 59. La reducción del consumo total de tabaco en un 6% se estimó sobre la base de que un aumento del impuesto especial de un 25% daría lugar a un incremento del precio de un 15% (suponiendo que aproximadamente el 60% de un paquete de cigarrillos corresponde al impuesto especial), y calculando después el descenso del consumo con una cifra de elasticidad supuesta. Véase EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 64. La reducción de la prevalencia del consumo de tabaco se estimó sobre la base de una tasa de consumo de tabaco del 17% entre la población adulta. Véase *ibid*., párrafo 69.

[3611] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 62.

[3612] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafos 133-135. Es más, las investigaciones realizadas después del aumento de impuestos de 2010 indicaron que era más probable que quienes habían abandonado recientemente, tras el aumento de impuestos (frente a quienes habían abandonado antes), afirmaran que el precio había influido en ellos, y que las respuestas de los fumadores a los aumentos del precio incluían modificaciones con respecto al hábito de fumar (es decir, intentos de abandono o reducción) y modificaciones con respecto al producto (es decir, cambio a marcas de menor precio, uso de hebras de tabaco o compra a granel). Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 19.

de la posible contribución del aumento de la tributación al objetivo de Australia. No obstante, al evaluar el grado de esa contribución, observamos que los reclamantes no han definido con exactitud el aumento de la tributación que proponen, sino que en cambio se han referido principalmente a las cifras relativas a la elasticidad de la demanda con respecto al precio como base para aducir que se podría ajustar la tributación para que haga una contribución equivalente a cualquier contribución hecha por las medidas TPP.

7.1519. Observamos además que, como analizamos *infra*, hay otras varias consideraciones que pueden influir en el grado de contribución al objetivo de Australia que podría lograrse en el marco de esta alternativa.

7.1520. Las pruebas relativas a los efectos de los aumentos de la tributación del tabaco que tenemos ante nosotros indican que la posible contribución puede variar entre distintos grupos de población.[3613] En este sentido, la OMS estima que los efectos de un aumento del impuesto especial sobre el tabaco serán dos o tres veces mayores entre quienes tienen menos dinero, entre ellos los jóvenes.[3614] El CIIC señala que la prevalencia y la intensidad del consumo de tabaco en adultos son inversamente proporcionales al precio, e informa de que las pruebas empíricas respaldan la previsión de la teoría económica de que el uso de tabaco entre los jóvenes sería más sensible al precio que el uso entre los adultos.[3615] Respecto de los distintos grupos socioeconómicos, al elaborar la Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018, el Comité Gubernamental de Drogas de Australia señaló investigaciones que muestran que el efecto de los aumentos del precio es más significativo en grupos de ingresos bajos.[3616] Ello está en consonancia con la conclusión del CIIC de que la sensibilidad al precio de la demanda de tabaco es por lo general mayor entre las personas pobres que entre las personas ricas en países de ingresos altos.[3617] Estas pruebas indican que la eficacia de la tributación es potencialmente mayor en determinados grupos de población, mientras que otros grupos pueden ser relativamente menos sensibles a los cambios en el precio que a otras medidas de control del tabaco.[3618]

7.1521. Además, en apoyo de sus argumentos relativos a la adopción de un aumento de la tributación como alternativa a las medidas TPP, los reclamantes han llamado la atención sobre el hecho de que los impuestos sobre el tabaco de Australia están por debajo del nivel de tributación recomendado por la OMS del 70% del precio al consumo de los productos de tabaco.[3619] Observamos que este nivel recomendado es un punto de referencia indicativo con respecto al cual la OMS ha reconocido que puede haber otras consideraciones pertinentes para los Gobiernos

[3613] Como ha afirmado el Profesor Chaloupka, el efecto en el comportamiento del aumento del impuesto especial sobre el tabaco puede no ser uniforme, y nuevos aumentos de los impuestos especiales sobre el tabaco vigentes en Australia "reducirán el uso de tabaco entre algunos usuarios actuales y potenciales, mientras que otros cambiarán su comportamiento de formas que tienen un menor efecto en el consumo y otros no se verán afectados". Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 9 b). Véase también *ibid*., párrafos 34, 42 y 44. Con respecto a los grupos de edad, el Departamento del Tesoro australiano ha puesto de relieve las conclusiones de estudios según las cuales los adolescentes y los adultos jóvenes son mucho más sensibles a los aumentos del precio. EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 35 (donde hace referencia a estudios económicos especializados sobre la elasticidad de la demanda con respecto al precio que estiman que un incremento del 10% en los precios de los cigarrillos reduce el consumo aproximadamente en un 5-12% entre los adolescentes fumadores, en comparación con un 1% en el caso de los fumadores que rozan la treintena).

[3614] OMS, Aumentar los impuestos sobre el tabaco (Prueba documental IDN-88), páginas 6-7.

[3615] Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 352.

[3616] Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 19.

[3617] Manual del CIIC de 2011 (Prueba documental DOM-117), página 353 (donde se indica que esa conclusión se basa en gran medida en pruebas obtenidas en los Estados Unidos y el Reino Unido).

[3618] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 34 (donde se hace referencia a un estudio realizado por la Oficina Nacional de Investigaciones Económicas de los Estados Unidos en el que se afirma que los aumentos de impuestos sobre los cigarrillos se asocian con disminuciones insignificantes del consumo en adultos, y que haría falta un incremento de los impuestos del 100% para disminuir el consumo de tabaco en adultos hasta el 5%). Chaloupka observa que "aunque los fumadores de ingresos más altos son relativamente insensibles a los aumentos del precio de los cigarrillos, es más probable que respondan a políticas de lugares de trabajo sin tabaco que no son plenamente integrales ... dado que están más expuestos a ellas". Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 34.

[3619] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 595; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 702; y la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 343.

encargados de la aplicación.[3620] En todo caso, habida cuenta de los incentivos mediante los cuales un aumento del impuesto especial contribuiría al objetivo en cuestión, consideramos que son los precios de los productos de tabaco, más que los tipos impositivos subyacentes por sí mismos, los más directamente pertinentes en lo que respecta a la influencia en el consumo de tabaco.[3621] Ello es compatible con la mejor práctica recomendada por la OMS, según la cual "[p]ara potenciar al máximo el efecto de un aumento de los impuestos al tabaco sobre la salud pública, y al mismo tiempo generar mayores ingresos, los Gobiernos deben aumentar los impuestos para así elevar los precios y reducir la asequibilidad de los productos de tabaco".[3622] A este respecto, observamos que los precios del tabaco en Australia están entre los más elevados del mundo.[3623] Es más, la OMS ha reconocido que los incrementos automáticos aplicados por Australia a su impuesto especial específico sobre la base de los ingresos medios semanales aseguran que los productos de tabaco no se hacen relativamente más asequibles con el tiempo.[3624] En efecto, hay pruebas de que los aumentos del impuesto especial de Australia han tenido éxito y han logrado que disminuya la asequibilidad al consumo.[3625]

7.1522. Señalamos asimismo que una premisa central subyacente en la alternativa de los reclamantes parece ser que los aumentos de impuestos se transmitirían a los fumadores mediante un incremento del precio al consumo, en lugar de ser absorbidos por la rama de producción, para crear el efecto disuasorio del uso de tabaco.[3626] En la medida en que no se ha llegado al nivel de tributación de referencia recomendado por la OMS debido a las prácticas del sector en materia de fijación de precios, esas prácticas de "traslado en mayor medida" de la rama de producción pueden incrementar, más que anular, la reducción de la asequibilidad de los productos de tabaco a que da lugar el aumento de impuestos. Por consiguiente, no consideramos que la proporción de los impuestos especiales en el precio total sea en sí misma concluyente en cuanto al posible grado de contribución que se lograría con el aumento de la tributación.

7.1523. Teniendo en cuenta esas consideraciones, coincidimos en que un aumento de los impuestos especiales sobre el tabaco en Australia podría, en principio, hacer una contribución significativa al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Efectivamente, no entendemos que

[3620] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), páginas 53 y 104 (donde se hace referencia al nivel del impuesto especial del 70% como una "mejor práctica" que debería tener en cuenta factores como las diferencias en "el punto de partida [de los países] con respecto a la estructura tributaria y las tasas impositivas"). Asimismo, en el informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015 (Pruebas documentales AUS-595, DOM-319), página 111, se afirma que "es importante señalar que las modificaciones de la parte del precio correspondiente a los impuestos no solo dependen de las modificaciones de los impuestos, sino también de las modificaciones de los precios. Por lo tanto, a pesar de un aumento de los impuestos, la parte correspondiente a los impuestos puede permanecer inalterada o disminuir; de forma similar, a veces la parte correspondiente a los impuestos puede aumentar aunque no haya modificación/aumento del impuesto". Observamos además que en las Directrices relativas al artículo 6 del CMCT (Prueba documental AUS-111), sección 3.2, titulada "Nivel de las tasas tributarias aplicables", se afirma que "[n]o existe un único nivel óptimo de impuestos al tabaco que rija para todos los países ...".

[3621] EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafo 91. Tomamos nota a este respecto de la observación de la República Dominicana de que "la proporción entre impuestos y precio minorista es solo *una* referencia para evaluar los niveles de tributación, y no necesariamente la más adecuada", ya que "[s]e utilizan otros puntos de referencia para evaluar la asequibilidad de los productos de tabaco". Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 662. Por ejemplo, la OMS ha examinado también la medición de la asequibilidad del tabaco sobre la base de la relación entre el crecimiento de la renta per cápita y el aumento de los precios del tabaco, y ha indicado además que "[n]o todo depende de la parte del precio correspondiente a los impuestos". Véase Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015 (Pruebas documentales AUS-595, DOM-319), páginas 82 y 112.

[3622] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 107.

[3623] Véase Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015, apéndice IX (Prueba documental AUS-595.A), cuadro 9.1, gráfico 9.2.0. Véase también la nota 3596 *supra*.

[3624] Véanse Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015 (Pruebas documentales AUS-595, DOM-319), página 39; e Informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582), párrafo 28.

[3625] British American Tobacco Australia, "*Submission to the Australian Government's Re: Think - Tax Discussion Paper Consultation*" 5 de junio de 2015 (Comunicación de BATA sobre el documento para el debate tributario del Gobierno de Australia) (Prueba documental AUS-593), página 9; e Informe de réplica de Chaloupka (Prueba documental AUS-582), párrafo 28.

[3626] Véase, por ejemplo, Modelo de simulación de impuestos al tabaco de la OMS (Prueba documental CUB-63), página 9.

Australia cuestione la proposición de que la tributación de los productos de tabaco puede contribuir al logro de su objetivo.

7.1524. En consecuencia, examinamos si tal aumento de la tributación lograría un grado de contribución al objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos *equivalente* al que hacen las medidas TPP.

7.1525. Como se ha explicado *supra*, no se discute que la tributación es un instrumento eficaz de control del tabaco y que cabe esperar que influya en el comportamiento de los consumidores, contribuyendo con ello al objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Australia ha implementado consiguientemente aumentos escalonados de su propio impuesto especial sobre el tabaco con el mismo objetivo de salud pública que el perseguido por las medidas TPP, y ha indicado su intención de seguir haciéndolo en el futuro como parte de su estrategia integral de control del tabaco.[3627] En este caso, consideramos muy pertinente que una parte de esta estrategia integral incluya una versión de la alternativa propuesta, que las autoridades australianas han incrementado sucesivamente en el pasado teniendo en cuenta los posibles efectos no deseados del aumento de la tributación.[3628] Hemos tomado nota también de las pruebas de que los precios del tabaco en Australia están entre los más elevados del mundo, y de que se ha reconocido que la indexación de los impuestos especiales con arreglo a los salarios contribuye a reducir la asequibilidad de los productos de tabaco.

7.1526. No obstante, no estamos convencidos de que *sustituir* las medidas TPP por la tributación adicional del tabaco daría lugar a una contribución equivalente al objetivo de Australia. Los reclamantes han aducido que se puede ajustar el nivel de tributación para reproducir cualquier contribución hecha por las medidas TPP. Sin embargo, incluso suponiendo que se pudiera aislar y cuantificar la reducción exacta del consumo total causada por las medidas TPP, un aumento de la tributación diseñado para lograr la misma reducción global dejaría necesariamente intactos los aspectos de los productos de tabaco y el empaquetado para la venta al por menor que abordan las medidas TPP "como parte de un conjunto más complejo de medidas orientadas hacia el mismo objetivo" de control del tabaco.[3629] De hecho, ya hemos constatado que las medidas TPP contribuyen al objetivo de Australia, entre otras cosas, eliminando los tipos de imágenes y los mensajes conexos que puede transmitir el empaquetado del tabaco, cuya naturaleza es tal que pueden transmitir la creencia de que el inicio en el uso del tabaco puede satisfacer determinadas necesidades, a la cual son particularmente vulnerables los jóvenes y los adultos jóvenes, e influyendo en el abandono o la recaída en el consumo de tabaco al incidir sobre la capacidad del paquete de actuar como estímulo condicionado para el hábito de fumar y afectar con ello a la capacidad de los fumadores para abandonar el hábito de fumar o no recaer en él. Hemos constatado también que, en términos más generales, al eliminar la posibilidad de que el empaquetado tenga esos efectos, el empaquetado genérico es adecuado para reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir 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 y, en consecuencia, repercutir en las conductas tabáquicas.

7.1527. Somos conscientes de que una medida alternativa propuesta no tiene que alcanzar un grado de contribución *idéntico* al del reglamento técnico impugnado para que se constate que ese grado es *equivalente*. Al mismo tiempo, como se ha expuesto *supra*, consideramos que el funcionamiento de las medidas TPP, incluida su contribución al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, debe ser considerado en el contexto más amplio de la estrategia integral concebida e implementada por Australia para abordar el control del tabaco. En este sentido, observamos que si se implementara en Australia un

[3627] Véanse la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 552; y Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 20.

[3628] Véanse Informe técnico Nº 2 del NPHT (Pruebas documentales AUS-52, JE-12), página 15 (donde se ofrecen recomendaciones para aumentar la tributación en conjunción con medidas efectivas para impedir la evasión fiscal y mejorar los servicios para quienes abandonan el tabaco); y Medidas adoptadas a partir de la Hoja de ruta del NPHT (Pruebas documentales AUS-116, JE-15), página 63 (donde se indica que el Gobierno de Australia se abstuvo de aplicar plenamente el incremento del impuesto especial propugnado por el Equipo de Trabajo sobre Medicina Preventiva habida cuenta de las posibles tensiones financieras entre las personas que continúan fumando).

[3629] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.216, nota 660.

aumento del impuesto especial sobre el tabaco como *sustituto* de las medidas TPP, los efectos del empaquetado del tabaco que se quieren abordar con las medidas TPP, incluida cualquier imagen o mensaje transmitidos por el empaquetado del tabaco y la capacidad del paquete para actuar como estímulo condicionado, no se abordarían, y se sacrificaría cualquier efecto asociado en las conductas tabáquicas. Señalamos además, a este respecto, que si bien la tributación como instrumento de control del tabaco puede contribuir a reducir la prevalencia y la intensidad del consumo de tabaco en general[3630], las limitaciones de la tributación del tabaco como medida aislada se reconocen en las Directrices del CMCT para la aplicación del artículo 6[3631], donde se afirma que "los impuestos al tabaco no existen en un vacío y se deben aplicar como parte de una estrategia integral para el control del tabaco".[3632] A nuestro juicio, esta afirmación es coherente con los posibles efectos indirectos que es necesario tener en cuenta en la implementación del aumento de la tributación, así como con el hecho de que el aumento de la tributación no aborda elementos del aspecto de los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor que se abordan en las medidas TPP.

7.1528. Estimamos que tenemos ante nosotros una situación en que "[l]a sustitución de un elemento de esta política global por otro la debilitaría, al reducir las sinergias entre sus componentes así como sus efectos totales".[3633] Si bien medidas distintas pueden tener la capacidad de contribuir por varios medios al mismo objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, esto no significa que sean intercambiables o sustituibles, y constituyan por este motivo "alternativas" entre sí, cuando cada medida tiene la finalidad de abordar un aspecto distinto de un problema polifacético y la naturaleza integral y complementaria de las medidas es una parte integrante del enfoque aplicado. En ese contexto, la eliminación de un elemento de la política integral podría, como ha descrito el Órgano de Apelación, debilitarla al reducir las sinergias entre sus componentes así como sus efectos totales.

7.1529. Al abordar los riesgos concretos que plantean el uso de tabaco y la exposición al tabaco, se reconoce que "lo apropiado podría ser una combinación de medidas", y que el objetivo de salud pública en este caso se persigue con "distintas medidas [que] aborda[n] distintos aspectos del mismo riesgo y [se] complementa[n] mutuamente para afrontarlo".[3634] Concretamente, las medidas TPP desempeñan un papel como elemento que contribuye en el régimen integral de control del tabaco mantenido por Australia, que comprende en particular una prohibición total de la publicidad y la promoción, así como ASG y aumentos escalonados regulares de la tributación del tabaco. En este contexto, como se ha analizado *supra*, las medidas TPP contribuyen a reforzar, y evitan que se socave, la prohibición más amplia de la publicidad y la promoción de los productos de tabaco y las ASG que también mantiene Australia, ninguna de las cuales se ha impugnado en los presentes procedimientos. Observamos asimismo que, según se ha indicado *supra*, Australia también mantiene ya un nivel elevado de impuestos especiales y de otro tipo sobre los productos de tabaco, como componente integrante de su estrategia integral de control del tabaco. En este contexto, un aumento del impuesto especial sobre el tabaco sin la contribución simultánea de las medidas TPP, antes descrito, influiría en el comportamiento de los consumidores preservando al mismo tiempo las características del empaquetado y el atractivo de las marcas que podrían invalidar o menoscabar el efecto de desincentivación que tiene el precio debido a los aumentos del impuesto especial.[3635]

7.1530. Según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2, también tenemos en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo de Australia, sobre todo considerando la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias que plantean el consumo de tabaco y la exposición a este. Se reconoce que el riesgo para la salud de las personas derivado del consumo de productos

[3630] Como se ha analizado *supra*, la aplicación de impuestos puede conllevar efectos en la competencia entre marcas y productos de tabaco, y la posibilidad de efectos incidentales relacionados con el comercio ilícito, la evasión fiscal y las dificultades financieras en los grupos de población con menores ingresos. Véase, por ejemplo, Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), capítulo 4.

[3631] Véase el párrafo 7.1509 *supra*.

[3632] Directrices relativas al artículo 6 del CMCT (Prueba documental AUS-111), sección 1.6, página 2. Véase también *ibid*., sección 1, "Introducción", página 1.

[3633] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172.

[3634] Informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.213.

[3635] Véase Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), páginas 45, 51, 105.

de tabaco y la exposición a estos productos es particularmente grave.[3636] En nuestra opinión, ello está en consonancia con la intención de Australia de colmar posibles lagunas normativas en su enfoque más amplio de control del tabaco[3637] y con el derecho que corresponde a los Miembros de la OMC en virtud del Acuerdo OTC de perseguir objetivos reglamentarios legítimos a los niveles que consideren adecuados.[3638]

7.1531. A la luz de todos estos elementos, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que el aumento de la tributación del tabaco, como sustituto de las medidas TPP, alcanzaría el objetivo de Australia en un grado equivalente, teniendo en cuenta la naturaleza del objetivo, los riesgos que crearía no alcanzarlo y las pruebas que tenemos ante nosotros relativas a la complementariedad de las medidas TPP con otras medidas vigentes de control del tabaco.

7.2.5.6.3.5 La cuestión de si un aumento de la tributación de los productos de tabaco está razonablemente disponible para Australia

Argumentos de las partes

7.1532. Honduras aduce que el aumento de impuestos propuesto está *razonablemente disponible para* Australia, puesto que no entraña dificultades técnicas considerables ni costos prohibitivos, y porque Australia ha adoptado varios aumentos de impuestos durante los últimos años.[3639] Honduras añade que otras 54 partes en el CMCT habían alcanzado un tipo impositivo del 70% en 2015[3640], y otras 25 partes tienen una fiscalidad general más elevada que Australia.[3641] En referencia al argumento de Australia de que sus impuestos no representan el 70% del precio minorista de los productos de tabaco debido a la política de fijación de precios de la rama de producción, Honduras sostiene que "no es una defensa" "achacar a la industria las deficiencias normativas propias, teniendo en cuenta que la industria no hace más que aplicar políticas de precios comunes y claras".[3642] Honduras afirma que la rama de producción no responde en Australia de manera distinta a como lo hace en otros mercados en que los aumentos de impuestos se complementan frecuentemente con aumentos de precios porque estos aumentos de precios son menos perceptibles cuando se combinan con aumentos de impuestos.[3643]

7.1533. La República Dominicana también sostiene que los aumentos del impuesto especial sobre los productos de tabaco están *razonablemente disponible para* Australia, puesto que un incremento de los tipos impositivos no entrañaría costos administrativos o de aplicación adicionales para el Gobierno. La República Dominicana añade que el aumento de los tipos impositivos puede incrementar los ingresos globales, que podrían destinarse a financiar programas de control del tabaco que fomenten el abandono y prevengan el inicio en el uso de tabaco (incluidos los programas de mercadotecnia social, que también propugna la República Dominicana).[3644] Sostiene asimismo que los impuestos actuales de Australia no cumplen las recomendaciones de la OMS relativas a los productos de tabaco, es decir, que los impuestos totales (la suma del impuesto especial, el impuesto general sobre las ventas, el impuesto sobre el valor añadido, etc.) representen al menos el 75% del precio minorista[3645] y observa que esas recomendaciones de la OMS tienen en cuenta el hecho de que la rama de producción de tabaco (como cualquier otra) aumenta sus precios con el tiempo, de modo que son necesarios aumentos

[3636] Véase el párrafo 7.1310 *supra*. Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, nota 660.
[3637] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 45; la respuesta de Australia a la pregunta 64 del Grupo Especial, párrafo 144; y la respuesta de Australia a la pregunta 152 del Grupo Especial, párrafo 56.
[3638] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.
[3639] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 600 y 922; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 221.
[3640] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 702.
[3641] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 703.
[3642] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 702.
[3643] Observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial.
[3644] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 762 y 1021; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 657-669.
[3645] Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial (donde se hace referencia al Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015 (Pruebas documentales AUS-595, DOM-319), página 78).

de impuestos "sostenidos" para "elevar" y "mantener" la proporción del impuesto especial en el precio.[3646]

7.1534. Cuba aduce que los incrementos tributarios graduales son "razonablemente posible[s] y menos restrictivo[s] del comercio".[3647] Cuba hace referencia al Modelo de simulación de impuestos al tabaco de la OMS y aduce que el "Departamento del Tesoro australiano puede realizar fácilmente los análisis que permitirían adoptar e implementar con éxito esta medida alternativa".[3648] Cuba considera además que Australia no ha rebatido el argumento de que sus impuestos sobre el tabaco son inferiores al 70% del precio minorista que recomienda la OMS, que no constituye "ninguna defensa" culpar a la política de precios de la industria por su propio fallo regulatorio y que 38 Estados parte en el CMCT (y Cuba) han alcanzado el objetivo del 70% en 2013, lo que contradice las afirmaciones de Australia.[3649]

7.1535. Indonesia también aduce que los aumentos de impuestos están razonablemente disponibles dado que ya están en vigor, como ponen de manifiesto el aumento del impuesto sobre el tabaco del 25% que aplicó Australia en abril de 2010 y los cuatro aumentos anuales del 12,5% anunciados por Australia que comenzaron en diciembre de 2013. Indonesia señala que incluso con los aumentos de impuestos previstos, el nivel de tributación del tabaco de Australia sigue siendo bajo en comparación con el nivel de otros países y es inferior al objetivo recomendado por la OMS del 70% (Indonesia indica que "el Departamento del Tesoro australiano estimó que el tipo total del impuesto especial de Australia era solo del 60%" en su EPI del aumento de impuestos del 25% introducido en abril de 2010).[3650]

7.1536. Australia sostiene que los reclamantes no han especificado "con ninguna precisión" la magnitud de los aumentos del impuesto especial que proponen como medida alternativa. En la medida en que los reclamantes defienden aumentos del impuesto especial superiores a los ya introducidos o que se introducirán, Australia aduce que equilibra sus objetivos de control del tabaco con otras consideraciones, como el alcance de las dificultades financieras a que dan lugar los aumentos de impuestos para los fumadores que no pueden superar su adicción[3651], lo que afirma es "completamente compatible" con el artículo 6 del CMCT, que establece que sus recomendaciones se entienden "[s]in perjuicio del derecho soberano de las Partes a decidir y establecer su propia política tributaria".[3652]

7.1537. Australia aduce también que los intentos de los reclamantes de comparar desfavorablemente la política de Australia con la recomendación de la OMS de que los impuestos representen el 70% de los precios de los productos de tabaco destinados al comercio minorista no son creíbles, dado que los impuestos especiales sobre el tabaco y los precios del tabaco en Australia están entre los más elevados del mundo. Además, Australia mantiene que la rama de producción de tabaco "suele 'trasladar en mayor medida' los incrementos del impuesto especial", con el resultado de que la "proporción impuesto/precio del 70% pasa a ser un objetivo móvil".[3653] Australia añade que "aunque esta estrategia significa que Australia se acerca con más lentitud al objetivo del 70% de lo que haría en otras circunstancias, de hecho mejora la eficacia de los aumentos del impuesto especial de Australia al dar un impulso adicional al precio".[3654]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1538. El Grupo Especial observa que la OMS y los expertos en control del tabaco han reconocido la naturaleza eficaz en función del precio de la tributación como medida de control del tabaco. En este sentido, se ha señalado que el aumento de los impuestos al tabaco genera ingresos

[3646] Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial (donde se hace referencia al Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015 (Pruebas documentales AUS-595, DOM-319), páginas 39 y 82).
[3647] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 342.
[3648] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 279.
[3649] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 343.
[3650] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 432.
[3651] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 738; y respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial.
[3652] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 738-739.
[3653] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 708; y respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial.
[3654] Respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial.

gubernamentales adicionales, reduciendo al mismo tiempo el consumo de tabaco.[3655] La elasticidad de la demanda con respecto al precio relativamente baja en el caso de los productos de tabaco (menos del -1,0), así como la proporción relativamente baja de los impuestos especiales en los precios minoristas[3656], son indicativas de que puede haber margen para aumentar los impuestos especiales de manera que aumenten los ingresos y se siga reduciendo el consumo de tabaco.[3657] Como cuestión general, tenemos también ante nosotros pruebas que indican que, en comparación con otras medidas de control del tabaco, la tributación de los productos de tabaco entraña un gasto gubernamental relativamente pequeño.

7.1539. Al mismo tiempo, somos conscientes de que la imposición o el incremento de la tributación del tabaco pueden plantear desafíos y cargas administrativas, que pueden guardar relación, por ejemplo, con el comercio ilícito, el empleo nacional, la elusión y evasión fiscal y la regresividad de los tipos impositivos para los grupos de población con menores ingresos.[3658] Esto indica que, no obstante su relativa eficacia en función de los costos para los Gobiernos, el aumento de la tributación puede plantear diversas preocupaciones que puede ser necesario tener en cuenta en un contexto normativo y de mercado específico. A este respecto, observamos que los aumentos del impuesto especial anteriormente aplicados por Australia han reflejado la consideración de otros factores como las tensiones financieras entre quienes siguen fumando y la prevención del comercio ilícito de tabaco.[3659]

7.1540. Sin embargo, no entendemos que Australia aduzca que no puede aumentar sus impuestos actuales sobre los productos de tabaco, por ejemplo, debido a costos prohibitivos o dificultades técnicas sustanciales.[3660] Además, observamos que existen recursos y modelos que ofrecen orientación detallada para la administración de los impuestos al tabaco en distintos entornos y situaciones con el fin de facilitar la utilización de la tributación por los Gobiernos como herramienta de política pública, teniendo en cuenta al mismo tiempo las cargas y posibles complejidades de la aplicación y la administración.[3661]

7.1541. Por lo tanto, concluimos que la implementación del aumento de la tributación de los productos de tabaco sería una medida razonablemente disponible para Australia, puesto que sería factible en la práctica.

7.2.5.6.3.6 Conclusión general sobre el aumento de la tributación como alternativa a las medidas TPP

7.1542. Sobre la base de lo anterior, hemos concluido *supra* que la propuesta de los reclamantes de que Australia adopte un aumento de la tributación de los productos de tabaco sería una medida alternativa, por cuanto Australia no la aplica actualmente.

7.1543. Sin embargo, hemos constatado también que no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que el aumento de la tributación restringiría el comercio menos que las medidas TPP. En este contexto, hemos constatado, entre otras cosas, que se reconoce que la tributación da lugar, incluso en el mercado australiano, al tipo de efectos de "cambio a

[3655] Modelo de simulación de impuestos al tabaco de la OMS (Prueba documental CUB-63), página 1. Véase también OMS, Aumentar los impuestos sobre el tabaco (Prueba documental IDN-88), página 6 ("[a]umentar los impuestos sobre el tabaco es la solución más eficaz en función de los costos para reducir el uso de tabaco en cualquier entorno").

[3656] Véanse Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015, apéndice IX (Prueba documental AUS-595.A), gráfico 9.1.0; e Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2015 (Pruebas documentales AUS-595, DOM-319), cuadro 2.3.6.

[3657] Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), página 71.

[3658] Véanse, por ejemplo, Manual de la OMS sobre impuestos al tabaco, texto íntegro (Prueba documental CUB-62), capítulo 4; Modelo de simulación de impuestos al tabaco de la OMS (Prueba documental CUB-63); y EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafos 96-110.

[3659] Véanse Medidas adoptadas a partir de la Hoja de ruta del NPHT (Pruebas documentales AUS-116, JE-15), página 63; EPI del aumento del impuesto especial sobre el tabaco (Pruebas documentales AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), párrafos 99-100; y Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 20.

[3660] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 156.

[3661] Véase Modelo de simulación de impuestos al tabaco de la OMS (Prueba documental CUB-63).

productos de menor precio" o "sustitución a la baja" que preocupan a los reclamantes con respecto a las medidas TPP.

7.1544. Hemos concluido asimismo que, aunque cabría esperar que el aumento de la tributación hiciera una contribución significativa al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, no estamos convencidos de que, como sustituto de las medidas TPP, haría una contribución equivalente a dicho objetivo, ya que dejaría sin abordar varios aspectos de la demanda de productos de tabaco que abordan las medidas TPP como parte de la estrategia integral de control del tabaco de Australia. Al formular esta constatación, hemos tenido en cuenta el diseño de las medidas TPP, los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo de las medidas TPP y el contexto más amplio del conjunto integral de medidas de Australia orientadas a reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, con inclusión del hecho de que ese país ya mantiene unos niveles elevados de tributación de los productos de tabaco.[3662]

7.1545. Por consiguiente, constatamos que los reclamantes no han demostrado que el aumento de la tributación del tabaco sería una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio, que haría una contribución equivalente al objetivo de Australia.

7.2.5.6.4 Tercera medida alternativa propuesta: campañas de mercadotecnia social

7.1546. Todos los reclamantes aducen que introducir "mejoras" en las campañas de mercadotecnia social de Australia[3663], o realizar campañas de mercadotecnia social "eficaces"[3664] en Australia, sería una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio que haría una contribución equivalente al objetivo de Australia.

7.1547. El argumento primario de Australia en respuesta a esta propuesta de medida alternativa es que "tiene una larga historia de utilización de campañas de educación y mercadotecnia social como medida de control del tabaco", y que el "intento [de los reclamantes] de disfrazar de 'alternativa' una medida de control del tabaco australiana ya existente simplemente no tiene credibilidad".[3665] Consideramos, por lo tanto, la propuesta de los reclamantes, para examinar a continuación el argumento de Australia sobre este punto.

7.2.5.6.4.1 Descripción de la medida propuesta

7.1548. Honduras propone como medida alternativa adicional introducir "mejoras en aspectos fundamentales de las campañas de mercadotecnia social antitabáquica existentes de Australia".[3666]

7.1549. En concreto, Honduras hace referencia a un informe de experto de la Profesora Keller, presentado conjuntamente por Honduras y la República Dominicana. En él, la Profesora Keller sostiene que la "principal campaña" de la Campaña Nacional sobre el Tabaco (NTC) de Australia ha fracasado sistemáticamente en su intento de contribuir al objetivo de Australia de reducir la prevalencia del consumo de tabaco, y que la NTC es deficiente en cada una de las ocho etapas que deberían cubrirse para elaborar una campaña de mercadotecnia social eficaz.[3667]

7.1550. La Profesora Keller presenta una campaña de mercadotecnia social alternativa que consiste en modificaciones específicas de las campañas de la NTC correspondientes a cada una de las fases de ese marco, que Honduras resume de la siguiente manera:

[3662] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.

[3663] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 626, 927.

[3664] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 779. Cuba "adopta" los argumentos presentados por la República Dominicana con respecto a las campañas a través de los medios sociales. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 288. Indonesia "respalda" las alternativas "propuestas por" la República Dominicana en relación con el "aumento de la eficacia de las campañas de mercadotecnia social". Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 457.

[3665] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 714.

[3666] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 626 y 927.

[3667] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 633.

a. Etapa 1: segmentar el público destinatario sobre la base de la "situación con respecto al consumo" y la edad, lo que proporcionaría tres maneras distintas llegar a la población australiana: reduciendo el inicio del consumo de tabaco; logrando tasas más altas de abandono; y haciendo posible una reducción de los niveles de recaída.[3668]

b. Etapa 2: determinar los objetivos que deben aplicarse respecto de cada objetivo de comunicación y cada sector de público destinatario.[3669]

c. Etapa 3: rediseñar el mensaje de manera que refleje y amplifique las necesidades de cada uno de sus sectores de público destinatarios.[3670]

d. Etapa 4: seleccionar los canales de comunicación, que, en lugar de consistir principalmente en la televisión y otros medios de difusión, deben abarcar también múltiples canales, en particular los que faciliten la comunicación personal. Además, se elegirían nuevos temas para los mensajes y canales de comunicación que utilicen testimonios personales presentados en línea y en los medios sociales.[3671]

e. Etapa 5: establecer principios de responsabilidad respecto del presupuesto para medios de difusión, utilizando cuatro estrategias concretas: i) los diseñadores de las campañas de la NTC deberían utilizar la herramienta MessageWorks del Centro para el Control de Enfermedades para identificar el mensaje más eficaz, y probar múltiples mensajes para los *no fumadores* y quienes están *en fase de reflexión* antes de lanzarlos; ii) la NTC debería utilizar los medios sociales y mHealth (SMS y mensajes de texto) para reducir los costos de comunicación; y iv) la NTC debería establecer relaciones con asociados, en particular proveedores de red y de servicios, para obtener tiempo de conexión, ancho de banda o espacio de servidor gratuitos y, así, reducir los costos de la transmisión de mensajes personales a los sectores de público destinatarios.[3672]

f. Etapa 6: decidir una combinación de medios, cambiando la orientación de sus actividades en las redes sociales y los canales basados en Internet, especialmente con el fin de dirigirse a los adultos jóvenes "en fase de reflexión".[3673]

g. Etapa 7: mejorar el diseño y los parámetros cuantitativos de la evaluación.[3674]

h. Etapa 8: gestionar unas comunicaciones de mercadotecnia integradas, integrando los programas, campañas, mensajes y canales de comunicación de la siguiente manera: i) mejorando la cobertura; ii) mejorando la contribución; iii) mejorando la congruencia; iv) mejorando la complementariedad; v) mejorando la correspondencia; y vi) mejorando los costos.[3675]

7.1551. La República Dominicana aduce que una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio es "la formulación y ejecución de campañas de mercadotecnia social eficaces en Australia", también con referencia al informe de experto de la Profesora Keller.[3676] La República Dominicana describe las campañas de mercadotecnia social como "mensajes de servicio público transmitidos a través de una gama de plataformas de comunicación (por ejemplo, publicidad en línea y medios sociales, mercadotecnia móvil, comercialización directa y venta personal) para

[3668] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 635 (donde se hace referencia al informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 111-123).
[3669] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 635 (donde se hace referencia al informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 124-128).
[3670] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 635 (donde se hace referencia al informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 129-135).
[3671] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 635 (donde se hace referencia al informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 136-140).
[3672] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 635 (donde se hace referencia al informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 141-145).
[3673] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 635 (donde se hace referencia al informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 146-152).
[3674] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 635 (donde se hace referencia al informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 153-156).
[3675] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 635.
[3676] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 779.

llegar a los segmentos vulnerables de la población".[3677] La República Dominicana afirma que Australia no ha hecho un uso eficaz de las campañas de mercadotecnia social, y que las campañas que ha realizado recientemente en el marco de la NTC "no han tenido en los últimos años ningún resultado apreciable en lo que respecta a los principales parámetros cuantitativos relativos al comportamiento".[3678] Más específicamente, la Profesora Keller señala que las campañas recientes no tienen por objeto la prevención del inicio del hábito de fumar y la recaída en él, sino que se centran solo en esfuerzos para alentar los intentos de abandono en un grupo excesivamente amplio de fumadores, de edades comprendidas entre 16 y 40 años.[3679] La República Dominicana remite, por lo tanto, a las campañas de mercadotecnia social propuestas por la Profesora Keller, utilizando el mismo proceso de ocho etapas descrito por Honduras.[3680] La República Dominicana lo resume de la siguiente manera:

> La Profesora Keller recomienda una mejora de la actual campaña de mercadotecnia social de la NTC con el objetivo de elaborar una campaña a través de múltiples canales que los sectores de público destinatarios perciban como afín y pertinente a su propia situación. La campaña se adaptaría para adecuarla a las necesidades de los sectores de público destinatarios, al tiempo que se reducirían los costos de desarrollo y transmisión de la NTC aprovechando herramientas empíricas para diseñar mensajes más eficaces, utilizando los medios en línea y medios sociales para reducir los costos de creación y difusión, y obteniendo tiempo de conexión, ancho de banda y exposición gratuitos a través de organizaciones asociadas y empresas patrocinadoras.[3681]

7.1552. Cuba "adopta el argumento presentado por la República Dominicana" con respecto a la implementación de una campaña a través de los medios sociales más efectiva.[3682]

7.1553. Indonesia "suscribe [las medidas alternativas] propuestas por la República Dominicana en relación con el aumento de la eficacia de las campañas de mercadotecnia social".[3683]

7.1554. Australia aduce que el "intento [de los reclamantes] de disfrazar de 'alternativa' una medida de control del tabaco de Australia ya existente simplemente no tiene credibilidad".[3684] Australia explica que "tiene una larga historia de utilización de campañas de educación y mercadotecnia social como medida de control del tabaco y está considerada como líder mundial en esta esfera". Australia aduce que ha recibido informes positivos respecto de todos los parámetros cuantitativos utilizados por la OMS para analizar las campañas, y menciona la adaptación de campañas desarrolladas en Australia para su uso en otros países.[3685]

7.1555. A la luz de estos argumentos, examinamos en primer lugar el argumento de Australia de que la propuesta no constituye una medida alternativa.

7.2.5.6.4.2 La cuestión de si las campañas de mercadotecnia social "mejoradas" son una medida alternativa

7.1556. Como se ha señalado *supra*, los reclamantes se apoyan en un informe de experto de la Profesora Keller para respaldar su afirmación de que la mejora de las campañas de mercadotecnia social antitabáquica de Australia es una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del

[3677] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 781 (donde se cita el informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 5).
[3678] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 782 (donde se cita el informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 10).
[3679] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 782 (donde se cita el informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 11 (i) y 89).
[3680] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 785-790 (donde se hace referencia al informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 8 y sección 3).
[3681] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 786.
[3682] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 288.
[3683] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 457; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 293.
[3684] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 714.
[3685] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 714 (donde se hace referencia a Perfiles de país de la OMS - Australia (Prueba documental AUS-281), página 5); y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 552.

comercio que está razonablemente disponible para Australia.[3686] La Profesora Keller afirma lo siguiente:

> La pregunta fundamental que abordo en mi informe es si Australia actuó justificadamente al implementar el empaquetado genérico como refuerzo para sus fallidas campañas de mercadotecnia social para el control del tabaco, o si podía simplemente haber mejorado sus campañas de mercadotecnia social existentes para que constituyeran una alternativa viable a la reglamentación relativa al empaquetado genérico.[3687]

7.1557. La Profesora Keller afirma también lo siguiente:

> Me limito a examinar la pregunta que me han planteado la República Dominicana y Honduras, a saber, cómo se estructuraría una campaña de mercadotecnia antitabaco satisfactoria que pueda hacer una contribución significativa a los ambiciosos objetivos de Australia en materia de prevalencia. Al hacerlo, evalúo también si Australia ha agotado plenamente el potencial de sus campañas de mercadotecnia social federales actuales, y qué tipos de cambios en las campañas actuales podrían reducir aún más la prevalencia del consumo de tabaco, hasta un nivel que sea igual o superior al de los efectos generados por el empaquetado genérico (si es que el empaquetado genérico ha tenido alguna vez algún efecto positivo). Dicho de otro modo, examino si las campañas de mercadotecnia social federales de Australia pueden mejorarse de manera que constituyan una *alternativa menos restrictiva* al empaquetado genérico.[3688]

7.1558. La Profesora Keller procede a considerar las campañas de la NTC del período 2011-2013 e identifica lo que, a su juicio, son varias deficiencias de esas campañas. Según la descripción de la Profesora Keller, NTC es la denominación que se aplica colectivamente a las campañas antitabaco federales de Australia.[3689] La Profesora Keller examina la "serie actual de campañas NTC", que abarca, según afirma, desde 2011 hasta el momento de su informe, y que comprende la campaña "*NTC - Main*" (NTC - Principal), la campaña "*NTC - Break the Chain*" (NTC - Rompe la Cadena) y la campaña "*NTC - More Targeted Approach*" (NTC - Enfoque más selectivo).[3690] El informe de la Profesora Keller se basa en un "examen de todos los informes de evaluación de la NTC a disposición del público que el Departamento de Salud del Gobierno de Australia ha encargado para evaluar el éxito (o falta de éxito) de las campañas NTC", con especial "atención a cinco informes de evaluación anual encargados por [el Organismo Nacional de Medicina Preventiva de Australia (ANPHA)] y [el Equipo de Trabajo sobre el Control del Tabaco (TCT)]".[3691] La Profesora Keller expone a continuación varias recomendaciones con respecto al "diseño de campañas federales de mercadotecnia social eficaces para reducir la prevalencia del consumo de tabaco en Australia".[3692] Esas recomendaciones son la base sobre la cual los reclamantes identifican la "mejora de las campañas antitabáquicas de Australia"[3693] y unas "campañas de mercadotecnia social eficaces" como alternativa a las medidas TPP.[3694] Australia considera que esa no es una auténtica alternativa, sino un "intento de disfrazar" de alternativa una medida existente.[3695]

7.1559. Consideramos, por lo tanto, en primer lugar, si la medida identificada por los reclamantes constituye una medida alternativa y, en particular, en qué grado difiere de las medidas de mercadotecnia social existentes de Australia. Al hacerlo, recordamos nuestras observaciones iniciales de que no excluimos que una variación de una medida existente pueda constituir válidamente una medida alternativa que deba considerarse en una evaluación en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y que una medida puede ser una alternativa válida

[3686] Véase la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 927 y 626. Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 779.
[3687] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 4.
[3688] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 6. (las cursivas figuran en el original)
[3689] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 1, párrafo 1.
[3690] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 1, párrafo 7.
[3691] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 65.
[3692] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), capítulo 5.
[3693] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 927.
[3694] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 779.
[3695] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 714.

cuando existe en el Miembro demandado, si bien en una forma diferente de la propuesta por el reclamante.[3696]

7.1560. Observamos en primer lugar que la evaluación de la Profesora Keller, como esta reconoce, guarda relación con la cuestión de "si las campañas de mercadotecnia social *federales* de Australia pueden mejorarse de manera que constituyan una alternativa menos restrictiva al empaquetado genérico".[3697] Sin embargo, la competencia en materia de campañas de mercadotecnia social sobre el consumo de tabaco en Australia es una competencia compartida entre las instituciones encargadas de las campañas federales y las encargadas de las campañas realizadas en el nivel de los estados y territorios.

7.1561. La Profesora Keller, aunque limita explícitamente su evaluación a las campañas federales, reconoce que "todo estado o territorio australiano tiene un programa de control del tabaco propio, en virtud del cual organiza campañas de mercadotecnia social antitabáquica dentro de su ámbito geográfico. Los programas antitabaco de los estados y territorios australianos se aplican por medio de diversas instituciones estatales y territoriales."[3698]

7.1562. La Profesora Keller señala que los programas de control del tabaco de los estados y territorios de Australia "tienen memorandos de entendimiento con el Gobierno del Commonwealth para coordinar algunos aspectos de las actividades de lucha contra el tabaco".[3699] Afirma que "existe una considerable superposición entre las actividades estatales y federales" y que "la duplicación es especialmente evidente en las campañas de comunicación y publicidad de mercadotecnia social antitabaco y en las líneas telefónicas de ayuda para abandonar el tabaco".[3700] Por ejemplo, la Profesora Keller observa que los estados y territorios disponen de líneas telefónicas de ayuda para dejar de fumar propias, producen campañas y mensajes antitabáquicos propios, financian y realizan investigaciones sobre el tabaquismo propias, forman a profesionales sanitarios, imprimen carteles, prospectos y folletos propios, y patrocinan organizaciones y eventos.[3701] Según la descripción de Australia, las campañas de nivel estatal "se centran normalmente en actividades de 'Semana del abandono' (*Quit week*)", aunque comprenden también campañas por los medios de difusión, patrocinio de actividades deportivas, eventos comunitarios y campañas educativas en colegios, hospitales, lugares de trabajo y centros de salud, así como otros eventos de base comunitaria.[3702] Observamos que el reparto de la competencia de llevar a cabo campañas de mercadotecnia social de Australia se explica con más detalle en la Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 de Australia, en la que se indica que la competencia de "realizar campañas eficaces a través de los medios de difusión (incluidos formatos como la televisión, la radio, los formatos impresos y los medios digitales), con niveles de alcance y frecuencia respecto de los que se haya demostrado que reducen el consumo de tabaco y sobre la base de principios basados en las prácticas óptimas imperantes en cada momento", así como otras competencias relacionadas con los medios sociales, se compartirá entre el Gobierno de Australia y los gobiernos de los estados y territorios (y, en algunos casos, también con organizaciones no gubernamentales).[3703]

[3696] Véase el párrafo 7.1385.
[3697] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 6. (sin cursivas en el original)
[3698] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 61, nota 92.
[3699] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 1, párrafo 18.
[3700] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 1, párrafo 18.
[3701] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 1, párrafo 18.
[3702] *Tobacco in Australia 2012*, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-24), página 12.
[3703] Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131) página 18. Otras esferas de competencia compartida pertinentes son: "continuar las campañas por los medios de difusión dirigidas a la población aborigen e isleña del Estrecho de Torres, incluida una profunda evaluación para informar las estrategias de futuras campañas"; "continuar supervisando la idoneidad y eficacia de las recomendaciones sobre las participaciones relativas de los medios y sobre los tipos de medios/canales, incluida la investigación del posible papel de medios digitales como YouTube, Facebook y Twitter"; "continuar realizando campañas nacionales sobre el tabaco y campañas estatales y territoriales, que comporten un equilibrio entre el material existente de eficacia probada y un conjunto de materiales nuevos"; "intensificar las actividades de colaboración entre el Gobierno de Australia, los gobiernos estatales y territoriales y las organizaciones no gubernamentales, con el fin de maximizar la eficacia de las campañas por los medios de difusión"; "complementar la implementación de políticas de control del tabaco (por ejemplo, nuevas advertencias sanitarias en los paquetes y empaquetado genérico) con campañas por los medios de difusión para fomentar los esfuerzos de abandono de los fumadores"; "continuar estableciendo la base probatoria sobre la eficacia de los medios de difusión con el fin de informar y perfeccionar la elaboración de futuras campañas,

7.1563. A nuestro juicio resulta claro, por lo tanto, que, como da a entender Australia[3704], una evaluación completa y exacta del panorama de la mercadotecnia social de Australia debe incluir una evaluación de las medidas de mercadotecnia social que existen en los niveles federal, estatal y territorial. A nuestro juicio, tal evaluación es esencial, habida cuenta de que la alternativa de los reclamantes a este respecto guarda relación con la "mejora de las campañas antitabáquicas de Australia"[3705] y con unas "campañas de mercadotecnia social eficaces"[3706], y no se limita a la NTC, aun cuando el informe de la Profesora Keller se centre exclusivamente en las medidas de nivel federal, y específicamente en la NTC. En el informe de la Profesora Keller no se consideran campañas distintas de la NTC, salvo cuando la Profesora Keller aduce que no hay una integración suficiente entre las actividades de mercadotecnia social realizadas en esos distintos niveles de gobierno.[3707] Por lo tanto, no estamos convencidos de que el informe de la Profesora Keller presente una auditoría completa del uso de las campañas a través de los medios sociales en Australia.[3708]

7.1564. No obstante esta observación, el argumento de Australia es que las afirmaciones de los reclamantes sobre la mercadotecnia social como alternativa a las medidas TPP no constituyen la identificación de una auténtica alternativa por los reclamantes, sino un "intento de disfrazar" de alternativa una medida existente.[3709] Consideraremos ahora esta cuestión, no obstante el hecho de que las críticas de la Profesora Keller se limitan a las campañas antitabáquicas federales realizadas en el marco de la NTC.[3710]

7.1565. La Profesora Keller lleva a cabo una "auditoría de mercadotecnia social de las campañas de mercadotecnia social federales de Australia" de los años 2011 a 2013, en la que "evalúa las razones de los pobres resultados de las campañas de mercadotecnia social federales de Australia

---

incluido el análisis específico de la eficacia de esas campañas entre los grupos en que existe una alta prevalencia del consumo de tabaco"; y "continuar compartiendo materiales de campaña, evaluaciones y otras pruebas de la eficacia de las campañas por los medios de difusión con la comunidad mundial de control del tabaco".

[3704] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 715-716.

[3705] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 927.

[3706] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 779.

[3707] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 3, párrafos 54-61.

[3708] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 81.

[3709] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 714.

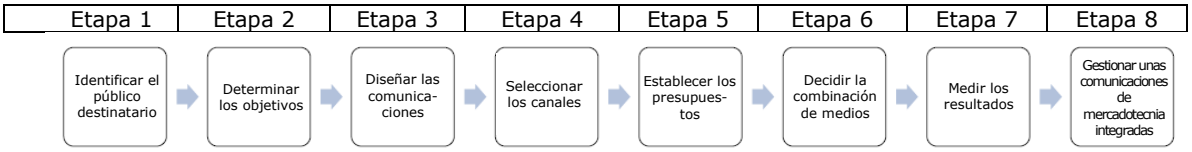
[3710] Tomamos nota de las observaciones generales de la Profesora Keller de que la NTC "no ha aumentado los actos relacionados con el abandono ni los comportamientos relacionados con el abandono", y de sus críticas de la contribución indirecta que hace la NTC a los objetivos de Australia, incluidas las siguientes: que la NTC no es un factor de motivación para el abandono significativo; que la NTC no aumentó la gama de perjuicios para la salud asociados al consumo de tabaco ni la certeza de esos perjuicios para la salud; que la NTC no ha reforzado las normas y actitudes antitabáquicas; que la NTC no ha aumentado el deseo de dejar de fumar; que la NTC no ha mejorado el control conductual percibido; y que la NTC no ha fortalecido las intenciones de dejar de fumar. La Profesora Keller resume sus afirmaciones de la siguiente forma:

> En comparación con el período de referencia de 2010, la serie contemporánea de campañas de la NTC realizadas en el marco de la NTC no ha cambiado la conducta tabáquica ni los actos relacionados con el abandono, como probar un tratamiento de sustitución con nicotina, hablar con un profesional sanitario o siquiera acceder a información en el sitio web Quitnow. Aunque casi todos los australianos tienen conocimiento de los efectos negativos para la salud que tiene el consumo de tabaco y de los mensajes antitabáquicos de la NTC, una minoría sistemáticamente pequeña del 2% atribuyó a la NTC parte del mérito de haber sido capaz de dejar de fumar. Tampoco se observan cambios significativos en la repercusión de la NTC en los antecedentes de un posible cambio de comportamiento (tales como actitudes, normas sociales, control conductual percibido e intenciones de abandono), lo que hace aún más grave la situación.
>
> La NTC disponía de pruebas relativas a tres años consecutivos de que las campañas nacionales de lucha contra el tabaco no estaban funcionando. Al ignorar repetidamente los datos de las evaluaciones, la NTC ha perdido múltiples oportunidades de mejorar la eficacia de las campañas de lucha contra el tabaco federales, por ejemplo creando mensajes antitabaco más eficaces y absteniéndose de emitir mensajes respecto de los que cabía verificar que los fumadores australianos los consideraban ineficaces. En lugar de ello, Australia siguió aumentando la financiación de la NTC, pese a las pruebas inequívocas de la ausencia de mejoras significativas en la consecución de los objetivos de comunicación y conductuales.

Véase el informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 70-80.

durante el período comprendido entre 2011 y 2013".[3711] Lo hace por referencia a un marco de 8 etapas empleado por "expertos del mundo académico y profesionales de la salud pública" para elaborar comunicaciones de mercadotecnia eficaces. Como se ha indicado *supra*, dicho marco consta de las siguientes etapas:

Figura 14: Marco propuesto por la Profesora Keller en relación con las comunicaciones de mercadotecnia eficaces



Fuente: Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 8.

7.1566. Como observación preliminar, la Profesora Keller aduce que "durante el período comprendido entre 2011 y 2013, la NTC se ha centrado casi exclusivamente en las estrategias de *deshabituación* tabáquica, con una limitada insistencia en la prevención de la *recaída*, y prácticamente ninguna de las campañas de la NTC estaba dirigida específicamente a la prevención del *inicio* del consumo de tabaco".[3712] A juicio de la Profesora Keller, "la omisión de la comunicación relacionada con el inicio es una de las deficiencias fundamentales de los actuales esfuerzos de mercadotecnia social federales de Australia".[3713] La Profesora Keller añade que, "en consonancia con lo anterior, la NTC no se dirige a los fumadores de 40 o más años de edad, pese al deseo explícito de Australia de desalentar de empezar a fumar y de recaer y de alentar a dejar de fumar a *todos* los australianos", y que "las personas de entre 40 y 49 años de edad eran el grupo de edad en el que era más probable que se fumara diariamente (16,2%)"; "las personas de entre 18 y 49 años de edad tienen actualmente una probabilidad mucho menor de fumar diariamente que hace 12 años, mientras que en el mismo período ha habido escasa variación en lo que respecta al consumo diario de tabaco entre las personas de 60 o más años de edad"; y "con el transcurso del tiempo, se redujo el promedio semanal de cigarrillos fumados de los fumadores en general, pasando de 111 cigarrillos en 2010 a 96 en 2013", mientras que "los fumadores de edades comprendidas entre 50 y 69 años [...] siguieron teniendo el mayor promedio de cigarrillos fumados por semana (aproximadamente 120), casi el doble que los fumadores de entre 20 y 29 años (aproximadamente 75)".[3714]

7.1567. La Profesora Keller evalúa a continuación las campañas de mercadotecnia social de la NTC de los años 2011 a 2013 según el enfoque de 8 etapas descrito *supra,* y hace una serie de recomendaciones:

a. *La estrategia de segmentación y selección de destinatarios de la NTC es deficiente.* Con respecto a esta crítica, la Profesora Keller recomienda lo siguiente: i) una segmentación del mercado en la que se utilice la segmentación conductual, porque, "según las propias investigaciones de Australia, la necesidad fundamental es prestar servicios de apoyo para ayudar a los fumadores que quieren dejar de fumar, ayudar a los fumadores a seguir sin fumar, ayudar a los fumadores que no creen ser fumadores (por ejemplo, las personas que fuman cigarros (puros) y cigarritos (puritos)), y ayudar a resistirse a la presión de los pares para comenzar a fumar. Para cada uno de esos segmentos, Australia debería identificar la edad (12-17, 18-24, 25 o más años de edad) y la conducta con respecto al consumo (no fumadores, "negadores", "personas en fase de reflexión", exfumadores).[3715] A continuación, debería: ii) evaluar esos segmentos, considerando "criterios predeterminados de interés del segmento, como la necesidad (magnitud, vulnerabilidad, tamaño del grupo), vulnerabilidad (nivel del riesgo para la

[3711] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 81.
[3712] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 84. (las cursivas figuran en el original)
[3713] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 86.
[3714] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 87. (las cursivas figuran en el original)
[3715] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 92 y 127-132.

salud), accesibilidad (por vía personal y no personal) y receptividad (probabilidad de un cambio de comportamiento).[3716]

b. *Los objetivos de comunicación de la NTC están especificados erróneamente.* Con respecto a esta crítica, la Profesora Keller recomienda que Australia aplique el principio "SMART" (definición de criterios específicos, medibles, alcanzables, realistas y verificables dentro de un plazo determinado) para cada objetivo de comunicación y cada sector de público destinatario. La Profesora Keller indica que un "ejemplo de objetivo 'SMART' es reducir las tasas de inicio entre los no fumadores adolescentes en un 0,25% anual, desde aproximadamente el 1,5% hasta el 1,25%, en 2015", y que los "objetivos conductuales globales [de] 'reducir el inicio', 'inducir al abandono' y 'prevenir la recaída' deben orientar al diseñador de la campaña al establecer metas de proceso concretas".

c. *Los mensajes de la NTC están deficientemente diseñados.* Con respecto a esta crítica, la Profesora Keller recomienda que Australia adapte los mensajes para reflejar y amplificar las necesidades de los distintos sectores de público destinatarios; lleve a cabo nuevas investigaciones sobre las necesidades del público, y utilice las existentes, con el fin de crear un contenido para los mensajes pertinente para los sectores de público destinatarios; modifique el contenido de los mensajes de la NTC para: i) incluir en el mensaje las consecuencias sociales del consumo de tabaco; y ii) ofrecer directrices concretas sobre la manera de dejar de fumar; cree mensajes positivos, capacitadores, que pongan de relieve los beneficios de no fumar, en lugar de los efectos perjudiciales de fumar; y utilice fuentes creíbles (conocidas, afines, auténticas, eficaces y fiables) e imágenes positivas (por ejemplo, personas que han logrado dejar de fumar) para comunicar el mensaje.[3717]

d. *La selección de canales de comunicación de la NTC es desequilibrada y está demasiado centrada en los medios de difusión.* Con respecto a esta crítica, la Profesora Keller recomienda la selección de canales de comunicación adecuados que apoyen eficientemente los mensajes fundamentales y permitan a los diseñadores de las campañas de mercadotecnia social llegar al público destinatario (es decir, canales que faciliten la comunicación personal, así como canales de comunicación cara a cara y canales digitales integrados), en lugar de basarse principalmente en la televisión y otros medios de difusión. La Profesora Keller también recomienda asegurarse de que los canales de comunicación se adecuen al contenido y la ejecución del mensaje; un mayor uso de medios en línea y sociales y de canales de comunicación personales, y menos publicidad en los medios de difusión).[3718]

e. *Al asignar el presupuesto de la NTC no se sigue un criterio claro, no se asignan fondos suficientes a los medios sociales y no hay transparencia.* Con respecto a esta crítica, la Profesora Keller recomienda aplicar el método de objetivo y tareas[3719] para determinar el presupuesto correspondiente a cada sector de público destinatario; aprovechar los medios sociales para reducir los costos de comunicación; utilizar instrumentos de evaluación como MessageWorks para diseñar mensajes más eficaces y que ahorren costos; y formar equipo con asociados, en especial proveedores de red y de servicios,

[3716] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 92 y 133-137.
[3717] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 101 y 143-149.
[3718] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 105 y 150-154.
[3719] La Profesora Keller explica este método con más detalle de la siguiente forma:

> En mercadotecnia se utilizan principalmente tres métodos para determinar un presupuesto publicitario: i) el método de costo asequible (es decir, presupuesto disponible); ii) el método de paridad competitiva (presupuesto determinado por referencia a lo que gasta la competencia); y iii) el método de objetivo y tarea (es decir, suma de los costos de las tareas necesarias para lograr el objetivo). Aunque el método de objetivo y tareas se utiliza normalmente para determinar el presupuesto para la publicidad a través de los medios de difusión, puede emplearse igualmente para determinar también los costos de campaña de las campañas de comunicación personal.
>
> Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 41.

para obtener tiempo de conexión gratuito y reducir los costos de la transmisión de mensajes personales.[3720]

f. *Las decisiones de la NTC sobre la combinación de medios son ineficaces.* Con respecto a esta crítica, la Profesora Keller recomienda que el plan de medios refleje las necesidades del público destinatario e identifique las fuentes de información que influyen en el público destinatario; utilizar menos la publicidad a través de los medios de difusión y más las redes sociales y la influencia personal, incluido el uso de aplicaciones "mHealth"[3721] como los mensajes SMS y mensajes de texto; disminuir el número y aumentar la eficacia de los mensajes de publicidad a través los medios de difusión, para reducir los costos de elaboración y transmisión; y utilizar todos los datos disponibles para establecer la adecuación óptima entre el plan de medios y cada sector de público destinatario.[3722]

g. *La NTC utiliza métodos y parámetros cuantitativos inadecuados para medir sus resultados de comunicación.* Con respecto a esta crítica, la Profesora Keller recomienda hacer seguimiento de los resultados y rediseñar los componentes ineficaces de la campaña por medio de un plan de evaluación; evaluar el efecto de cada campaña, así como el efecto conjunto de múltiples mensajes; evaluar el efecto de cada canal de comunicación por separado; utilizar como referencia un marco temporal apropiado; utilizar métodos de evaluación uniformes para todas las campañas de la NTC; y medir los resultados previstos e imprevistos en una prueba piloto antes de lanzar los mensajes al público.[3723]

h. *La comunicación de la NTC no está suficientemente integrada.* Con respecto a esta crítica, la Profesora Keller recomienda que en el plan de comunicación se utilicen y apliquen los seis criterios para medir la eficacia de las estrategias de comunicación de mercadotecnia integrada, con el fin de integrar sus actividades de comunicación. En el marco de este enfoque de las "seis ces"[3724], la Profesora Keller pone de relieve la importancia de mejorar la "contribución" haciendo una prueba previa de cada mensaje para evaluar su singularidad o si ofrece información nueva; mejorar la "congruencia" utilizando una imagen de marca uniforme y coherente en torno a la marca QuitNow; mejorar la "complementariedad" asegurándose de que los beneficios complementarios del abandono del tabaco comunicados a través de los distintos mensajes y canales constituyan conjuntamente un modo de vida saludable; y mejorar la "correspondencia" actualizando continuamente los retos para el público destinatario. La Profesora Keller

[3720] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 109, 155-159.
[3721] La Profesora Keller define "mHealth" de la siguiente forma:

> mHealth o m-Health es la abreviatura de "*mobile health*" (salud móvil). Hace referencia a la práctica de la salud pública con el apoyo de dispositivos móviles. Las iniciativas de mHealth utilizan dispositivos de comunicación móviles, como teléfonos móviles (celulares), tabletas y PDA para prestar servicios sanitarios y transmitir información sanitaria, pero también para influir en los estados emocionales. En su forma más sencilla, mHealth consiste en alertas por SMS, pero se están popularizando aún en mayor medida formas de comunicación más interactivas, como los juegos y los cuestionarios, para transmitir mensajes de prevención sanitaria y motivar cambios en el comportamiento.

Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), nota 11.
[3722] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 113, 160-166.
[3723] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 117 y 167-171.
[3724] La Profesora Keller define las "seis ces" de la siguiente forma:

> 1. Cobertura (¿en qué grado llegan al mercado destinatario designado las diferentes opciones de comunicación?);
> 2. Contribución (¿crean las diferentes opciones de comunicación un cambio en el comportamiento?);
> 3. Congruencia (¿hay una imagen de marca uniforme en todas las opciones de comunicación?);
> 4. Complementariedad (¿evocan los distintos mensajes/canales asociaciones de marca complementarias?);
> 5. Correspondencia (¿mantendrán las opciones de comunicación el interés del público?); y
> 6. Costo (¿cuál es el costo de cumplir todos los criterios precedentes?).

Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 55.

también aduce que los medios en línea y los tradicionales deben complementarse para reducir los costos.[3725]

i. *La NTC no se basa en los resultados de evaluación de períodos precedentes.* Con respecto a esta crítica, la Profesora Keller recomienda utilizar la realimentación para mejorar constantemente cada plan de comunicación sucesivo; analizar las tasas bajas de abandono para examinar qué sectores de público tienen necesidades insatisfechas; realizar estudios de mercado para descubrir beneficios buscados por segmentos conductuales del público; exigir responsabilidad a las agencias de que se trate cuando no se cumplan los objetivos de la comunicación SMART y el plan de comunicación quede en gran medida sin modificar; analizar los efectos de la publicidad a través de los medios de difusión y los de los canales de comunicación para determinar una reasignación del presupuesto; diseñar una evaluación rigurosa con controles para "arrancar" los mensajes débiles, los canales ineficaces y los sectores de público no receptivos.[3726]

7.1568. Australia aduce que las críticas que la Profesora Keller hace de las campañas de mercadotecnia social federales son "injustificadas".[3727] Con respecto a la sugerencia de la Profesora Keller de que Australia segmente el público de sus campañas de mercadotecnia social, sostiene que "esa sugerencia está en contradicción directa con las recomendaciones del Director General de Sanidad de los Estados Unidos y la Organización Mundial de la Salud".[3728] Australia señala además que la Profesora Keller también "pasa completamente por alto las campañas realizadas por los estados y territorios de Australia, que son un componente destacado y decisivo de los esfuerzos de mercadotecnia social de Australia".[3729] Australia sostiene que, por ello, el análisis de la Profesora Keller falsea, "por ejemplo, el grado en que los 'nuevos canales de comunicación' constituyen un elemento de la combinación de medios de mercadotecnia social de Australia; el grado en que se utiliza como canal de comunicación a 'sujetos influyentes del entorno personal', como los proveedores de atención sanitaria; el grado en que se expone a los distintos sectores de público a mensajes positivos, que ofrecen directrices sobre la manera de dejar de fumar y ponen de relieve las consecuencias sociales del consumo de tabaco; y el grado en que las campañas de mercadotecnia social de Australia se dirigen a sectores de público específicos".[3730]

7.1569. Australia hace referencia a varias campañas que están en funcionamiento al nivel de los estados y territorios en Australia. Por ejemplo, Australia hace referencia a la campaña "*Your future's not pretty*" (Tu futuro no es bello), realizada en Queensland y dirigida a "mujeres jóvenes de entre 18 y 24 años, sobre los efectos perjudiciales del consumo de tabaco en su aspecto", que se "desarrolló en distintos canales, como la televisión, canales digitales y publicidad exterior", y a la que también "se dio vida en forma de campaña vivencial en centros comerciales, maquillando a las jóvenes para que experimentaran cuál sería su aspecto en el futuro si fumaban".[3731] En esa campaña se observó lo siguiente:

> Los estudios de mercado han puesto de manifiesto que las jóvenes son muy conscientes de la repercusión negativa del consumo de tabaco en su salud. Tienen un fuerte deseo de dejar de fumar, pero consideran que eso es algo que tendrá lugar en un futuro lejano. Sin embargo, por lo general les preocupan los efectos estéticos del consumo de tabaco en su piel.
>
> Comunicar que el consumo de tabaco entraña riesgos sanitarios que ponen en peligro la vida no es suficiente para disuadir a las jóvenes.
>
> *Your future's not pretty* se centra en otra verdad: que fumar daña la piel y acelera el proceso de envejecimiento.

[3725] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 121 y 172-173.
[3726] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 124 y 174.
[3727] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 716.
[3728] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3729] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 716.
[3730] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 716.
[3731] Sitio web del Departamento de Salud de Queensland (Prueba documental AUS-289), página 1.

> En la campaña se utilizaron los sistemas más avanzados de modelización en tres dimensiones para mostrar a la joven transformándose en la que sería en el futuro, con los signos reveladores del consumo de tabaco de larga duración: arrugas, piel descolorida, patas de gallo, pelo raído y aumento del acné.[3732]

7.1570. Australia hace referencia además a la campaña "*All by myself*" (Completamente solo) realizada en Queensland, en la que se utilizaron "anuncios por televisión, radio y medios digitales y publicidad exterior" para "recordar a los fumadores que el resto de Queensland ha dejado de fumar y que 'ya es hora de que tú también lo hagas'".[3733] Australia también hace referencia al sitio web "iCanQuit" (Puedo dejarlo)[3734], y a la campaña "WeCanQuit" (Podemos dejarlo), ambos del Instituto contra el Cáncer de Nueva Gales del Sur, que "alientan a los fumadores a dejar de fumar señalándoles que sus amigos y familiares, así como famosos australianos, también están abandonando algo para ayudarlos".[3735] En esa campaña se utilizan "mensajes insertados en el contenido de los medios, a través de comentarios editoriales, publirreportajes y patrocinios, y en segmentos de programas", así como anuncios de televisión protagonizados por una actriz de una popular serie de televisión y una "leyenda" de la liga australiana de rugby.[3736] Australia también hace referencia al sitio web "Quit" (Déjalo) de Victoria, en el que uno puede informarse sobre cómo dejar el tabaco, prepararse para dejar el tabaco y afrontar las consecuencias de haber dejado el tabaco para evitar una recaída.[3737]

7.1571. Australia también ha presentado pruebas relativas a medidas de mercadotecnia social adoptadas para abordar el consumo de tabaco en la comunidad indígena. Por ejemplo, Australia hace referencia a "SmokeCheck" (Freno al humo), un "programa contra el consumo de tabaco dirigido a la población indígena" de Queensland por medio del cual profesionales sanitarios formados pueden "identificar, alentar y apoyar a la población aborigen e isleña del Estrecho de Torres que fuma tabaco, con el fin de que adopten cambios de comportamiento positivos y saludables".[3738] También hace referencia a la campaña "*Butt out boondah (smoke)*" (Déjate de '*bunda*' (humo)), un "programa de abandono del tabaco y modo de vida saludable diseñado para las comunidades aborígenes de la zona meridional de Nueva Gales del Sur".[3739]

[3732] Sitio web del Departamento de Salud de Queensland (Prueba documental AUS-289), página 1.

[3733] Sitio web del Departamento de Salud de Queensland (Prueba documental AUS-289), página 3. La información sobre esta campaña indica que "las tasas de consumo de tabaco siguen siendo altas en los adultos de entre 25 y 44 años con niños en casa o que están pensando en tener hijos", y que los estudios "han puesto de manifiesto que los costos financieros y la preocupación por la salud y la familia fueron los principales factores de motivación de los fumadores para dejar de fumar". En esta campaña también se señala que "los conceptos formados en torno al sentimiento de culpabilidad y el aislamiento fueron los que tuvieron mayor repercusión, pertinencia y credibilidad entre los grupos destinatarios". Al observar que "la mayoría de los fumadores" ha "visto, oído y se ha hecho inmune a todos los mensajes previamente", el "reto creativo de esta campaña era comunicar de una manera diferente los otros aspectos del consumo de tabaco que afectan a sus vidas", "enviando un mensaje emocional, en lugar de utilizar imágenes elocuentes para causar en los fumadores un impacto que los lleve a dejar de fumar". Véase en general *ibid*.

[3734] Sitio web del Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur (Prueba documental AUS-283). Esta página web es un foro con secciones en las que uno puede contar casos y experiencias, establecer un plan para dejar de fumar, obtener información sobre la manera de dejar de fumar, empezar a dejar de fumar, seguir sin fumar y calcular los beneficios económicos y sanitarios de dejar de fumar.

[3735] Vídeo de YouTube de Nueva Gales del Sur (Prueba documental AUS-288).

[3736] Vídeo de YouTube de Nueva Gales del Sur (Prueba documental AUS-288).

[3737] Aplicación *QuitTxt* de Victoria (Prueba documental AUS-284). Este sitio web también ofrece acceso a una línea telefónica de ayuda para dejar de fumar; un servicio de "*Quitcoach*" (Entrenador para dejar de fumar), que reúne información sobre los hábitos del interesado relacionados con el tabaco y la utiliza para ofrecer asesoramiento personalizado; y un servicio denominado *QuitTxt*, que "envía periódicamente SMS con consejos y mensajes de aliento para ayudarte a perseverar a lo largo de tu intento de abandono". Este sitio web de ayuda para dejar de fumar también contiene una página de "desencadenantes", a la que Australia ha hecho referencia por separado, en la que se identifican situaciones que pueden activar el ansia de fumar y se proporcionan, entre otras cosas, "consejos para vencerlos ofrecidos por otros exfumadores". Véase Quit Victoria (Prueba documental AUS-287).

[3738] Programa del Departamento de Salud de Queensland (Prueba documental AUS-285).

[3739] Sitio web de una campaña antitabaco (Prueba documental AUS-286). Este programa consistió en una película promocional y cuatro vídeos breves protagonizados por indígenas que narran cómo han ayudado a sus familiares y comunidades a dejar de fumar o a no comenzar a hacerlo. Se elaboró una ficha técnica para informar a los médicos generalistas locales sobre el programa y "la manera en que sus pacientes podrían beneficiarse de inscribirse en los programas ofrecidos en el marco de la campaña".

7.1572. A nuestro entender estas pruebas indican que varias medidas existentes en Australia dan respuesta a muchas de las críticas o aspectos mejorables identificados por la Profesora Keller en relación con las campañas de mercadotecnia social federales de Australia. En concreto, ponen de manifiesto que varias de las recomendaciones de la Profesora Keller coinciden con el enfoque adoptado en Australia, ya sea a nivel federal o estatal/territorial (o, incluso, en iniciativas combinadas del Gobierno federal y los gobiernos estatales/territoriales), por lo que ya forman parte de la estrategia de mercadotecnia social para hacer frente al consumo de tabaco que se ha implementado, o se está implementando, a nivel federal o estatal/territorial. Por ejemplo, Australia ya adapta, o está en vías de adaptar, los mensajes para reflejar las necesidades de diferentes sectores de público destinatarios sobre la base de estudios de audiencia y utilizando mensajes positivos y personajes famosos.[3740] Ello está en consonancia con la propuesta de la Profesora Keller con respecto al diseño de los mensajes. Además, Australia y sus estados y territorios ya utilizan, o están en vías de utilizar, formatos como la televisión, la radio, los formatos impresos y los medios digitales, y están utilizando distribuidores de medios digitales como YouTube, Facebook y Twitter para comunicar sus mensajes, o considerando el papel que estos podrían cumplir a tal fin.[3741] De hecho, la Profesora Keller reconoce que "la NTC hace un uso cada vez mayor de Internet (por ejemplo, la página de Facebook *QuitNow* (Déjalo ahora)) y de aplicaciones electrónicas, [que] pueden obtenerse a través del sitio web *QuitNow* de la NTC, para transmitir el mensaje del abandono del tabaco".[3742] Ello indica que en Australia ya se están utilizando canales de comunicación eficaces y eficientes, como los describe la Profesora Keller[3743], entre ellos los llamados "medios antiguos" (por ejemplo, publicidad, promociones, eventos), así como medios nuevos (medios en línea y sociales, mercadotecnia móvil y mercadotecnia directa). Las pruebas también nos indican que Australia ya está utilizando una "combinación de medios", entre otras cosas mediante el uso de aplicaciones "mHealth" como "*miquitbuddy*" (mi amigo para dejar de fumar).[3744] A nuestro juicio, ello da respuesta directa a las observaciones de la Profesora Keller sobre la cuestión de si las campañas de Australia están "desequilibrada[s] y demasiado centrada[s] en los medios de difusión"[3745] o son el reflejo de decisiones ineficaces en materia de combinación de medios.[3746] También observamos que la Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 incluye como "medidas" la realización de campañas que "comport[a]n un equilibrio entre el material existente de eficacia probada y un conjunto de materiales nuevos"[3747], y tiene por objeto "continuar estableciendo una base probatoria sobre la eficacia de los medios de difusión con el fin de informar y perfeccionar la elaboración de futuras campañas".[3748] Australia parece estar haciendo ya tal cosa con respecto a los fumadores "de estratos socioeconómicos inferiores".[3749] A nuestro juicio, ello da respuesta a la crítica de la Profesora Keller con respecto a la evaluación de los programas anteriores[3750] y los métodos utilizados para medir los resultados de la comunicación.[3751] Además, las diversas medidas de ahorro de costos propuestas por la Profesora Keller se siguen, a nuestro juicio, de varias de las otras medidas identificadas por ella que, como

[3740] Véanse el vídeo de YouTube de Nueva Gales del Sur (Prueba documental AUS-288); y el sitio web del Departamento de Salud de Queensland (Prueba documental AUS-289).

[3741] Véanse el informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 105, 150-154; y la Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), páginas 16 y 18 (medidas 6.2.1 y 6.2.3). Véanse también el sitio web del Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur (Prueba documental AUS-283); la aplicación *QuitTxt* de Victoria (Prueba documental AUS-284); el programa del Departamento de Salud de Queensland (Prueba documental AUS-285); el vídeo de YouTube de Nueva Gales del Sur (Prueba documental AUS-288); y el sitio web del Departamento de Salud de Queensland (Prueba documental AUS-289).

[3742] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 1, párrafo 9.

[3743] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 150-154.

[3744] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 113 y 160-166; e informe basado en datos: control del tabaco y campañas en los medios de difusión (Prueba documental AUS-280), página 12. Observamos también que esas aplicaciones mHealth ya se utilizan en Victoria. Véase la aplicación *QuitTxt* de Victoria (Prueba documental AUS-284).

[3745] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 105 y 150-154.

[3746] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 113 y 160-166.

[3747] Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 18 (medida 6.2.4).

[3748] Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 18 (medida 6.2.7).

[3749] Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 17.

[3750] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 124 y 174.

[3751] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 117 y 167-171.

se ha indicado *supra*, Australia ya ha adoptado o está en vías de incorporar a sus campañas, como el uso de medios sociales y de aplicaciones mHealth.[3752]

7.1573. Hemos señalado *supra*[3753] que, cuando una parte reclamante identifica una medida alternativa[3754], esa medida alternativa puede ser una que el Miembro demandado no mantenga en la forma concreta propuesta por el reclamante[3755], y que el demandado puede estar obligado a explicar por qué una medida propuesta que es una *variación* de una medida existente no es una alternativa válida en el contexto de un determinado asunto.[3756] Sobre la base de las pruebas pertinentes que tenemos ante nosotros, hemos constatado que el Gobierno australiano, actuando en solitario o conjuntamente con los gobiernos estatales y territoriales de Australia, o exclusivamente a través de estos, ya ha implementado, o está implementando [3757], casi todos los elementos identificados por la Profesora Keller. Por lo tanto, esos elementos no son, a nuestro juicio, una variación de medidas existentes o en proyecto en Australia.

7.1574. En definitiva, sobre la base de las pruebas de que disponemos, nos parece que los únicos elementos de la propuesta que constituirían una variación de las medidas existentes de Australia son los siguientes:

a. lo que la Profesora Keller describe como una segmentación "adecuada" del mercado y la identificación de los sectores de público destinatario pertinentes (es decir, la etapa 1 del marco en el que se basa la Profesora Keller)[3758]: entendemos que la segmentación propuesta por la Profesora Keller (basada en dividir la población por edades y por diferentes "situaciones con respecto al consumo") es diferente de la manera en que Australia divide actualmente el mercado australiano a efectos de sus campañas de mercadotecnia social[3759];

b. lo que la Profesora Keller describe como la mejor integración en la NTC de sus distintos esfuerzos y mensajes (es decir, la etapa 8 del marco en el que se basa la Profesora Keller)[3760]: Australia no aduce pruebas con respecto a la manera en que las medidas existentes dan respuesta a los argumentos de la Profesora Keller de que es necesario que la NTC integre mejor sus distintos esfuerzos y mensajes[3761], por lo que no ha indicado por qué tal integración no constituiría una variación de una medida existente.

7.1575. Con respecto a los otros elementos del diseño de la campaña propuestos por la Profesora Keller, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que varíen las campañas de mercadotecnia social que realiza actualmente Australia, o que están actualmente en proceso de implementación en el marco de la Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018.

7.1576. Consideramos, por lo tanto, que la propuesta de los reclamantes con respecto a las campañas de mercadotecnia social de Australia es una variación de las campañas de mercadotecnia social existentes de Australia solo en tanto en cuanto propone segmentar el mercado de la manera específica propuesta por la Profesora Keller, así como integrar mejor los mensajes. Consideraremos ahora si ello constituye una alternativa a las medidas TPP menos

[3752] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 155-159.
[3753] Véase el párrafo 7.1385 *supra*.
[3754] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 379.
[3755] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.328.
[3756] Véanse los informes del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.186.
[3757] Observamos que esta estrategia abarca el período 2012-2018, por lo que es posible que algunos elementos de las "medidas" que recomienda estén aún en proceso de implementación. Señalamos que las constataciones del asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados* son un ejemplo de que las medidas que se han adoptado, o que se encuentran en vías de implementación, no son alternativas válidas. Véanse el informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.169; y el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, nota 297.
[3758] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 13 (i), 92, 127-132.
[3759] Véanse los párrafos 7.1600-7.1604.
[3760] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 118-121 y 172-173.
[3761] La Profesora Keller aduce que ello se debe a la falta de uniformidad entre los distintos canales y vehículos de comunicación; falta de congruencia y uniformidad entre los mensajes; falta de complementariedad entre los canales; y falta de coordinación de sus campañas *Main* y *More Targeted Approach* y entre los programas de comunicación de mercadotecnia social sobre el tabaco nacionales, estatales y territoriales. Véase el informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 172.

restrictiva del comercio que está razonablemente disponible y que hará una contribución equivalente al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.2.5.6.4.3 La cuestión de si las campañas de mercadotecnia social "mejoradas" serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP

Argumentos de las partes

7.1577. Honduras aduce que las mejoras que propone para las campañas antitabáquicas de Australia son *menos restrictivas del comercio* que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y de formato de las medidas TPP. En concreto, esa alternativa no entraña ninguna restricción del uso de marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado de los productos de tabaco, por lo que los productos de tabaco podrían competir en el mercado australiano sobre la base de la diferenciación de marcas que normalmente se logra por medio del empaquetado con marca. Además, Honduras aduce que esa medida alternativa no da lugar a ningún costo de cumplimiento para los productores de tabaco.[3762] Honduras añade que esa alternativa "no restringe el comercio de ninguna forma, ya que simplemente afecta a la demanda, y no impone ninguna carga a los comerciantes", al no entrañar ninguna restricción del uso de marcas de fábrica o de comercio, por lo que los productos de tabaco podrían competir de manera leal, y no dar lugar a ningún costo de cumplimiento para los productores de tabaco.[3763]

7.1578. La República Dominicana sostiene que la formulación y ejecución de campañas de mercadotecnia social eficaces en Australia no tendría ningún efecto sobre las marcas de fábrica o de comercio y, por lo tanto, no haría nada que distorsionara las oportunidades de competencia de los productos y productores de tabaco.[3764] Concretamente por lo que respecta a la restrictividad del comercio medida por los cambios en el volumen de ventas, la República Dominicana añade que "la mercadotecnia social no entraña ninguna regulación del mercado en absoluto, aunque reduzca el volumen de ventas", por lo que no es "una medida restrictiva del comercio sujeta a las disciplinas establecidas por [los] acuerdo[s] abarcado[s]".[3765] En cualquier caso, la República Dominicana sostiene que "la mercadotecnia social no entraña en absoluto ninguna reglamentación del mercado, y no es una medida restrictiva del comercio/de la propiedad intelectual sujeta a disciplina alguna establecida por el acuerdo abarcado".[3766]

7.1579. Indonesia, en "respaldo de [las medidas alternativas] propuestas por la República Dominicana con respecto al aumento de la eficacia de las campañas de mercadotecnia social"[3767], observa que "implementar los tipos de cambios programáticos estructurales recomendados por la Profesora Keller ... sería[] menos restrictivo del comercio que las medidas [TPP]".[3768]

7.1580. Australia aduce que la República Dominicana "trata de transferir al Grupo Especial la carga que le corresponde de proponer medidas alternativas menos restrictivas del comercio que hagan una contribución equivalente a los objetivos de las" medidas TPP, en concreto con respecto a "la manera en que las medidas alternativas, o una combinación de las medidas alternativas, podrían implementarse para hacer una contribución equivalente" a la de las medidas TPP. Australia sostiene que la República Dominicana deja las medidas alternativas "totalmente sin especificar, esperando que el Grupo Especial determine, por ejemplo, cómo 'adaptar cuidadosamente' las campañas de mercadotecnia social existentes de Australia ... de manera que esas medidas tengan una repercusión en el volumen de comercio idéntica a la del empaquetado genérico del tabaco".[3769]

[3762] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 638 y 928.
[3763] Respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3764] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1023; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 976.
[3765] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3766] Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3767] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 457; y segunda comunicación escrita de Indonesia párrafo 293.
[3768] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 289.
[3769] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1581. Como hemos señalado, una medida restringe el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC cuando tiene un efecto limitativo en el comercio internacional.[3770]

7.1582. La República Dominicana sostiene que las campañas de mercadotecnia social no son, como tales, "una medida restrictiva del comercio sujeta a las disciplinas establecidas por los acuerdos abarcados".[3771] No estamos convencidos, sin embargo, de que esa sea una consideración directamente pertinente para nuestra evaluación del grado en que la medida alternativa propuesta sería o no restrictiva del comercio. Antes bien, como se ha expuesto *supra*, debemos considerar en qué grado cabría esperar que tenga un efecto limitativo en el comercio internacional.

7.1583. Recordamos las constataciones que hemos formulado *supra* de que las medidas TPP restringen el comercio en tanto en cuanto reducen el consumo global de productos de tabaco y, por consiguiente, el volumen global de importaciones de productos de tabaco.[3772] En tanto en cuanto las campañas de mercadotecnia social mejoradas hicieran una contribución equivalente al objetivo de Australia, como los reclamantes aducen que sucedería, y la hicieran reduciendo el consumo de productos de tabaco, serían al menos tan restrictivas del comercio como las medidas TPP.

7.1584. No estamos convencidos, por lo tanto, de que las campañas de mercadotecnia social mejoradas, en tanto en cuanto fueran tan eficaces como las medidas TPP en contribuir al objetivo de Australia, serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP.

7.1585. No obstante esta conclusión, consideramos apropiado proseguir nuestro análisis y determinar también, suponiendo que esta alternativa pueda ser menos restrictiva del comercio que las medidas TPP, si haría una contribución equivalente al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

7.2.5.6.4.4 La cuestión de si las campañas de mercadotecnia social "mejoradas" harían una contribución equivalente al objetivo de Australia

Argumentos de las partes

7.1586. Honduras aduce que las mejoras propuestas para las campañas antitabáquicas de Australia pueden hacer el mismo grado de contribución al objetivo de Australia que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y de formato de las medidas TPP. Según Honduras, el plan de la Profesora Keller, "de implementarse correctamente, puede contribuir a prevenir el inicio del consumo de tabaco entre los no fumadores, aumentar el abandono entre los fumadores y prevenir la recaída entre los exfumadores", contribuyendo, así, "al objetivo de Australia de reducir la prevalencia del consumo de tabaco en el mismo grado que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y de formato contenidas en las medidas relativas al empaquetado genérico".[3773]

7.1587. Honduras aduce que no alcanzar el objetivo que Australia persigue por medio de las medidas TPP no daría lugar a consecuencias graves, habida cuenta del descenso de las tasas de consumo de tabaco de Australia y del marco reglamentario integral de dicho país. Honduras sostiene que esas circunstancias no cambiarían si Australia adoptara una medida alternativa a las medidas TPP. La escasa gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo permanece, por

[3770] Como señaló el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 219, citado también *supra*, "[a]sí pues, el párrafo 2 del artículo 2 se refiere a las restricciones al comercio internacional". Ello está en consonancia con la primera frase del párrafo 2 del artículo 2, en la que se usa la expresión "obstáculos innecesarios al comercio internacional", y no simplemente "obstáculos innecesarios al comercio". La expresión "comercio" está modificada por "internacional" en otras disposiciones fundamentales del Acuerdo OTC, como: "el comercio internacional" (tercer considerando del preámbulo); "restricción ... del comercio internacional" (sexto considerando del preámbulo); y "obstáculos ... al comercio internacional" (quinto considerando del preámbulo, párrafo 5 del artículo 2, párrafo 1.2 del artículo 5 y párrafo E del Anexo 3).

[3771] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.

[3772] Véase el párrafo 7.1255.

[3773] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 639-640 y 929.

lo tanto, inalterada, tanto si se consideran las medidas TPP como cualquier otra medida alternativa.

7.1588. La República Dominicana sostiene que la elaboración y lanzamiento de campañas de mercadotecnia social eficaces puede hacer al menos una *contribución* equivalente al objetivo de reducir el consumo de tabaco en Australia.[3774] La República Dominicana sostiene que Gobiernos de todo el mundo han utilizado con éxito campañas de mercadotecnia social de control del tabaco para reducir la prevalencia del consumo de tabaco desde la década de 1970. Hace referencia a la Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 de Australia, en la que "se subraya la importancia de pruebas que demuestran que las campañas por los medios de difusión pueden ser especialmente útiles para prevenir la recaída entre los fumadores que han dejado de fumar recientemente, y se hace referencia a pruebas que demuestran la eficacia que tienen las campañas por los medios de difusión en el caso de los grupos de nivel socioeconómico bajo".[3775] La República Dominicana también hace referencia a campañas realizadas en Nueva York y el Reino Unido.[3776] Sostiene que las campañas de mercadotecnia social son tan eficaces para los cigarros (puros) como para los cigarrillos[3777] y tienen repercusión en todos los segmentos de la población y todas las conductas tabáquicas.[3778] La República Dominicana añade, estableciendo una comparación con las medidas TPP por referencia al informe de la Profesora Keller, que, por medio de la segmentación, la mercadotecnia social "puede adaptarse cuidadosamente para atender a las necesidades y elecciones de cada sector de público destinatario", de manera que "la mercadotecnia social también es ajustable en escala para tener en todas las conductas tabáquicas -inicio y abandono- una repercusión igual a la que podrían tener las medidas [TPP]".[3779]

7.1589. Cuba adopta los argumentos presentados por la República Dominicana con respecto a las campañas a través de los medios sociales.[3780] Cuba añade, en su segunda comunicación escrita, que el argumento de Australia de que el informe de Keller ignora las campañas estatales y territoriales "olvida el objetivo de fondo".[3781] En concreto, al centrarse en la cantidad en lugar de la calidad de dichas campañas de medios sociales, Australia simplemente está destacando la disponibilidad de esas medidas, pero ignora su efectividad.[3782]

7.1590. Indonesia respalda las medidas alternativas propuestas por la República Dominicana en relación con el aumento de la eficacia de las campañas de mercadotecnia social.[3783] Indonesia añade que Australia reconoce que sus campañas de mercadotecnia social podrían ser más eficaces, y que "implementar los tipos de cambios programáticos estructurales recomendados por la Profesora Keller daría lugar a programas nuevos más eficaces que harían una mayor contribución a la reducción de la prevalencia y serían menos restrictivos del comercio que las medidas [TPP]".[3784]

7.1591. Australia sostiene que la crítica que hace la Profesora Keller de sus campañas de mercadotecnia social "adolece de un error fundamental de concepción" y "pasa completamente por alto las campañas realizadas por los estados y territorios australianos, que son un componente destacado y decisivo de los esfuerzos de mercadotecnia social de Australia". Australia sostiene, por lo tanto, que la Profesora Keller falsea, por ejemplo, "el grado en que los 'nuevos canales de comunicación' constituyen un elemento de la combinación de medios de mercadotecnia social de Australia; el grado en que se utiliza como canal de comunicación a 'sujetos influyentes del entorno personal', como los proveedores de atención sanitaria; el grado en que se expone a los distintos sectores de público a mensajes positivos, que ofrecen directrices sobre la manera de dejar de fumar y ponen de relieve las consecuencias sociales del consumo de tabaco; y el grado en que las

[3774] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 792; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3775] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 793 (donde se hace referencia a la Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), páginas 16-17).
[3776] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 796. Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 65 del Grupo Especial.
[3777] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 152 del Grupo Especial.
[3778] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3779] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3780] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 288.
[3781] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 354.
[3782] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 354.
[3783] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 457; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 293.
[3784] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 289.

campañas de mercadotecnia social de Australia se dirigen a sectores de público específicos".[3785] Australia añade que el empaquetado genérico del tabaco aumenta la eficacia de sus campañas de mercadotecnia social, que, de otro modo, se ven obstaculizadas por la mercadotecnia de los productos de tabaco, y que el empaquetado genérico del tabaco aumenta la eficacia de las ASG, las cuales, por su parte, refuerzan los mensajes transmitidos en las campañas de mercadotecnia social antitabaco (y lo hacen en el punto de consumo).[3786]

7.1592. Además, Australia aduce que la República Dominicana "trata de transferir al Grupo Especial la carga que le corresponde de proponer medidas alternativas menos restrictivas del comercio que hagan una contribución equivalente a los objetivos de las" medidas TPP, en concreto con respecto a "la manera en que las medidas alternativas, o una combinación de las medidas alternativas, podrían implementarse para hacer una contribución equivalente" a las medidas TPP. Australia sostiene que la República Dominicana deja las medidas alternativas "totalmente sin especificar, esperando que el Grupo Especial determine, por ejemplo, cómo 'adaptar cuidadosamente' las campañas de mercadotecnia social existentes de Australia [...] de manera que esas medidas tengan una repercusión en el volumen de comercio idéntica a la del empaquetado genérico del tabaco".[3787] Australia también sostiene que la afirmación de la República Dominicana, basada en la recomendación de la Profesora Keller, de que Australia debería dividir el público de su mercadotecnia social en segmentos pequeños, por ejemplo seleccionando un grupo de destinatarios de edades comprendidas entre los 12 y los 17 años, "está en contradicción directa con las recomendaciones del Director General de Sanidad de los Estados Unidos y la Organización Mundial de la Salud".[3788]

7.1593. Australia añade que su enfoque de la mercadotecnia social es dinámico, de manera que examina y actualiza su enfoque anualmente. A juicio de Australia, "al margen de otros problemas del informe de la Profesora Keller", en él se examina la estrategia de mercadotecnia social de Australia hasta 2013, por lo que estaba anticuado en el momento de su presentación en 2014. Sobre esa base, Australia aduce que la campaña de 2013 ya no es un punto de referencia apropiado para proponer mejoras de su estrategia de mercadotecnia social.[3789]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1594. Para empezar, observamos que las partes parecen estar de acuerdo en que las campañas de mercadotecnia social pueden contribuir a una reducción del consumo de productos de tabaco.[3790] Así se reconoce también en el artículo 12 del CMCT, titulado "Educación, comunicación, formación y concientización del público", que, en su parte introductoria, obliga a todas las partes a "promover[] y fortalecer[] la concientización del público acerca de las cuestiones relativas al control del tabaco utilizando de forma apropiada todos los instrumentos de comunicación disponibles".[3791] También observamos que la importancia de las campañas de mercadotecnia social

[3785] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 716.

[3786] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 161 del Grupo Especial.

[3787] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial.

[3788] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial (donde se hace referencia al Plan de medidas de la OMS para hacer retroceder la epidemia de tabaquismo (Prueba documental AUS-607) y al informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76)).

[3789] Respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial.

[3790] Véase, en particular, la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 714 (donde se señala que "Australia tiene una larga historia de utilización de campañas de educación y mercadotecnia social como medida de control del tabaco y está considerada como líder mundial en esta esfera"). Véase también el informe basado en datos: control del tabaco y campañas en los medios de difusión (Prueba documental AUS-280).

[3791] El artículo 12 explica que, con ese fin, cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y otras medidas eficaces para promover lo siguiente: "a) un amplio acceso a programas integrales y eficaces de educación y concientización del público sobre los riesgos que acarrean para la salud el consumo de tabaco y la exposición al humo del tabaco, incluidas sus propiedad es adictivas; b) la concientización del público acerca de los riesgos que acarrean para la salud el consumo de tabaco y la exposición al humo del tabaco, así como de los beneficios que reportan el abandono de dicho consumo y los modos de vida sin tabaco, conforme a lo especificado en el párrafo 2 del artículo 14; c) el acceso del público, de conformidad con la legislación nacional, a una amplia variedad de información sobre la industria tabacalera que revista interés para el objetivo del presente Convenio; d) programas eficaces y apropiados de formación o sensibilización y concientización sobre el control del tabaco dirigidos a personas tales como profesionales de la salud, trabajadores de la comunidad, asistentes sociales, profesionales de la comunicación, educadores,

eficaces como elemento de la política de control del tabaco es reconocida en publicaciones de otros organismos encargados de la salud pública, como el Director General de Sanidad de los Estados Unidos[3792], el USIOM[3793] y los USCDC.[3794]

7.1595. Además, como Australia afirma, ya mantiene programas de mercadotecnia social, de los cuales ya hemos examinado algunos aspectos concretos *supra*. Sin embargo, como hemos concluido, nuestra indagación a efectos de la cuestión que ahora nos ocupa se centra en si Australia, modificando sus campañas de mercadotecnia social existentes de forma que se segmentara el mercado de la manera propuesta por la Profesora Keller y se integraran los mensajes, podría hacer una contribución equivalente a la que hacen las medidas TPP, de una manera menos restrictiva del comercio.

7.1596. Consideramos en primer lugar la segmentación del mercado y la selección de sectores de público en Australia con arreglo a la propuesta de la Profesora Keller. La Profesora Keller aduce lo siguiente:

> Todas las campañas de la NTC desde 2011 hasta 2013 han seleccionado un público destinatario: los fumadores australianos de edades comprendidas entre los 16 y los 40 años. Según el ANPHA, la campaña *NTC- Main* no singulariza a ningún fumador dentro de ese grupo, mientras que las campañas adaptadas de la NTC [es decir, las campañas *NTC - Break the Chain* y *NTC - More Targeted Approach*], organizadas por el TCT, singularizan cinco sectores del público fumador: 1) fumadores cultural y lingüísticamente diversos (CALD) de entre 18 y 40 años de edad; 2) fumadores indígenas (16-40 años); 3) mujeres embarazadas que fuman, y fumadoras que proyectan quedarse embarazadas (16-40 años); 4) reclusos y reclusos recientemente excarcelados que fuman (edad no especificada); y 5) fumadores que padecen una enfermedad mental (edad no especificada). Es importante observar que, aunque esos grupos están abarcados por las campañas *NTC - More Targeted Approach* y *NTC - Break the Chain*, siguen estando comprendidos en el segmento de público destinario único de la campaña *Main*, a saber, principalmente fumadores de edades comprendidas entre los 18 (ocasionalmente los 16) y los 40 años de edad. Los no fumadores, es decir, quienes nunca han fumado y los exfumadores, no están incluidos en el público destinatario.[3795]

7.1597. La Profesora Keller propone, por lo tanto, segmentar el mercado "utilizando una segmentación conductual":

> Según las propias investigaciones de Australia, la necesidad fundamental es prestar servicios de apoyo a para ayudar a los fumadores que quieren dejar de fumar, ayudar a los fumadores a seguir sin fumar, ayudar a los fumadores que no creen ser fumadores (por ejemplo, las personas que fuman cigarros (puros) y cigarritos (puritos)) y ayudar a resistirse a la presión de los pares para comenzar a fumar. Para cada uno de esos segmentos, deberían identificarse la edad (12-17, 18-24, 25 o más años de edad) y la conducta con respecto al consumo (no fumadores, "negadores", "personas en fase de reflexión", exfumadores).[3796]

---

responsables de las políticas, administradores y otras personas interesadas; e) la concientización y la participación de organismos públicos y privados y organizaciones no gubernamentales no asociadas a la industria tabacalera en la elaboración y aplicación de programas y estrategias intersectoriales de control del tabaco; y f) el conocimiento público y el acceso a la información sobre las consecuencias sanitarias, económicas y ambientales adversas de la producción y el consumo de tabaco". CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), artículo 12. Véanse también las Directrices para la aplicación del CMCT (edición de 2013) (Pruebas documentales AUS-109, DOM-44), artículo 12, páginas 73-91.

[3792] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2014 (Pruebas documentales AUS-37, DOM-104, CUB-35), página 812; informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2000 (Prueba documental AUS-53), página 20; e informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), páginas 691 y 853.

[3793] Informe del USIOM de 1994, capítulo 8 (Prueba documental AUS-547), página 240.

[3794] *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs* de los USCDC (Prueba documental AUS-50), página 31.

[3795] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 89. Véase también el párrafo 125.

[3796] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 92 y 127-132.

7.1598. Con respecto a esas categorías de "consumo", la Profesora Keller denomina "personas en fase de reflexión" a los fumadores que quieren dejar de fumar pero necesitan servicios de apoyo que les ayuden a abandonar el tabaco; "exfumadores" a los exfumadores que buscan ayuda para seguir sin fumar; "negadores" a los fumadores que no se consideran adictos y necesitan información que les permita darse cuenta de que tienen un problema; y no fumadores a aquellos cuya necesidad es elaborar herramientas y estrategias que les permitan resistir a la tentación de fumar y a la presión de los pares para comenzar a fumar.[3797]

7.1599. En relación con las categorías de edad, la segmentación de la Profesora Keller tiene "su raíz en las diferentes necesidades, deseos, factores de motivación y costos que cada grupo presenta en lo que concierne al hábito de fumar (o su ausencia)", y la Profesora Keller extrae sus conclusiones al respecto en parte sobre la base de investigaciones y evaluaciones del Gobierno australiano.[3798] Según la propuesta de la Profesora Keller, las campañas de mercadotecnia social de Australia deberían segmentarse con arreglo al siguiente criterio:

Cuadro 5: Propuesta de segmentación para las campañas de mercadotecnia social australianas

Nº de segmento	No fumadores	Exfumadores	Negadores	Personas en fase de reflexión
12-17 años (adolescentes)	**1**	**2**	**3**	**4**
18-24 años (adultos jóvenes)	**5**	**6**	**7**	**8**
25 o más años (adultos)	**9**	**10**	**11**	**12**

Fuente: Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 129, figura 3.

7.1600. Observamos que Australia parece reconocer que los mensajes de las campañas antitabáquicas se adaptan con frecuencia a determinados subgrupos de la población.[3799] El ANPHA señala, sin embargo, que la elaboración de campañas adaptadas entraña la carga del mayor costo de crear múltiples campañas para adecuarse a cada subgrupo, y el peligro de crear en el público la percepción de que el subgrupo destinatario es el único para el cual el comportamiento constituye un problema, por lo que en la decisión de adoptar o no esta opción se debe tener en cuenta el hecho de que existen "pruebas dispares con respecto a las campañas adaptadas a diferentes subgrupos".[3800] Por ejemplo, el ANPHA señala que "con la excepción de la campaña '*truth*' (verdad) de los Estados Unidos, las campañas para los jóvenes a menudo incluyen temas de mensaje que se sabe son menos eficaces (consecuencias a corto plazo, humor, normas sociales), y que existe la posibilidad de que esas campañas hagan que cunda la idea contraproducente de que el consumo de tabaco es algo que solo los jóvenes en particular deben evitar, y que no es un problema tan grave en el caso de los adultos".[3801] En ese informe también se señala que algunas campañas dirigidas a grupos étnicos específicos han tenido éxito, mientras que en otras evaluaciones se constató que las campañas destinadas al público en general tienen más éxito que las campañas adaptadas, y que las campañas por los medios de difusión de amplio alcance elaboradas para el público en general tienen la posibilidad de ser al menos igualmente eficaces en los distintos subgrupos socioeconómicos, siempre que cada grupo tenga las mismas oportunidades de estar expuesto a ellas.[3802]

7.1601. A este respecto, observamos también que el Director General de Sanidad de los Estados Unidos ha observado que adaptar el contenido de un mensaje a subgrupos de público específicos (definidos, por ejemplo, por edad, género, raza/etnicidad, deseo de sensaciones o estatus

[3797] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafos 127-129.
[3798] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 132 y notas 173 y 175.
[3799] Informe basado en datos: control del tabaco y campañas en los medios de difusión (Prueba documental AUS-280), página 10; y *Tobacco in Australia 2012*, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-24), páginas 24-26.
[3800] Informe basado en datos: control del tabaco y campañas en los medios de difusión (Prueba documental AUS-280), página 10.
[3801] Informe basado en datos: control del tabaco y campañas en los medios de difusión (Prueba documental AUS-280), página 11. Véase también *Tobacco in Australia 2012*, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-24), páginas 22-23.
[3802] Informe basado en datos: control del tabaco y campañas en los medios de difusión (Prueba documental AUS-280), página 11.

socioeconómico) puede tener la ventaja de aumentar la pertinencia del mensaje y su capacidad de persuasión.[3803] Sin embargo, también ha valorado pruebas que indican, con respecto a las campañas dirigidas específicamente a jóvenes o a adultos, que "la cuestión de si esas campañas son la mejor opción para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes es debatible".[3804] Por ejemplo, en estudios examinados por el Director General de Sanidad de los Estados Unidos se observa que puede ser especialmente difícil diseñar mensajes que atraigan a los jóvenes de mayor edad; que se ha interpretado que las pruebas de que los jóvenes de menor edad pueden tener mayor probabilidad que los jóvenes de mayor edad de reducir sus intenciones de fumar en respuesta a campañas por los medios de difusión contrarias a la industria indican que puede ser mejor dirigirse a los adolescentes de mayor edad a través de campañas destinadas al público en general; que los jóvenes respondieron a anuncios dirigidos a los adultos tan favorablemente como a anuncios dirigidos a los jóvenes, lo que está en consonancia con los resultados de campañas por los medios de difusión dirigidas a los adultos que han tenido éxito en la reducción del inicio del consumo de tabaco y de la conducta tabáquica entre los jóvenes; y que en los Estados Unidos se constató la existencia de efectos beneficiosos con respecto al consumo de tabaco por los jóvenes tras la exposición al conjunto completo de anuncios de las campañas antitabaco estatales, y no solo a los anuncios de las campañas dirigidas a los jóvenes, y que los puntos de evaluación bruta (GRP) de las campañas estatales[3805] procedían en su mayor parte de los adultos y no de los jóvenes.[3806] El Director General de Sanidad de los Estados Unidos también señala reseñas sobre la relación entre los medios y el consumo de tabaco que indican que el éxito de las campañas dirigidas a los adultos entre los adolescentes puede deberse en parte a que alteran las normas sociales generales con respecto al hábito de fumar, y que la utilización de campañas centradas en los adultos para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes puede evitar el peligro de que el uso de campañas por los medios de difusión dirigidas únicamente a los jóvenes cree la impresión de que, aunque los niños deben evitarlo, el consumo de tabaco es un comportamiento aceptable para un adulto.[3807]

7.1602. Lo anterior indica que, aunque es posible que grupos de edad diferentes presenten necesidades diferentes, como ha señalado la Profesora Keller[3808], esas diferencias, por sí solas, no siempre justifican segmentar sobre la base de la edad, como la Profesora Keller recomienda. En concreto, algunas de las pruebas que tenemos ante nosotros dan a entender que la segmentación sobre la base de la edad puede no tener debidamente en cuenta coincidencias significativas con respecto a las necesidades de grupos de edad diferentes, por lo que podría ocurrir que una segmentación sobre la base de la edad socavara la eficacia global de las campañas de mercadotecnia social.

7.1603. Observamos además que las pruebas que se nos han presentado demuestran que de hecho Australia ha adoptado varias medidas de mercadotecnia social basadas en la identificación y selección de grupos particularmente vulnerables. Como se ha señalado *supra*, la Profesora Keller señala que la campaña "*Break the Chain*" de la NTC tiene por objeto reducir a la mitad la tasa de consumo de tabaco entre los indígenas australianos para 2018 y está dirigida específicamente a los fumadores y exfumadores que han dejado de fumar recientemente de la comunidad aborigen e isleña del Estrecho de Torres de entre 16 y 40 años de edad. Además, la campaña "*More Targeted Approach*" está dirigida a grupos vulnerables a los que resulta difícil llegar, y en particular a sectores del público cultural y lingüísticamente diversos, de raza no blanca, de entre 18 y 40 años de edad; a las mujeres embarazadas que fuman de entre 16 y 30 años, así como a las fumadoras que proyectan quedarse embarazadas en los dos próximos años de entre 18 y 30 años; a los reclusos y los ex reclusos recientemente excarcelados; y a las personas con enfermedades

[3803] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), páginas 689-690.
[3804] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 690.
[3805] Los GRP "miden el alcance y frecuencia relativos de la exposición a la campaña en el sector de público destinatario dentro de mercados medios específicos". Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 684.
[3806] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 690.
[3807] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), páginas 690 y 692.
[3808] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 132.

mentales.[3809] Australia señala que "las tasas de consumo de tabaco en esos grupos siguen siendo inaceptablemente elevadas": en 2010, mientras que la prevalencia del consumo de tabaco era del 16,6% entre los australianos de 14 o más años, las tasas de consumo de tabaco eran del 41% entre las adolescentes embarazadas, el 38% entre los desempleados, el 34% entre las personas sin capacidad de trabajar, el 32% entre las personas con una enfermedad mental y del 78% y el 83% entre los reclusos y las reclusas, respectivamente.[3810] Tenemos ante nosotros menos información sobre el contenido exacto de las campañas concretas dirigidas a esos grupos. Sin embargo, tenemos conocimiento de que las campañas dirigidas a la mujeres embarazadas comportan "una gama de material publicitario elaborado específicamente para dirigirse a esos grupos y dar a conocer el apoyo que se ofrece para ayudar a quienes se encuentran en ese grupo en su intento de dejar de fumar, sin estigmatización" y, en concreto, "que la campaña '*Quit for you - Quit for Two*' (Déjalo por ti, déjalo por los dos) comunica que fumar cuando se está embarazada acarrea perjuicios para la salud y que se puede llamar a la línea telefónica de ayuda para dejar de fumar o descargar la aplicación móvil '*Quit for you - Quit for Two*' para obtener ayuda para dejar de fumar".[3811] Además, la campaña ofrece información en varios idiomas, en formato impreso y por radio, a personas de entornos cultural y lingüísticamente diversos.[3812]

7.1604. Parece, por lo tanto, que, de hecho, Australia ha segmentado el público, por cuanto ha identificado los subgrupos de su población que están especialmente afectados por el consumo de tabaco y ha diseñado campañas para dirigirse a ellos. Por lo tanto, no estamos de acuerdo con la afirmación de la Profesora Keller de que "Australia aplica, a grandes rasgos, un enfoque de 'mensaje de talla única' en las campañas de lucha contra el tabaco".[3813] Sin embargo, como se ha señalado, la Profesora Keller también ha propuesto segmentar el mercado australiano sobre la base de la "situación con respecto al consumo" (además de segmentarlo sobre la base de la edad, como hemos expuesto *supra*) y, en concreto, sobre la base de si una persona es un no fumador, un "negador", una "persona en fase de reflexión" o un exfumador.[3814] A este respecto, la Profesora Keller aduce que esa segmentación está "basada en investigaciones existentes realizadas en Australia".[3815] En respaldo de esa afirmación, la Profesora Keller hace referencia a un informe de 2010 titulado "*Tobacco Social Marketing Campaign Report*" (Informe sobre las campañas de mercadotecnia social sobre el tabaco), que no obra en el expediente de los presentes procedimientos[3816], y no da más detalles o explicaciones acerca de la base sobre la cual ha segmentado el mercado de esa manera. No estamos convencidos de que la afirmación de que Australia debe segmentar el mercado de esa forma sea suficiente para demostrar que la actual segmentación del mercado y selección de destinatarios de Australia no es válida. En concreto, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que la segmentación concreta propuesta por la Profesora Keller sería tanto o más eficaz que el enfoque actual de Australia de dirigirse a los segmentos de la población que ha identificado como segmentos más vulnerables ante los productos de tabaco y más consumidores de dichos productos.

7.1605. Pasamos ahora a considerar la integración de los mensajes propuesta por la Profesora Keller. Con arreglo a la descripción que hace la Profesora Keller, una "comunicación de mercadotecnia integrada debe adecuarse a las llamadas "seis ces":

> 1) cobertura (¿en qué grado llegan a los mercados destinatarios designados las diferentes opciones de comunicación?); 2) contribución (¿crean las diferentes opciones de comunicación un cambio en el comportamiento?); 3) congruencia (¿hay una imagen de marca uniforme en todas las opciones de comunicación?); 4) complementariedad (¿evocan las distintas comunicaciones asociaciones de marca

[3809] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 89. Véase también el sitio web Quitnow (Prueba documental AUS-441).
[3810] Medidas adoptadas a partir de la Hoja de ruta del NPHT (Pruebas documentales AUS-116, JE-15), páginas 64-65.
[3811] Sitio web Quitnow (Prueba documental AUS-441), página 1.
[3812] Sitio web Quitnow (Prueba documental AUS-441), página 2.
[3813] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 91.
[3814] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 92.
[3815] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 127.
[3816] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 127, nota 166. En su informe, la Profesora Keller define el informe "*Tobacco Social Marketing Campaign Report (2010)*" como "Informe sobre las campañas de mercadotecnia social sobre el tabaco, etapa 2, exploración cualitativa, preparado para la Unidad de Estudios de Mercado, URBIS, Sección de Comunicaciones del Departamento de Salud y Envejecimiento (junio de 2010)". *Ibid*., página 138.

> complementarias?); 5) correspondencia (¿mantendrán las opciones de comunicación el interés del público?); 6) costo (¿cuál es el costo de cumplir todos los criterios precedentes?).[3817]

7.1606. La Profesora Keller desarrolla sus argumentos con respecto a las cinco primeras de esas "seis ces" por referencia a su descripción de las deficiencias de la NTC.

7.1607. No nos resulta claro en qué forma las observaciones de la Profesora Keller sobre la NTC indican que esta sea ineficaz. Por ejemplo, no resulta claro por qué el hecho de que dos campañas estén dirigidas al mismo segmento demográfico hace que la NTC resulte ineficaz[3818]; cómo o por qué es problemático que la campaña *Main* y las campañas adaptadas se evalúen de manera diferente[3819]; en qué sentido el logro de una identidad de marca es "un proyecto esencial para la NTC" y qué transcendencia tiene el hecho de que supuestamente no se haya logrado[3820]; por qué el hecho de que los métodos para dejar de fumar propuestos en los sitios web de ayuda para dejar de fumar no aparezcan en los anuncios de televisión hace que sean menos eficaces[3821], habida cuenta de la importancia de utilizar combinaciones de medios diferentes para fines diferentes, incluidos "medios sociales y aplicaciones mHealth eficaces [que] reporten los singulares beneficios del apoyo a través de las redes de pares, y dispositivos de comunicación 'justo a tiempo' para interactuar con los sectores de público destinatarios"[3822]; y cómo o por qué el hecho de que se mantengan líneas telefónicas de ayuda para dejar de fumar "casi idénticas" en los niveles federal y estatal/territorial significa que esas líneas de ayuda *no* están integradas.[3823] Además, las recomendaciones de la Profesora Keller con respecto a cada una de esas supuestas deficiencias parecen basarse en el hecho de que el público destinatario esté constituido por adolescentes no fumadores y "personas en fase de reflexión" de entre 18 y 24 años de edad, según la segmentación del mercado que la Profesora Keller propone. Sin embargo, como se ha expuesto *supra*, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que la propuesta de segmentar los sectores de público según esos criterios sería necesariamente tanto o más eficaz que el enfoque actual de Australia de dirigirse a los segmentos de la población que ha identificado como segmentos más vulnerables ante los productos de tabaco y más consumidores de dichos productos.

7.1608. Además, no obstante la observación que hemos hecho *supra* con respecto al diseño de los mensajes de las campañas de mercadotecnia social en Australia, y nuestra conclusión de que las recomendaciones de la Profesora Keller ya se han implementado, o se están implementando, en Australia, consideramos pertinente abordar determinados argumentos formulados por la Profesora Keller a este respecto. En concreto, una de las tesis fundamentales de los argumentos de la Profesora Keller guarda relación con el contenido de los mensajes de las campañas de mercadotecnia social: la Profesora Keller aboga por mensajes que se centren en la propia persona, no en los demás; que utilicen "marcos de pérdida" ("por ejemplo, si fumas, no podrás lograr la excelencia en el deporte"); que pongan de relieve las consecuencias sociales del consumo de tabaco; que utilicen mensajes "emocionales"; y que ofrezcan consejos para dejar de fumar o decir no "de forma vívida". La Profesora Keller explica que los mensajes de la NTC "deberían centrarse en el 'porqué' de dejar de fumar/no fumar" y "proporcionar a los *no fumadores* y los *negadores* estrategias prácticas concretas para hacer frente a la tentación y a otros obstáculos".[3824] La Profesora Keller también aduce que "pruebas disponibles sobre el mercado australiano indican los beneficios de crear mensajes positivos, capacitadores, que pongan de relieve los beneficios de no fumar, por ejemplo, el aguante y la virilidad en el caso de los hombres, y el antienvejecimiento y la fertilidad en el caso de las mujeres, en lugar de apelaciones al miedo que reiteran los efectos perjudiciales del consumo de tabaco".[3825] Aduce que, por consiguiente, para conectar con los *no fumadores* adolescentes, si la NTC quiere diseñar mensajes publicitarios para los medios de difusión, debería centrarse en asociar el dejar de fumar cigarrillos con una mejor forma y aspecto físicos. Para llegar a los adultos jóvenes *en fase de reflexión*, la NTC debería tratar de reducir el

[3817] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 3, párrafo 8.
[3818] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 3, párrafo 56.
[3819] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 3, párrafo 57.
[3820] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 3, párrafo 58.
[3821] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 3, párrafo 59.
[3822] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 13 (vi).
[3823] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), anexo 3, párrafo 60.
[3824] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 145.
[3825] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 146.

estrés de los fumadores creando mensajes que se centren en consejos prácticos para dejar de fumar, con un formato de mensaje capacitador.[3826]

7.1609. Abordamos en particular la afirmación de la Profesora Keller relativa al imperativo de "crear mensajes positivos, capacitadores, que pongan de relieve los beneficios de no fumar". A este respecto, observamos que el Director General de Sanidad de los Estados Unidos da cuenta de una serie de conclusiones que presentan resultados dispares en relación con la eficacia de diversos contenidos de mensaje. En concreto, da cuenta de constataciones de que "los anuncios que muestran las graves consecuencias físicas del consumo de tabaco -representadas gráfica, dramática o emocionalmente- tuvieron buenos resultados"; que un resumen de 186 grupos de debate indicó que "los anuncios sobre el humo de tabaco ajeno o sobre la manipulación por la industria obtuvieron las mejores puntuaciones"; y que "los anuncios que representan la repercusión del consumo de tabaco en lactantes y niños, los que muestran que el consumo de tabaco es inadmisible socialmente, y los que indican que no fumar es lo normal redujeron significativamente las intenciones de fumar declaradas de los jóvenes".[3827] La reseña del Director General de Sanidad de los Estados Unidos también coincide, sin embargo, con las afirmaciones de la Profesora Keller sobre la respectiva utilidad de los mensajes positivos y negativos[3828]; de hecho en su informe de 2012 también afirma que "la exposición a niveles altos de emoción negativa puede reducir de hecho la capacidad de persuasión y dar lugar a consecuencias negativas no deseadas, en función del propio estímulo"[3829], y que los anuncios sobre las consecuencias sociales del consumo de tabaco pueden ser eficaces.[3830] En resumen, el Director General de Sanidad de los Estados Unidos indica que los diferentes diseños de los mensajes, positivos y negativos, tienen en ambos casos la capacidad de producir resultados relativamente satisfactorios.[3831] Además, en el contexto australiano, el CCV informa de que, tanto en el caso de los adultos como de los jóvenes, las campañas que se centran en los efectos para la salud y contienen niveles altos de emoción y de testimonios personales son las más eficaces.[3832] Aunque el ANPHA coincide con esa observación, también señala investigaciones que indican que los mensajes positivos, de apoyo, también han sido eficaces, y concluye que es precisa una ulterior investigación de esta cuestión.[3833] Tales divergencias en los resultados parecen confirmar la importancia de poner a prueba los mensajes, identificada por el Director General de Sanidad de los Estados Unidos.[3834]

7.1610. En definitiva, estas pruebas que se nos han presentado indican que el éxito de los diferentes tipos de mensajes y campañas depende del contexto en el que aparecen, y que pueden ser eficaces diversos tipos de mensajes. A la luz de estas pruebas, no nos resulta claro que estemos en condiciones de evaluar en abstracto si los mensajes de las campañas de mercadotecnia social diseñados con arreglo a las directrices propuestas por la Profesora Keller serían eficaces para contribuir al objetivo de Australia en un grado mayor que la actual combinación de mensajes de campaña de Australia.

7.1611. Las pruebas de que disponemos demuestran también que Australia ya aplica una amplia gama de campañas a través de los medios sociales, tanto a nivel federal como estatal, que reúne

[3826] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 146.

[3827] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 686. En el mismo informe se señalan también reseñas en las que se ha considerado tanto el tema como el tono emocional de los anuncios, y en las que se ha concluido "que hay pruebas concordantes de que los anuncios que suscitan respuestas emocionales intensas (como la repugnancia, la sensación de pérdida, la tristeza, el miedo y la ira) por medio de testimonios personales e imágenes de vísceras en las que se muestran los efectos del consumo de tabaco para la salud, o que representan los engaños de la industria tabacalera, pueden aumentar la atención, generar un recuerdo y un interés mayores, y afectar a las creencias sobre el tabaco y las intenciones de fumar de sectores de público jóvenes". *Ibid.*

[3828] Informe de Keller (Prueba documental DOM/HND-8), párrafo 146.

[3829] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 686.

[3830] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 687.

[3831] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), páginas 686-687.

[3832] *Tobacco in Australia 2012*, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-24), páginas 21-22.

[3833] Informe basado en datos: control del tabaco y campañas en los medios de difusión (Prueba documental AUS-280), páginas 15-16.

[3834] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), página 686.

la mayoría de las características que se consideran deseables en el informe de la Profesora Keller. Observamos también que algo intrínseco del enfoque que aplica Australia a esas campañas es el hecho de que estas sean evaluadas y examinadas a la luz de las pruebas disponibles. Ello se refleja en la Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 de Australia, en la que se identifica el imperativo de "fortalecer las campañas por los medios de difusión" y "continuar estableciendo la base probatoria sobre la eficacia de los medios de difusión con el fin de informar y perfeccionar la elaboración de futuras campañas, incluido el análisis específico de la eficacia de esas campañas entre los grupos en que existe una alta prevalencia del consumo de tabaco" como una "medida".[3835] Observamos asimismo que las campañas de Australia se han utilizado como base para campañas realizadas en otros países.[3836]

7.1612. Por estas razones, no nos convence el argumento de los reclamantes de que los mensajes de las campañas de mercadotecnia social deban necesariamente ser rediseñados exactamente de la manera propuesta por la Profesora Keller.

7.1613. Con carácter más general, no estamos convencidos, a la luz de lo que antecede, de que los reclamantes hayan demostrado que los elementos de las campañas a través de los medios sociales identificados en el informe de la Profesora Keller, incluidos los aspectos específicos que parecen ser una variación de lo que Australia está implementando actualmente, necesariamente constituyeran mejoras que harían una contribución significativa al objetivo de Australia, más allá de la que hacen las campañas a través de los medios sociales de Australia existentes.

7.1614. Aun suponiendo que las modificaciones propuestas para las campañas a través de los medios sociales de Australia *efectivamente* constituyeran mejoras respecto de su actual conjunto de medidas de mercadotecnia social, no estamos convencidos de que el efecto de esas campañas a través de los medios sociales fuese equivalente al que tienen las campañas de mercadotecnia social de Australia existentes *junto con* la supresión de los elementos de marca del empaquetado del tabaco en virtud de las medidas TPP. En concreto, no estamos convencidos de que la mejora de las campañas a través de los medios sociales propuesta por los reclamantes en *sustitución* de las medidas TPP haría una contribución al objetivo de Australia equivalente al efecto combinado de las campañas de mercadotecnia social de Australia existentes *y* las medidas TPP. En concreto, de no existir las medidas TPP, aplicadas al mismo tiempo que campañas a través de los medios sociales eficaces, los consumidores se verían confrontados a mensajes competidores presentados en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor, lo que podría socavar la eficacia de esas campañas de mercadotecnia social. Dicho de otro modo, no cabe afirmar que una medida que permitiera continuar utilizando elementos de diseño en el empaquetado del tabaco, junto con el efecto pernicioso que esos elementos pueden tener en la eficacia de otras políticas de control del tabaco, incluida la mercadotecnia social, sea tan eficaz, globalmente, como las campañas de mercadotecnia social de Australia existentes *y* las medidas TPP operando conjuntamente, ya que en este caso no serían de esperar tales efectos contraproducentes. Ello está en consonancia, a nuestro juicio, con la gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo de Australia, así como el objetivo declarado de Australia de evitar toda laguna en la reglamentación que las aborda. A este respecto, recordamos nuestra observación de que la importancia de un enfoque integral del control del tabaco (que incluye, de manera pertinente para la cuestión que nos ocupa, las campañas de mercadotecnia social) se reconoce en el CMCT[3837], así como por parte de la OMS[3838], el Banco Mundial[3839], el Director General de Sanidad de los Estados Unidos[3840] y los USCDC.[3841]

[3835] Estrategia Nacional sobre el Tabaco 2012-2018 (Pruebas documentales AUS-129, DOM-131), página 18.

[3836] Informe basado en datos: control del tabaco y campañas en los medios de difusión (Prueba documental AUS-280), página 5; y *Tobacco in Australia 2012*, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-24), página 14.

[3837] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafos 2 y 4 del artículo 4, párrafo 1 del artículo 5, artículo 7 y artículo 12.

[3838] Plan de medidas de la OMS para hacer retroceder la epidemia de tabaquismo (Prueba documental AUS-607), páginas 11-12 (donde se reconoce que las políticas de control del tabaco "son complementarias y sinérgicas" y se señala, en particular, bajo la rúbrica "[a]dvertir [a las personas] de los peligros del tabaco", que ello entraña "[e]xigir que el etiquetado incluya advertencias eficaces", "[r]ealizar campañas de publicidad antitabáquica" y "[o]btener la cobertura gratuita de las actividades antitabáquicas por los medios de difusión").

[3839] Jha y Chaloupka 1999 (Prueba documental AUS-51), página 6 (donde medidas informativas tales como la contrapublicidad en los medios de difusión, las etiquetas de advertencia sanitaria prominentes y la

7.1615. Por estas razones, consideramos que los reclamantes no han demostrado que las campañas a través de los medios sociales modificadas propuestas por ellos harían, en sustitución de las medidas TPP, una contribución al objetivo de Australia equivalente a la que hacen las medidas TPP operando en conjunción con las campañas de mercadotecnia social existentes de Australia.

7.2.5.6.4.5 La cuestión de si las campañas de mercadotecnia social "mejoradas" están razonablemente disponibles para Australia

7.1616. Honduras aduce que las sugerencias de la Profesora Keller están razonablemente disponibles para Australia, ya que no exigirían recursos financieros adicionales, puesto que, en virtud de las medidas de ahorro de costos, la mercadotecnia revisada no daría lugar a un aumento del presupuesto global de la NTC. Honduras añade que el plan de mercadotecnia revisado no comporta aspectos técnicos ajenos a los conocimientos técnicos o la experiencia del ANPHA o el TCT.[3842]

7.1617. La República Dominicana sostiene que Australia puede hacer un uso eficaz de las campañas de mercadotecnia social sin aumentar sus actuales niveles de gasto en sus "campañas de mercadotecnia social existentes, pero ineficaces", y que puede hacer un uso más eficiente de la financiación actual. Además, la República Dominicana aduce que Australia podría considerar la posibilidad de aumentar su presupuesto para campañas de mercadotecnia social con ingresos procedentes de un aumento de los impuestos especiales sobre los productos de tabaco. La República Dominicana afirma que en el gasto de Australia en mercadotecnia social se "ha utilizado menos del 0,5% ... de los impuestos especiales recaudados, lo que deja un margen significativo para aumentar el presupuesto para mercadotecnia social federal de Australia".[3843]

7.1618. Australia no aborda la cuestión de si esta medida está razonablemente disponible como medida "alternativa". Sin embargo, tampoco ha dado a entender que no le resultaría factible introducir en sus campañas de mercadotecnia social cambios del tipo propuesto por los reclamantes.

7.1619. Por lo tanto, constatamos que los cambios de las campañas de mercadotecnia social de Australia indicados *supra* estarían razonablemente disponibles, por cuanto su implementación no entrañaría un costo o carga excesivos.

7.2.5.6.4.6 Conclusión general sobre las campañas de mercadotecnia social mejoradas como alternativa a las medidas TPP

7.1620. Hemos concluido *supra* que la propuesta de los reclamantes de introducir "mejoras"[3844] en las campañas de mercadotecnia social de Australia, o realizar campañas de mercadotecnia social "eficaces"[3845] en Australia, solo es una medida alternativa en tanto en cuanto determinados elementos de la propuesta que han hecho los reclamantes -a saber, los relativos la segmentación del mercado y la integración de los mensajes- aún no se aplican en Australia.

---

publicación y difusión de resultados de investigaciones sobre las consecuencias del consumo de tabaco para la salud se identifican como una medida no relacionada con el precio destinada a reducir la demanda de productos de tabaco).

[3840] Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2000 (Prueba documental AUS-53), páginas 7-8 y figuras 1.1 y 1.2 (en el primero de los cuales se identifican la "educación sanitaria" y la "sensibilización a través de los medios sociales" como algunas de las muchas influencias contra el consumo de tabaco ejercidas en los jóvenes no fumadores, fumadores y exfumadores).

[3841] *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs* de los USCDC (Prueba documental AUS-50), páginas 6 y 9 (donde se reconoce la eficacia de los enfoques de control del tabaco integrales que combinan "estrategias de educación, clínicas, de reglamentación, económicas y sociales" y se señala que "las investigaciones han demostrado que son más eficaces los esfuerzos de intervención que integran la implementación de iniciativas de política y programáticas para influir en las normas, sistemas y redes sociales").

[3842] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 641 y 931.

[3843] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 797-798.

[3844] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 626, 927.

[3845] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 779.

7.1621. También hemos constatado que no estamos convencidos de que esa alternativa sería necesariamente menos restrictiva del comercio que las medidas TPP, por cuanto entrañaría, si fuera al menos tan eficaz como las medidas TPP en la reducción del consumo de tabaco, al menos el mismo grado de repercusión en el volumen total de importaciones de productos de tabaco.

7.1622. También hemos constatado que no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las modificaciones propuestas respecto de las campañas de mercadotecnia social de Australia serían tanto o más eficaces que el enfoque actual de la mercadotecnia social de Australia. Además, no estamos convencidos de que esas campañas a través de los medios sociales "mejoradas" lograrían, en *sustitución* de las medidas TPP, una contribución al objetivo de Australia equivalente al efecto combinado de las campañas de mercadotecnia social existentes de Australia *y* las medidas TPP.

7.1623. Al formular esta constatación con respecto a la "equivalencia" de la contribución hecha por esta alternativa, también hemos tenido en cuenta la naturaleza del objetivo de Australia, los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo de las medidas TPP (incluida la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias que tendrían lugar en caso de no alcanzarse el objetivo del reglamento técnico), las características de las medidas TPP (incluido el contexto normativo en el que operan, que incluye las campañas de mercadotecnia social existentes de Australia) y las pruebas disponibles.[3846]

7.1624. Por lo tanto, constatamos que los reclamantes no han demostrado que unas campañas de mercadotecnia social mejoradas serían una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio que haría una contribución equivalente al objetivo de Australia.

7.2.5.6.5 Cuarta medida alternativa propuesta: escrutinio previo

7.1625. Honduras aduce que, en el caso de que "el Grupo Especial constate que determinados elementos del empaquetado y los productos de tabaco pueden influir en la prevalencia del consumo de tabaco en Australia", su experto el Sr. Shavin explica que un mecanismo de escrutinio previo, administrado por la ACCC, podría regular el uso de esos elementos de una manera menos restrictiva que las medidas TPP.[3847]

7.1626. La República Dominicana sostiene que la creación de un nuevo mecanismo de escrutinio previo para el empaquetado del tabaco impondría una menor restricción del comercio, haría una contribución al menos igual al objetivo de Australia y estaría razonablemente disponible para el demandado.[3848] Concretamente (y suponiendo que el Grupo Especial constate que las medidas TPP efectivamente contribuyen a su objetivo en algún grado), el escrutinio previo lograría el mismo objetivo mediante mecanismos que son exactamente los establecidos en las medidas TPP porque, en lugar de imponer una prohibición general que elimina indiscriminadamente todos los elementos de diseño de todo el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco y cigarros (puros) y cigarrillos sueltos, el escrutinio previo permitiría una evaluación individualizada del empaquetado y las barras, con inclusión de cada uno de los elementos de cada marca de fábrica o de comercio, para asegurar que no incluyen ninguna característica de diseño supuestamente problemática.[3849]

7.1627. Cuba aduce que la imposición de un "régimen de aprobación obligatorio previo para el empaquetado y las marcas de fábrica de productos de tabaco" es una medida alternativa.[3850] Indonesia aduce que las medidas TPP "regulan prácticamente todas las características del empaquetado del tabaco y las barras de tabaco en todos los productos de tabaco, sin considerar en absoluto qué elementos concretos del empaquetado del tabaco o las barras de tabaco (si es que hay alguno) induce al consumo de tabaco, crea confusión o socava la advertencia sanitaria gráfica, y sin someter a prueba esa proposición respecto de ninguna de tales características".[3851] A juicio de Indonesia, como las medidas TPP no hacen esa distinción, un mecanismo de escrutinio

[3846] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.
[3847] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 923 y 603-604.
[3848] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 1020-1021.
[3849] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 799-801.
[3850] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 281.
[3851] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 439.

previo que conlleve la evaluación individualizada de cada paquete y barra de tabaco es una alternativa que restringe menos el comercio, lograría el mismo nivel de protección, haría la misma contribución al objetivo legítimo de las medidas TPP y está razonablemente disponible para Australia.[3852]

7.1628. Australia sostiene que el mecanismo de escrutinio previo propuesto por los reclamantes sería muy restrictivo del comercio, ya que sería costoso de administrar y acarrearía importantes gastos para la rama de producción de tabaco. Australia aduce también que el escrutinio previo no haría una contribución equivalente al logro de los objetivos de las medidas TPP. La eficacia de las restricciones en materia de empaquetado depende de la normalización, y el escrutinio previo, al restablecer el empaquetado del tabaco como vehículo para la publicidad y la promoción, socavaría los mecanismos de las medidas TPP. Según Australia, la propuesta de los reclamantes también impondría una carga considerable a la ACCC. Ningún estudio que pudiera realizar la ACCC convencería a la rama de producción de tabaco de la probabilidad de que un paquete sometido a escrutinio previo indujera al consumo, antes de colocar el paquete en el mercado. Asimismo, cualquier intento de la ACCC para limitar el uso de un determinado paquete desencadenaría casi con toda certeza prolongados y costosos procedimientos judiciales. El escrutinio previo no es, según Australia, una alternativa razonablemente disponible a las medidas TPP.[3853]

7.2.5.6.5.1 Descripción de la medida propuesta

7.1629. Los reclamantes coinciden ampliamente en sus descripciones de esta alternativa al proponer un mecanismo de escrutinio previo como el descrito en el informe de experto elaborado por el Sr. Shavin.[3854] La característica esencial del mecanismo de escrutinio previo es que conllevaría "una evaluación individualizada de cada paquete y barra de tabaco, y de sus elementos constitutivos, antes de que se permita su comercialización en Australia".[3855] Sobre la base de la propuesta de los reclamantes, expuesta en el informe de experto del Sr. Shavin, la creación de ese mecanismo de escrutinio previo incluiría los siguientes elementos principales:

a. la elaboración de criterios de exclusión, sobre cuya base Australia podría evaluar "cualquier uso propuesto de marcas en el empaquetado y las barras de los productos de tabaco, así como las propiedades físicas del empaquetado y las barras, antes de su uso";

b. un régimen de notificación previa obligatoria, en el cual la autoridad normativa designada tendría el mandato de aprobar previamente o rechazar el uso de diversos aspectos del empaquetado y los productos de tabaco;

c. la posibilidad de reconsideración de las decisiones resultantes del escrutinio previo realizado por la autoridad normativa, incluso mediante un mecanismo de recurso; y

d. disposiciones relativas a la observancia de las determinaciones hechas por medio del mecanismo de escrutinio previo.[3856]

7.1630. Analizamos cada uno de esos elementos por orden, principalmente sobre la base de la descripción que figura en el informe del Sr. Shavin, presentado por los reclamantes, que se han basado en él.

7.1631. En primer lugar, el Sr. Shavin describe un mecanismo de escrutinio previo que incluiría "criterios de exclusión en función de los cuales se podrían evaluar las marcas y las características físicas", en virtud del cual "Australia podría eliminar cualquier elemento del empaquetado y las

[3852] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 440.
[3853] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 718, 726-728, 736 y 740; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 564-569.
[3854] Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 1-6.
[3855] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 17 y 25.
[3856] Véase, por ejemplo, Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 27 y 36. Véanse también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 923, 606-608; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 223; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 809; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 41 del Grupo Especial; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 283-284; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 441.

barras que probablemente indujera al consumo, autorizando al mismo tiempo todos los demás elementos que no infringen de otro modo la legislación australiana".[3857] Además, el Sr. Shavin señala que ese mecanismo podría incluir también el examen de los aspectos del empaquetado del tabaco que inducen a error o son engañosos, aunque concluye por separado que en Australia ya se aborda plenamente cualquier preocupación por el empaquetado del tabaco que induce a error o es engañoso en el marco de la ACL. Así, el Sr. Shavin afirma que los criterios de exclusión relativos a las marcas y las características físicas podrían incluir:

> A) Cualesquiera elementos del signo o la característica física que, aparte de toda reputación subsistente en la marca de fábrica o de comercio, probablemente:
>
> i) aumenten el atractivo del uso de productos de tabaco; y/o
>
> ii) atenúen el efecto de las advertencias sanitarias, incluidas las advertencias sanitarias gráficas que por lo demás figuren en el empaquetado; y/o
>
> iii) contravengan el artículo 18 de la Ley Australiana de Protección al Consumidor ("ACL") debido a que el uso de tales elementos o características físicas probablemente induciría a error o engañaría a los consumidores;
>
> y con ello fomenten, directa o indirectamente, el consumo o uso de productos de tabaco, con independencia de que consuman o utilicen productos de tabaco personas que lo hayan hecho anteriormente o no.
>
> B) Los "elementos" del signo considerados en la sección A) son, entre otros, los colores o combinaciones de colores, imágenes, figuras, metáforas y el tamaño relativo de letras e imágenes.[3858]

7.1632. Señalamos la declaración del Sr. Shavin de que esos criterios podrían guiarse por las normas existentes en la legislación australiana con respecto al término "probablemente", según la interpretación que de él han hecho los tribunales australianos.[3859] Además, el Sr. Shavin afirma que la aplicación de esos criterios en la práctica incluiría "cualquier prueba creíble de las disciplinas pertinentes" que pudiera extraerse, por ejemplo, "de la mercadotecnia, la psicología social, la salud pública y otras disciplinas pertinentes, así como datos e información pertinentes sobre el comportamiento de los consumidores y datos de mercado relativos, por ejemplo, a empaquetados similares en Australia o incluso en otros mercados".[3860] Según la descripción del Sr. Shavin, los criterios de exclusión antes expuestos "podrían ser introducidos en forma de una norma de información" basada en las disposiciones y mecanismos jurídicos que existen actualmente en Australia.[3861]

7.1633. En segundo lugar, como siguiente "etapa fundamental" en el establecimiento del mecanismo de escrutinio previo, el Sr. Shavin describe la creación de un régimen de notificación previa que conduzca a la aprobación previa o el rechazo del empaquetado del tabaco y las barras de tabaco, que comprendería varios elementos. Según el Sr. Shavin, una posible versión supondría que los proveedores de productos de tabaco realizaran, con carácter obligatorio, "una notificación previa de la forma propuesta del empaquetado y las barras, presentando modelos del empaquetado y las barras propuestos" a una autoridad normativa.[3862] Con arreglo a la descripción del Sr. Shavin, "podrían conferirse a la ACCC facultades para aceptar tales notificaciones y dictar una resolución, de manera formal o informal, acerca de si, sobre la base de la información de que

[3857] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 38.
[3858] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 40.
[3859] Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 41 (donde se explica que la norma aplicada por los tribunales en relación con la conducta que probablemente induzca a error o engañe se centra en la existencia de una "posibilidad o probabilidad real o que no sea remota" de que se induzca a error o se engañe, y que ello "no es una fórmula matemática exacta", sino que en el contexto civil "los tribunales deben estar convencidos sobre la base del equilibrio de probabilidades"). Véase también Informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafo 41.
[3860] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 42.
[3861] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 44-47 (donde se hace referencia a disposiciones de la ACL); e Informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), párrafo 16.
[3862] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 48.

disponga en ese momento, tiene alguna objeción al empaquetado y las barras propuestos", ya sea en el contexto de las leyes vigentes en materia de protección al consumidor o de la norma de información "por elaborar" descrita *supra*.[3863]

7.1634. Observamos que los reclamantes han presentado, en general, argumentos relativos al escrutinio previo basados en la sugerencia del Sr. Shavin de que la ACCC podría administrar ese sistema. Al mismo tiempo, el Sr. Shavin señala que "por supuesto, Australia podría decidir administrar el mecanismo por conducto de un organismo o comisión distinto", y que su propuesta no excluye la creación de un nuevo organismo o institución que administre el mecanismo de escrutinio previo.[3864] En consecuencia, nos referiremos genéricamente a la "autoridad normativa" responsable de la administración de un sistema de escrutinio previo para tener en cuenta la posibilidad de que sea la ACCC o algún otro organismo el que asuma esta función. Como han descrito los reclamantes, el proceso y el mecanismo de escrutinio previo serían de diseño similar en cualquiera de las hipótesis.[3865]

7.1635. Con arreglo al proceso de notificación previa obligatoria descrito por el Sr. Shavin, "el producto de tabaco de que se trate no podría comercializarse a no ser que la ACCC hubiera concedido antes la aprobación de los elementos del empaquetado y las barras sujetos a notificación previa".[3866] El Sr. Shavin contempla la posibilidad de que "Australia promulgue e implemente una serie de disposiciones que establezcan un procedimiento de escrutinio, anterior al uso público, de la utilización propuesta de signos y características físicas", y de que esas disposiciones se incluyan en la CCA de Australia o establecerse como legislación independiente.[3867]

7.1636. En el proceso de notificación previa y aprobación, los solicitantes presentarían cualquier forma nueva propuesta de empaquetado o barras a la autoridad normativa "cuando los productores estuvieran preparados para la transición de los paquetes y barras actuales (que cumplen la Ley [T]PP vigente) a la adición de características distintivas que en la actualidad no están permitidas por la Ley [T]PP".[3868] En un período especificado de recepción del empaquetado propuesto, la autoridad normativa "tendría que publicar un proyecto de evaluación que determine si el empaquetado y las barras cumplen" la reglamentación pertinente.[3869] El Sr. Shavin describe la posibilidad de que los solicitantes "cuenten con un período especificado para presentar nuevas comunicaciones" sobre la base del proyecto de determinación, que "podría incluir variaciones propuestas del empaquetado y las barras concebidas para atender a las cuestiones planteadas por el proyecto de determinación".[3870] El sistema podría también prever que la decisión de conceder o no la aprobación para el uso del empaquetado y las barras propuestos se base en los materiales puestos a disposición de la autoridad normativa en el momento.[3871]

7.1637. En tercer lugar, la propuesta de escrutinio previo expuesta por el Sr. Shavin contempla posibles medios de reconsideración de las decisiones relativas al escrutinio previo además de posibles recursos contra dichas decisiones ante el poder judicial australiano. La primera instancia de reconsideración se referiría a las *aprobaciones* y correspondería a la propia autoridad normativa encargada del escrutinio previo y, en virtud de ella, el organismo regulador "podría revisar su decisión después de que el empaquetado o las barras con las marcas o características físicas objeto del escrutinio previo aparezcan en el mercado, en caso de que más tarde se pueda demostrar que el uso de esas marcas o características físicas tiene de hecho el efecto de inducir al consumo o a error, o de menoscabar de otro modo el efecto de las advertencias sanitarias gráficas".[3872] En otras palabras, "no se impediría [a la autoridad normativa], por haber concedido

[3863] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 49.
[3864] Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), nota 11.
[3865] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 281-282; y la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 719.
[3866] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 50.
[3867] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 51 (donde también se expone la opinión del Sr. Shavin de que en cualquier caso "no habría una diferencia jurídica sustantiva; la elección sobre la implementación sería únicamente de política").
[3868] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 53.
[3869] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 54.
[3870] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 55.
[3871] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 56.
[3872] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 43. Véase también *ibid.*, párrafo 27 c) (donde se contempla "la preservación del derecho de la ACCC a cambiar de opinión después de que el empaquetado y las barras con las marcas y las características físicas se utilicen en el

anteriormente una aprobación al solicitante durante el proceso de escrutinio previo, incoar posteriormente procedimientos para pedir al Tribunal Federal de Australia que dicte una orden que impida seguir utilizando el empaquetado o las barras, ni se limitaría de otro modo su capacidad para hacerlo".[3873] Con arreglo a esta hipótesis, la autoridad normativa podría solicitar a los tribunales australianos mandamientos que prohíban seguir utilizando el empaquetado o las barras, y un solicitante que hubiera obtenido una aprobación podría (si no existe fraude) seguir utilizando el empaquetado aprobado sin sanciones hasta la fecha en que un tribunal dicte un mandamiento que prohíba ese uso.[3874]

7.1638. El Sr. Shavin describe otro nivel de examen judicial para las *denegaciones* de solicitudes por la autoridad normativa. Específicamente, el Sr. Shavin sugiere que podría realizar ese examen el Tribunal Australiano de Defensa de la Competencia establecido por la CCA que, si bien se ocupa principalmente del examen administrativo de cuestiones relativas a la competencia, podría "entender fácilmente en cualquier cuestión que planteen el uso de marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado del tabaco o sus elementos físicos".[3875]

7.1639. En cuarto lugar, el Sr. Shavin describe "[l]a adaptación de la observancia del sistema de escrutinio previo a los mecanismos de observancia de la Ley [T]PP" a fin de establecer mecanismos efectivos que aseguren el cumplimiento.[3876] Según el Sr. Shavin, esas disposiciones sobre observancia "estarían orientadas a la utilización de una marca en el empaquetado de los productos de tabaco cuando la ACCC no haya concedido previamente la aprobación, y también cuando las marcas se utilicen después de haber obtenido la aprobación mediante el mecanismo de escrutinio previo, pero después la ACCC haya determinado que inducen al consumo de tabaco".[3877] Esto podría conllevar la imposición de sanciones civiles y penales, así como la emisión de mandamientos judiciales que prohíban la utilización de la marca.[3878]

7.1640. Por último, el Sr. Shavin aborda los costos de administración y aplicación del sistema de escrutinio previo, e indica que tales costos "podrían ser fácilmente recuperados por las tasas impuestas a quienes solicitan la aprobación del uso de un nuevo empaquetado de tabaco o de nuevas barras de tabaco".[3879] El Sr. Shavin afirma que por lo tanto el sistema podría financiarse sobre la base del "pago por el usuario", citando ejemplos como el Código de Publicidad (y Envasado) de Bebidas Alcohólicas (ABAC) de Australia y la aplicación en ese país del principio de "pago por el usuario" a los servicios públicos que prestan, por ejemplo, la ACCC y el Tribunal Federal.[3880]

7.2.5.6.5.2 La cuestión de si un mecanismo de escrutinio previo restringiría el comercio menos que las medidas TPP

Argumentos de las partes

7.1641. Honduras aduce que el mecanismo de escrutinio previo restringe el comercio menos que las medidas TPP, "puesto que prevé que la ACCC haga una evaluación individualizada de los signos, el diseño y las características del formato de los paquetes y productos de tabaco", en contraposición a "un tosco intento de regular el uso de todos los signos y características, con independencia de su efecto potencial en el consumo de tabaco".[3881] Honduras sostiene que si se demostrara con pruebas creíbles que características o elementos concretos de una marca de

mercado, si se demuestra que el uso de determinados aspectos específicos o características físicas de esas marcas induce al consumo").

[3873] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 56.

[3874] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 56-57.

[3875] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 58 y 60. Véase también *ibid.*, párrafo 27 b).

[3876] A este respecto, el Sr. Shavin menciona las disposiciones de la Ley TPP relativas a los delitos y a las sanciones conexas, penales y civiles, por contravención de la Ley TPP. Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 67-73.

[3877] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 66.

[3878] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 66. Véase también *ibid.*, párrafo 27 b).

[3879] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 74.

[3880] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 75.

[3881] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 924, 613; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 224.

fábrica o de comercio efectivamente inducen al consumo de tabaco, no se permitiría la presencia de esos elementos específicos del diseño en el mercado, con el resultado de que el mecanismo de escrutinio previo constituiría "por definición" una medida menos restrictiva que prohibir todas las características de diseño en una marca de fábrica o de comercio del tabaco, como hacen las medidas TPP.[3882]

7.1642. Al comparar la restrictividad del comercio de un mecanismo de escrutinio previo con el de las medidas TPP, Honduras sostiene que ese mecanismo "es un instrumento menos romo en comparación con el empaquetado genérico, pues solo rechaza las marcas de fábrica o de comercio que se consideran problemáticas", y "permite necesariamente una mayor diferenciación de productos que la actualmente permitida en el marco de" las medidas TPP. Según Honduras, "es por lo tanto menos restrictivo en lo tocante al acceso al mercado australiano, y menos restrictivo por lo que respecta al efecto de cambio a productos de menor precio que está causando el empaquetado genérico". Honduras aduce asimismo que el escrutinio previo "no requiere cambios en todo el proceso de producción y no impone costo de cumplimiento alguno", y "únicamente afecta a la demanda y no impone ninguna carga a los comerciantes". Honduras añade que "no entraña ninguna restricción del uso de marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado de los productos de tabaco, que podrían competir de manera leal en el mercado australiano", ni "da lugar a costo de cumplimiento alguno para los productores de tabaco".[3883]

7.1643. Además, en respuesta a los argumentos de Australia, Honduras afirma que Australia no ha justificado su alegación de que los costos de cumplimiento del mecanismo de escrutinio previo serían mucho mayores que los costos de cumplimiento de las medidas TPP. Los participantes en el mercado que prefieran no solicitar un escrutinio previo podrían vender sus productos en el mercado australiano con un paquete genérico. Honduras señala que Australia no reconoce sistemas similares, como el ABAC, que se financian con el "pago por el usuario". Honduras también tilda de "especulativo" el argumento de Australia de que el mecanismo de escrutinio previo "daría lugar a muchos litigios", y añade que interesará a los proveedores que el sistema funcione más que frustrarlo.[3884]

7.1644. La República Dominicana sostiene que un mecanismo de escrutinio previo restringiría el comercio menos al preservar la capacidad de los productores de mantener aquellos aspectos de las marcas de fábrica o de comercio y el empaquetado que estuvieran permitidos con arreglo al mecanismo, de modo que "la limitación, de existir alguna, con respecto a las marcas de fábrica o de comercio, y la restricción consiguiente del comercio, se reducirían significativamente en comparación con el efecto de las prohibiciones generales y las condiciones extremas que imponen las medidas [TPP]".[3885]

7.1645. En la medida en que se utiliza el volumen de ventas para evaluar la restrictividad del comercio, la República Dominicana aduce que el escrutinio previo permitiría al regulador prohibir cualquier característica del diseño del paquete que dé lugar a un aumento del consumo de tabaco sin prohibir otras, haciendo con ello una contribución equivalente a la reducción del volumen de ventas y manteniendo al mismo tiempo más diferenciación que en el caso de las medidas TPP y causando por tanto un menor cambio a productos de menor precio. Según la República Dominicana, por consiguiente, un mecanismo de escrutinio previo restringiría el comercio menos que las medidas TPP.[3886]

7.1646. Con respecto a la restrictividad del comercio de esta alternativa, Cuba sostiene que un mecanismo de escrutinio previo "abordaría efectivamente solo los elementos del empaquetado y las marcas de fábrica o de comercio que según alega Australia pueden alentar el consumo de tabaco, respetando al mismo tiempo el derecho de los titulares de marcas de fábrica o de comercio a utilizar esas marcas para diferenciar sus productos". Así pues, la alternativa sería "más efectiva

[3882] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 614; segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 224; y respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3883] Respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial.
[3884] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 713-714.
[3885] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1024. Véase también la respuesta de la República Dominicana a las preguntas 41 y 65 del Grupo Especial.
[3886] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.

(y al menos tan efectiva) en la contribución a los objetivos de salud de Australia y menos restrictiva que las medidas [TPP]".[3887]

7.1647. Indonesia sostiene que un mecanismo de escrutinio previo restringiría el comercio menos porque seguiría permitiendo a los productores utilizar otros elementos de las marcas y el diseño para diferenciar sus productos sobre la base de factores como la calidad.[3888]

7.1648. Australia aduce que, como el sistema de escrutinio previo sería de pago por el usuario, en consecuencia "añadiría un gasto muy significativo para los productores que venden sus productos en el mercado australiano" (que sería "mucho mayor que cualquiera de los supuestos costos que tiene cumplir la medida de empaquetado genérico del tabaco").[3889] Por otra parte, según Australia, el grado en que los productores de tabaco han modificado su empaquetado en el mercado australiano con anterioridad significa que el sistema de escrutinio previo requeriría que la ACCC comprometiera una cantidad significativa de recursos. Australia aduce además que el sistema probablemente "dará lugar a muchos litigios", con varias vías de recurso respecto de cualquier decisión. Además, exigir a los productores que modifiquen su empaquetado como resultado del sistema significaría hacer frente a costos adicionales. Por lo tanto, según Australia, "en palabras de los propios reclamantes, el sistema sería muy restrictivo del comercio".[3890] Es más, con respecto al argumento de que la rama de producción de tabaco no incurriría en costos importantes en el marco del sistema de escrutinio previo porque rara vez modifica su empaquetado, Australia aduce que desmienten ese argumento las comunicaciones de la industria tabacalera en el litigio contra la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (USFDA) en relación con un sistema de escrutinio previo similar. Específicamente, Australia afirma que la rama de producción aduce que el sistema le causará "perjuicios y dificultades concretos" debido a "la frecuencia con que [las empresas tabacaleras] modifican las etiquetas de sus productos".[3891]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1649. En tanto en cuanto un mecanismo de escrutinio previo haría una contribución al objetivo de Australia al menos equivalente a la de las medidas TPP, como aducen los reclamantes, y la haría reduciendo el consumo general de productos de tabaco, tendría también un efecto correspondiente en el volumen total de comercio, en el mismo grado al menos que las medidas TPP. A ese respecto, restringiría en consecuencia el comercio al menos tanto como las medidas TPP.

7.1650. Las afirmaciones de los reclamantes con respecto a la restrictividad del comercio se sustentan en la premisa de que un mecanismo de escrutinio previo permitiría necesariamente una mayor diferenciación de productos que la permitida actualmente con arreglo a las medidas TPP, y por ende restringiría el comercio menos que las medidas TPP. Recordamos en este sentido nuestra conclusión anterior de que no estamos convencidos, sin embargo, de que una modificación del entorno de competencia para todos los productos de tabaco en la totalidad del mercado mediante la reducción de las oportunidades de diferenciar los productos sobre la base de las características de las marcas (que puede, en principio, *aumentar* la competencia en el mercado) constituya, en sí misma, una restricción de las "oportunidades de competencia" de los productos de tabaco importados respecto de la cual haya que dar por supuesto que tiene un "efecto limitativo" en el comercio internacional.[3892] Más bien, es preciso establecer *cómo* dan lugar esos efectos sobre las condiciones de competencia en el mercado a un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco.[3893] Recordamos asimismo nuestro examen, en ese contexto, de los efectos

[3887] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 286.
[3888] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 440.
[3889] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 736. Australia añade que, con arreglo al método propuesto por los reclamantes, la ACCC tendría que realizar un estudio de 12 meses para todos y cada uno de los paquetes presentados para su escrutinio previo. A su juicio, ello pone de manifiesto que la medida propuesta por los reclamantes sería inviable y muy restrictiva del comercio debido a los elevadísimos costos. El sistema voluntario del ABAC, con el cual los reclamantes comparan su propuesta, prevé un plazo de cuatro días para que el encargado del escrutinio previo tome la decisión de aprobar o no la publicidad. Segunda comunicación escrita de Australia, nota 633.
[3890] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 736.
[3891] Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3892] Véase el párrafo 7.1415 *supra*.
[3893] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 516.

de las medidas TPP en las oportunidades de diferenciación de marcas y su repercusión en el valor global del comercio.

7.1651. En tanto en cuanto el mecanismo de escrutinio previo propuesto por los reclamantes entrañaría el mismo tipo de limitaciones al uso de marcas y otras características de diseño en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor que las medidas TPP (aunque posiblemente en un grado menor), suscitaría preocupaciones similares a este respecto. En tanto en cuanto esto daría lugar, a su vez, a un efecto limitativo en el comercio internacional, este efecto se presentaría en el marco del mecanismo de escrutinio previo.

7.1652. Un mecanismo de escrutinio previo podría permitir la diferenciación del empaquetado y de elementos individuales del empaquetado del tabaco en un grado mayor que las medidas TPP, de forma que la aprobación de determinadas características de las marcas por una autoridad encargada del escrutinio previo podría dar lugar a una mayor diferenciación, así como a las asociaciones conexas que hacen los consumidores con respecto a los atributos de las marcas y el empaquetado permitidos en el mercado. En este sentido, un mecanismo de escrutinio previo podría producir un efecto menor en la diferenciación de productos entre productos de tabaco, en comparación con el que tienen las medidas TPP. En la medida en que esto daría lugar, a su vez, a un efecto limitativo en el comercio internacional, tal efecto podría surgir, en menor grado, en el marco del mecanismo de escrutinio previo. Sin embargo, ese resultado no está asegurado, puesto que la alternativa propuesta por los reclamantes podría dar lugar a restricciones (con sujeción al proceso de aprobación mediante el escrutinio previo) iguales o superiores a las que imponen los elementos del empaquetado genérico del tabaco regulados por las medidas TPP. En tanto en cuanto el mecanismo de escrutinio previo descrito por los reclamantes no impide la restricción de características del empaquetado como los nombres y las variantes de las marcas, que en la actualidad no abarcan las medidas TPP, cabría la posibilidad de que los paquetes permitidos en el mercado reflejaran incluso un mayor rigor.

7.1653. Además, un mecanismo de escrutinio previo introduciría costos adicionales significativos, administrativos y de funcionamiento, que, según la descripción de los propios reclamantes, podrían ser impuestos a los propios participantes del sector.[3894] Con independencia de los criterios concretos adoptados y del alcance de las características del empaquetado abarcadas, un componente central de la alternativa consistente en un escrutinio previo es la adición de un proceso normativo mediante el cual se evaluarían las desviaciones propuestas del empaquetado genérico, con múltiples niveles de posible examen. Observamos a este respecto las complejas cargas y desafíos que se plantearían, en el marco de un mecanismo de escrutinio previo, entre los distintos elementos de su funcionamiento, si se utilizaran todos los elementos de procedimiento. Esto resulta especialmente evidente al considerar los posibles recursos judiciales y nuevos exámenes, con respecto a los cuales hay pruebas de que podría ser necesaria una cantidad considerable de tiempo y recursos.[3895] Por lo tanto, las propias descripciones que hacen los reclamantes de esta alternativa dejan claro que el escrutinio previo introduciría un elemento de costo adicional en el que podrían incurrir directamente los participantes de la rama de producción. Aunque a falta de cifras exactas a este respecto es difícil cuantificar esos costos y evaluar si serían de tal magnitud que tendrían un efecto limitativo en el comercio, está claro que esos costos, sea cual sea su magnitud, serían adicionales a los que se presentan en el marco de las medidas TPP.

7.1654. En síntesis, el grado de restrictividad del comercio derivado de la reducción de la diferenciación de productos con arreglo a las medidas TPP no necesariamente sería mayor que el derivado del mecanismo de escrutinio previo propuesto por los reclamantes, que introduciría además costos de aplicación que no generan las medidas TPP. Por lo tanto, a la luz de las consideraciones anteriores, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado

[3894] Los reclamantes han indicado que el régimen de escrutinio previo podría basarse en el "pago por el usuario", como sucede en el sistema del ABAC en relación con las bebidas alcohólicas en Australia. Si bien esta posibilidad aborda *cómo* pueden sufragarse los costos de administración de un régimen de escrutinio previo, no informa necesariamente sobre la magnitud de tales costos. Las partes han presentado varios argumentos con respecto a las consecuencias de un enfoque de "pago por el usuario" para los litigios en el sector y la prolongación del proceso, y los reclamantes han mantenido sobre todo que la rama de producción de tabaco no tendría incentivos para emprender dilatados procedimientos si tuviera que hacer frente a todos los costos asociados.

[3895] Véanse, en general, Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC); e Informe de Finkelstein (Prueba documental AUS-21).

que el mecanismo de escrutinio previo que han propuesto restringiría el comercio menos que las medidas TPP.

7.2.5.6.5.3 La cuestión de si un mecanismo de escrutinio previo haría una contribución equivalente al objetivo de Australia

Argumentos de las partes

7.1655. Honduras aduce que un mecanismo de escrutinio previo logrará "el mismo grado" de contribución que las medidas TPP, ya que abordaría los elementos del empaquetado y los productos de tabaco con respecto a los cuales se constató, "sobre la base de pruebas creíbles", que "inducen al consumo y, por lo tanto, aumentarán la tasa de prevalencia del consumo de tabaco en Australia".[3896] Específicamente, Honduras propone esta alternativa para el caso de que el Grupo Especial constate que la prevalencia del consumo de tabaco podría reducirse mediante uno de los dos "mecanismos" establecidos en el artículo 3(2) de la Ley TPP, es decir, reduciendo el atractivo de los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos, o aumentando la eficacia de las ASG. El Sr. Shavin, experto de Honduras, sostiene que no sería necesario que el mecanismo de escrutinio previo incluyera la consideración de los aspectos del empaquetado del tabaco engañosos o que inducen a error (puesto que la ACL ya abarca plenamente esta cuestión); sin embargo, un elemento adicional de la propuesta relativa al escrutinio previo incluye la posibilidad de escrutinio previo con respecto a aspectos del empaquetado que probablemente inducirían a error o engañarían a los consumidores.[3897]

7.1656. Honduras sostiene que Australia no ha justificado su alegación de que la ACCC carece de los conocimientos especializados necesarios para evaluar el atractivo de los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos, o el efecto de las marcas de fábrica o de comercio en la eficacia de las ASG.[3898] Honduras añade que el análisis de si una marca de fábrica o de comercio en un paquete de cigarrillos es atractiva o puede menoscabar la eficacia de las ASG no es en sustancia distinto y que la ACCC podría contratar a consultores externos especializados en mercadotecnia, psicología social y salud pública a tal fin.[3899] En respuesta al argumento de Australia de que la propuesta de escrutinio previo requeriría "someter a prueba miles de combinaciones de características del empaquetado", Honduras sostiene que es una exageración, pues el empaquetado de los productos de tabaco permanece relativamente constante con el tiempo, y en todo caso Australia tiene libertad para aplicar la medida según su propio criterio para abordar cualquier preocupación de orden práctico que suscite la aplicación del mecanismo (por ejemplo, fijando un límite a la frecuencia de las modificaciones del empaquetado).[3900]

7.1657. La República Dominicana se basa en el informe de experto del Sr. Shavin con respecto a la contribución que un mecanismo de escrutinio previo haría a los objetivos de Australia. Citando el informe del Sr. Shavin, la República Dominicana sostiene que podría lograrse la misma contribución, en su caso, a la reducción del consumo de tabaco regulando únicamente aquellos aspectos del empaquetado del tabaco o las barras de tabaco con respecto a los cuales hay pruebas creíbles que demuestran que inducen al consumo. El mecanismo propuesto podría formularse de manera que siga estrechamente los mecanismos por medio de los cuales se supone que la Ley TPP alcanza los objetivos de Australia, y justificarse sobre la base de pruebas creíbles extraídas de las disciplinas pertinentes, entre ellas la mercadotecnia, la psicología y la salud pública.[3901] Además, esa medida permitiría una reconsideración posterior, en virtud de la cual la ACCC, tras haber concedido la aprobación en el proceso de escrutinio previo, podría incoar posteriormente un procedimiento o solicitar al Tribunal Federal de Australia un mandamiento que prohíba la utilización ulterior del empaquetado o las barras considerados no conformes.[3902]

7.1658. Cuba sostiene que un mecanismo de escrutinio previo "abordaría efectivamente solo los elementos del empaquetado y las marcas de fábrica o de comercio que según alega Australia

[3896] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 925, 615; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 225.
[3897] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 222.
[3898] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 708.
[3899] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 709.
[3900] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 710.
[3901] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 816-819.
[3902] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 820-821.

pueden alentar el consumo de tabaco, respetando al mismo tiempo el derecho de los titulares de marcas de fábrica o de comercio a utilizar esas marcas para diferenciar sus productos". Por lo tanto, la alternativa sería "más efectiva (y al menos tan efectiva) en la contribución a los objetivos de salud de Australia y menos restrictiva que las medidas [TPP]".[3903]

7.1659. Indonesia mantiene que un mecanismo de escrutinio previo podría alcanzar todos los objetivos declarados con respecto al atractivo de los productos de tabaco, a la efectividad de las ASG y a que no se induzca a error a los consumidores "regulando únicamente los elementos específicos del empaquetado del tabaco o las barras de tabaco con respecto a los cuales hay pruebas creíbles que demuestran que contribuyen a la prevalencia".[3904] Indonesia afirma que "el mecanismo de examen reglamentario de escrutinio previo hace la *misma contribución* al objetivo de reducir la prevalencia del consumo de tabaco que el empaquetado genérico", puesto que las marcas "con respecto a las cuales se demuestre que son cuestionables *seguirán estando prohibidas*".[3905]

7.1660. Australia responde que el escrutinio previo no haría una *contribución* equivalente a los objetivos de la medida.[3906] Australia aduce que el Sr. Shavin, en cuyo informe de experto se basan los reclamantes respecto del escrutinio previo, no tiene "ningún conocimiento especializado en absoluto" en el cual basar su "suposición de que el empaquetado genérico del tabaco va 'mucho más allá de lo necesario para alcanzar [sus] objetivos de salud pública' y que 'es poco probable que las características físicas del empaquetado del tabaco y las barras de tabaco reguladas en el marco de las medidas [TPP] [...] alienten el consumo de productos de tabaco'".[3907] Además, Australia sostiene que la evaluación de si una característica concreta del empaquetado del tabaco es atractiva o puede disminuir la efectividad de las ASG exigidas no está comprendida en el ámbito de especialidad de la ACCC, y que el sistema requeriría someter a prueba miles de combinaciones de características del empaquetado, entre muchas marcas, con los criterios de exclusión propuestos. Australia añade que la eficacia de las restricciones relativas al empaquetado para lograr los objetivos concretos de las medidas "depende de la normalización del empaquetado, que incluye la normalización de las características tanto gráficas como estructurales del paquete"[3908], algo que está en conformidad con las recomendaciones de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT.[3909] A juicio de Australia, la flexibilización de las restricciones impuestas por las medidas TPP llevaría a innovaciones en materia de empaquetado que harían más probable el inicio en el hábito de fumar y su mantenimiento.[3910]

7.1661. Australia aduce también que "un problema fundamental" de esta propuesta reside en el hecho de que, si se presentase un paquete a la ACCC para su escrutinio previo, la ACCC tendría que realizar algún tipo de estudio o prueba para determinar si existen pruebas creíbles de que el paquete probablemente induciría al consumo en caso de ser introducido en el mercado. Australia argumenta que "ningún estudio que la ACCC pudiera realizar, antes de la introducción del paquete en el mercado, satisfaría a la rama de producción de tabaco". Australia afirma que "se han realizado cientos de estudios previos a la implementación que evalúan el efecto probable de un determinado diseño de un paquete (a saber, el empaquetado genérico) a lo largo de dos decenios, [y] los reclamantes han pretendido encontrar deficiencias en cada uno de ellos".[3911] Australia mantiene que, en el caso de que la ACCC llegara a la conclusión de que un determinado empaquetado probablemente induciría al consumo, con toda seguridad se encontraría inmersa en una serie de litigios, debido a las supuestas deficiencias de las pruebas que respaldarían su conclusión. Añade que, "a falta de financiación suficiente para que este proceder esté razonablemente disponible, la ACCC no tendría otra opción que aprobar la introducción del empaquetado con marca en el mercado y esperar a que aparezcan pruebas de que las características concretas del paquete han inducido realmente al consumo antes de prohibir su uso

[3903] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 286.
[3904] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 440.
[3905] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 442. (las cursivas figuran en el original)
[3906] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 718.
[3907] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 725 (donde se cita Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 34-35).
[3908] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 728.
[3909] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 564 y 569.
[3910] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 728; segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 564; respuesta de Australia a la pregunta 157 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3911] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 566.

ulterior".[3912] Esperar hasta que se haya inducido a nuevos consumidores a consumir un producto adictivo antes de tomar medidas no es aceptable para Australia y no alcanzaría, sino que socavaría, sus objetivos de salud pública.[3913] Australia hace referencia a una directiva emitida por la USFDA que "efectivamente exige la aprobación previa a la comercialización de las modificaciones en el aspecto de las etiquetas de los productos de tabaco", cuya validez impugnó la rama de producción de tabaco ante el Tribunal del Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia.[3914]

7.1662. Australia también sostiene que la afirmación de que un mecanismo de escrutinio previo haría una contribución equivalente a los objetivos de Australia es "inverosímil". Según Australia, esto se debe a que "el sistema de escrutinio previo funcionaría mediante los mismos mecanismos causales que el empaquetado genérico del tabaco pero de una manera que socavaría en lo fundamental dichos mecanismos al restablecer el empaquetado del tabaco como vehículo para la publicidad y promoción de los 'beneficios intangibles' de los productos de tabaco".[3915] Australia explica que, "en comparación con el empaquetado normalizado implementado por la medida de empaquetado genérico del tabaco, el sistema de escrutinio previo propuesto aumentaría el atractivo de los productos de tabaco, reduciría la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y podría inducir a error a los consumidores, [de forma que] sencillamente no hay fundamento para concluir que esta alternativa haría 'una contribución equivalente o mayor' a" los objetivos de las medidas TPP.[3916]

7.1663. Australia observa asimismo que los tipos de paquetes cuya introducción en el mercado turco se ha aprobado en el marco del proceso mencionado por los reclamantes "son precisamente del tipo que, según han establecido los expertos de Australia, atraen a segmentos particulares del mercado, inducen a error acerca de los efectos nocivos del hábito de fumar y reducen la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas".[3917] Por esos motivos, Australia aduce que el escrutinio previo es un sustitutivo "inadecuado" de las medidas TPP.[3918]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1664. A diferencia de las demás medidas alternativas propuestas por los reclamantes, el mecanismo de escrutinio previo pretendería lograr 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.[3919]

7.1665. La premisa central de la propuesta de los reclamantes es que la alternativa consistente en un escrutinio previo no requeriría la restricción global de las características del empaquetado y el diseño, sino que en cambio aseguraría que tales características "solo fueran utilizadas en determinadas circunstancias para diferenciar los productos, más que para promover el uso o consumo de productos de tabaco (o para inducir a error a los consumidores)".[3920]

7.1666. Observamos a este respecto que Australia, a través de la opinión de experto del Profesor Fong, describe dos componentes vinculados que las medidas TPP abordan, a saber, las características no estructurales del paquete (el diseño gráfico, la tipografía, tipo de letra, los colores, etc.) y las características físicas, estructurales, del paquete (las dimensiones físicas, el estilo de apertura, la forma, los bordes, los materiales utilizados en el empaquetado y aspectos

[3912] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 566.
[3913] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 566.
[3914] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 567.
[3915] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3916] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[3917] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 727.
[3918] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 726-727.
[3919] Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 157 del Grupo Especial; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 799, 810-811; y la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 706.
[3920] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 112.

físicos del propio cigarrillo).[3921] Según el Profesor Fong, "[e]sos dos componentes están inherentemente vinculados porque la rama de producción de tabaco ha utilizado ambos para aumentar el atractivo, reducir la efectividad de las advertencias y transmitir a los consumidores o posibles consumidores que algunos tipos de cigarrillos son menos nocivos".[3922] Por lo tanto, el Profesor Fong considera que, "del mismo modo que las prohibiciones de la publicidad deben ser integrales" para impedir que la publicidad se "canalice con mayor intensidad a través de los canales que no están abarcados, la normalización del paquete debe ser integral", dado que "de lo contrario se permitiría que continuaran las iniciativas de mercadotecnia de la industria tabacalera centradas en el paquete".[3923]

7.1667. El Profesor Fong sostiene que, para alcanzar los objetivos de las medidas TPP, "tanto la normalización de la estructura física como la normalización de los elementos de diseño gráfico del paquete de tabaco son de importancia crítica" puesto que "[l]a omisión de una de ellas debilitaría considerablemente la Ley [TPP]".[3924] Más concretamente, en relación con el primer mecanismo causal de las medidas TPP, el Profesor Fong cita pruebas de que la estructura del paquete (forma y tamaño) de diversos productos de tabaco puede tener "un efecto importante en las percepciones del atractivo"[3925], y de que "el empaquetado es una herramienta esencial de mercadotecnia en la industria tabacalera".[3926] Además, el Profesor Fong considera que "[l]os posibles consumidores también experimentan el efecto de los diseños atractivos del empaquetado del tabaco en el aumento del atractivo del producto".[3927] Con respecto al segundo mecanismo causal de las medidas TPP, el Profesor Fong afirma que el empaquetado normalizado exigido por las medidas TPP prohíbe "innovaciones en materia de empaquetado que disminuirían la notoriedad y la prominencia de la advertencia sanitaria".[3928] Por último, con respecto al tercer mecanismo causal, el Profesor Fong examina detenidamente pruebas y estudios relativos la posibilidad de que el diseño creativo de los paquetes y los descriptores de las variantes de induzcan a error a los consumidores, entre otras cosas, en cuanto a los atributos del producto[3929] y los efectos nocivos del consumo de tabaco.[3930] Sobre la base de su examen, el Profesor Fong afirma que "[h]ay pruebas sólidas que indican que, al eliminar elementos de marca como la imaginería y los diseños únicos de los paquetes, la medida de empaquetado genérico tendrá el efecto de reducir 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".[3931]

7.1668. Con respecto a la explotación potencial de una mayor permisividad en lo relativo al empaquetado de manera que se socavaría el objetivo de las medidas TPP, señalamos el parecer del experto de Australia, el Profesor Slovic, de que la política de normalización de los paquetes se basa en la opinión de que la rama de producción de tabaco hace deliberadamente todo lo posible

[3921] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 18. Véanse también *ibid.*, párrafos 121-126; y la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 728.
[3922] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 19.
[3923] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 124.
[3924] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 21.
[3925] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 169. Véase también *ibid.*, párrafos 170-177. En otro lugar de su informe, el Profesor Fong menciona una encuesta realizada a 762 jóvenes en el Reino Unido que constató que, en comparación con un paquete con marca, era mucho menos probable que un paquete genérico normalizado se percibiera como más atractivo entre seis pares de paquetes distintos. *Ibid.*, párrafo 205.
[3926] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 179. Véase también Informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-531), párrafo 132 (donde se hace referencia a un examen realizado por Sir Cyril Chantler).
[3927] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 183. (subrayado en el original) El Profesor Fong también concluye, sobre la base del examen de una selección de estudios, que "los elementos de la marca en el empaquetado del tabaco, como la forma y el color, influyen en las percepciones del sabor" y que, "[c]omo el sabor influye en el atractivo, es razonable concluir que la medida de empaquetado genérico eliminaría o reduciría el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores reduciendo la capacidad de los elementos de la marca que figuran en el paquete para transmitir mensajes sobre el sabor". *Ibid.*, párrafo 190.
[3928] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 37. El Profesor Fong también cita informes del Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos (2008) y del Director General de Sanidad de los Estados Unidos (2012) que "coinciden en su conclusión de que el empaquetado genérico impide innovaciones en el empaquetado que, en otro caso, podrían reducir la prominencia de las advertencias sanitarias". *Ibid.*, párrafo 308.
[3929] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 357-398.
[3930] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 399-412.
[3931] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 413.

"por incorporar en cada característica del diseño de una marca las mismas cualidades de atractivo que niegan los reclamantes".[3932] Señalamos también que el Dr. Biglan, experto de Australia, sostiene que la flexibilización o eliminación de la política actual de Australia abriría la puerta a numerosas innovaciones de mercadotecnia. El Dr. Biglan cita varios estudios en apoyo de su posición y concluye que "modificar la normativa en materia de empaquetado genérico para permitir cierta variación de las características de los paquetes entre marcas abriría la puerta a que la rama de producción de tabaco desarrollara y probara innovaciones en los paquetes que harían más probable el inicio y la continuación en el hábito de fumar".[3933] Recordamos nuestra propia evaluación de las pruebas en cuanto al papel del empaquetado de tabaco como herramienta de publicidad e instrumento de comunicación[3934], así como las pruebas que hemos examinado e indican que el empaquetado genérico de los productos de tabaco reduce su atractivo para los consumidores.[3935]

7.1669. Observamos que los "criterios de exclusión" presentados por el Sr. Shavin y los reclamantes, que se utilizarían en un mecanismo de escrutinio previo, se basan en los propios tres mecanismos causales, y se estructuran en función de la promoción del consumo de tabaco mediante las características físicas y una serie no exhaustiva de elementos de los signos.[3936] Habida cuenta de nuestras constataciones sobre la contribución hecha por las medidas TPP a su objetivo (en particular mediante esos mecanismos), y en tanto en cuanto el mecanismo de escrutinio previo propuesto funcionaría a través de los mismos "mecanismos" que las medidas TPP, consideramos que un mecanismo de escrutinio previo contribuiría al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Sin embargo, las consideraciones precedentes plantean la cuestión del grado de contribución que podría hacerse a este objetivo seleccionando, y puede que permitiendo, elementos concretos del empaquetado del tabaco que se apartan del empaquetado genérico normalizado actualmente exigido por las medidas TPP, y si ese grado de contribución sería equivalente al que hacen las medidas TPP.

7.1670. Para empezar, observamos que la interpretación de que el empaquetado genérico del tabaco se extiende más allá de la restricción de características concretas queda confirmada en particular por las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT que, con arreglo a la "recomendación" de que las partes en el CMCT "deberían considerar" la posibilidad de adoptar "requisitos para envasados sencillos", establecen que "[e]l empaquetado, los cigarrillos sueltos y otros productos de tabaco sueltos *no* deberían llevar publicidad ni promoción, *ni siquiera* rasgos de diseño que den atractivo a los productos".[3937] Por otra parte, en el párrafo 17, las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT establecen que: "[s]i el envasado sencillo *no* se ha hecho *aún* obligatorio, la restricción debería abarcar el mayor número posible de rasgos distintivos de diseño que den a los productos de tabaco mayor atractivo para los consumidores, por ejemplo imágenes de animales o de otra índole, expresiones 'divertidas', papeles de cigarrillos de colores, perfumes atractivos, paquetes novedosos o estacionales".[3938]

7.1671. La propuesta de escrutinio previo que los reclamantes han sometido a nuestra consideración dependería de la presentación de "pruebas creíbles" de que determinadas características y signos inducen al consumo de tabaco mediante alguno de los tres mecanismos causales de las medidas TPP.[3939] Observamos que puede haber una diferencia significativa entre requerir a la autoridad normativa que presente pruebas creíbles para una determinación positiva

[3932] Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafos 122-127.
[3933] Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafos 131-134.
[3934] Véase "Análisis realizado por el Grupo Especial" en la sección 7.2.5.3.5.2 *supra*.
[3935] Véase "repercusión del empaquetado genérico en el atractivo de los productos de tabaco" en la sección 7.2.5.3.5.2 *supra*.
[3936] Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 40.
[3937] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, "recomendación" que sigue al párrafo 17. (sin cursivas en el original)
[3938] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 17. (sin cursivas en el original) Recordamos además que el párrafo 15 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT establece, entre otras cosas, que "[l]os paquetes de tabaco o rasgos distintivos de productos de tabaco se utilizan de diversas maneras para atraer a los consumidores, promover productos y cultivar y promover una identidad de marca, por ejemplo recurriendo a logotipos, colores, tipos de letra, imágenes, formas y materiales adjuntados a paquetes o a cigarrillos u otros productos de tabaco sueltos, o insertados en el interior de los paquetes". *Ibid.*, anexo, párrafo 15.
[3939] Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 42.

de que determinadas características inducen al consumo, por una parte[3940], y, por otra, requerir a los solicitantes que presenten pruebas creíbles de que una determinada característica *no* induce al consumo mediante alguno de los mecanismos causales de las medidas TPP. En el marco de la primera hipótesis, que entendemos es la prevista en la alternativa propuesta por los reclamantes, basada en la descripción del Sr. Shavin[3941], el grado posible de contribución parece depender de la capacidad de la autoridad normativa para formular una determinación positiva sobre la base de "pruebas creíbles" de que características aisladas del empaquetado inducen al consumo. Esto, a su vez, podría interpretarse como una presunción de que ninguna característica induce al consumo mediante los tres mecanismos causales de las medidas TPP, que la autoridad normativa tendría después que refutar presentando pruebas creíbles en sentido contrario.[3942] Hacemos referencia, por su pertinencia, a este aspecto de la alternativa propuesta por los reclamantes en nuestra evaluación de su posible grado de contribución al objetivo de Australia.

7.1672. Como cuestión fundamental, el diseño del mecanismo de escrutinio previo propuesto por los reclamantes no predetermina necesariamente con ningún detalle las características precisas del empaquetado o los productos que se permitirían en el mercado. Por consiguiente, no puede excluirse que, con arreglo al sistema de escrutinio previo propuesto por los reclamantes, los paquetes resultantes fueran idénticos a los exigidos en virtud de las medidas TPP por lo que respecta a las limitaciones de las características físicas y de diseño gráfico. Si tal caso fuera el resultado de un mecanismo de escrutinio previo, se seguiría lógicamente que el sistema de escrutinio previo no solo hace una contribución equivalente, sino también una contribución *idéntica* a la lograda por las medidas TPP.

7.1673. Observamos, sin embargo, que la premisa subyacente en la alternativa propuesta por los reclamantes es que podría lograr una contribución equivalente centrándose *solo* en los elementos con respecto a los cuales se constate que inducen al consumo o infringen de otro modo los criterios de exclusión.[3943] En comparación, el Sr. Shavin, experto de los reclamantes, caracteriza las medidas TPP como medidas que prohíban "con carácter general" las características del empaquetado sin intentar diferenciar en absoluto, lo que puede dar lugar a una restricción *excesivamente amplia* de las posibles características del empaquetado del tabaco a los efectos del objetivo de Australia.[3944] Al mismo tiempo, aunque el mecanismo de escrutinio previo se propone como un régimen potencialmente más permisivo, señalamos que podría extenderse a aspectos que van más allá de los regulados por las medidas TPP. Por ejemplo, según indica el experto de Australia, el Profesor Fong:

> [A]unque las [medidas TPP] eliminan el uso del diseño del empaquetado y los colores del paquete que inducen a error a los consumidores, permanece el propio nombre de

[3940] Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 24-25 y 30.

[3941] A lo largo de su informe, el Sr. Shavin alude repetidamente a "pruebas creíbles" de que una determinada característica induce al consumo, más que a pruebas de que una determinada característica *no* induce al consumo. Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 18, 24-25 y 30.

[3942] Aunque se ha aclarado que las medidas TPP podrían seguir vigentes mientras no entrara en vigor el mecanismo de escrutinio previo, las descripciones de los reclamantes no dejan claro que la alternativa propuesta consistiría en un régimen de empaquetado genérico por defecto, con respecto al cual los solicitantes podrían pedir exenciones concretas sobre la base de pruebas creíbles, por ellos presentadas, de que una determinada característica *no* está abarcada por los criterios de exclusión. Véanse, por ejemplo, la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 41 del Grupo Especial, párrafo 199; e Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 53.

[3943] Según los reclamantes, la mayor permisividad potencial en lo concerniente a las características del empaquetado del tabaco es de hecho la base para aducir que el escrutinio previo restringiría el comercio menos que las medidas TPP. Véanse la respuesta de Honduras a la pregunta 151 del Grupo Especial (donde se afirma que el escrutinio previo "permite necesariamente una mayor diferenciación de productos que la actualmente permitida en el marco del régimen de empaquetado genérico"); la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial, párrafos 64-65 (donde se hace referencia a las medidas TPP como "excesivamente amplias" y al mecanismo de escrutinio previo en el sentido de que prohíbe "únicamente las características del paquete que se traducen en consumo de tabaco" y de que "mantiene una mayor diferenciación"); la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 286; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 440 (donde se aduce que un "mecanismo [de escrutinio previo] restringiría menos el comercio porque permitiría a los productores seguir utilizando otras marcas y elementos de diseño para diferenciar sus productos sobre la base de factores como la calidad").

[3944] Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 20-21 y 114.

> la marca, por ejemplo, la utilización de nombres de colores que no están prohibidos en los nombres de variantes de la marca (como "azul", "dorado"), y elementos descriptivos verbales que no están prohibidos (como "suave").[3945]

7.1674. El Profesor Fong continúa afirmando que esto "es consecuencia del hecho de que la industria tiene todavía otras herramientas, aparte del empaquetado, de probada eficacia para inducir a los consumidores a error y a creer que algunas marcas son menos nocivas que otras".[3946] Así pues, es posible en teoría que un mecanismo de escrutinio previo se aplique a, y dé lugar a la exclusión de, un número *mayor* de elementos del empaquetado que con arreglo a las medidas TPP, sobre la base de una determinación formulada por la autoridad normativa de que aumentan el atractivo, reducen la efectividad de las ASG o inducen a error a los consumidores, con lo cual puede hacer una contribución *mayor* al objetivo de Australia.

7.1675. En cualquier caso, las afirmaciones de las partes sobre la posible contribución de un mecanismo de escrutinio previo se refieren en gran medida a la capacidad de la autoridad encargada del escrutinio previo para aislar y diferenciar efectivamente las características *individuales* del empaquetado que menoscaban el objetivo y los mecanismos causales de las medidas TPP. Consideramos que un aspecto crucial del grado de la contribución que podría lograrse mediante el escrutinio previo es la medida en que la autoridad normativa que administra el mecanismo de escrutinio previo consiga determinar con precisión qué características concretas inducen probablemente al consumo o son de otro modo contrarias a los criterios de exclusión sobre la base de los mecanismos causales de las medidas TPP. Esto sucedería incluso si el mecanismo de escrutinio previo abarcara, en el proceso de examen, características del empaquetado que no están restringidas por las medidas TPP. Además, como se ha indicado, el régimen de escrutinio previo descrito por el Sr. Shavin puede exigir que la autoridad normativa prohíba *únicamente* las características concretas con respecto a las cuales pueda aportar "pruebas creíbles" específicas de que aumentan el atractivo del producto, reducen la efectividad de las ASG o inducen a error a los consumidores, mientras que se permitirían en el mercado todas las demás características del empaquetado presentadas por los solicitantes. Según se ha señalado *supra*, esta descripción indica que el mecanismo de escrutinio previo propuesto impondría esencialmente a la autoridad normativa la carga de aportar pruebas positivas en sus determinaciones con respecto a todos y cada uno de los elementos *individuales* del empaquetado cuya aprobación pida un solicitante.

7.1676. Hemos examinado *supra* los argumentos de las partes relativos a las competencias de un órgano normativo existente, la ACCC, para desempeñar esta función en el marco de un régimen de escrutinio previo para la evaluación y aprobación. Se nos han sometido opiniones de expertos en el sentido de que la ACCC no cuenta con conocimientos especializados ni con capacidad para hacer cumplir las normas con respecto a la conducta que induce a error[3947], y también de que, en el caso de los mecanismos causales que no guardan relación con la información o la conducta que inducen a error, la ACCC sería no obstante la entidad más adecuada existente en la actualidad en Australia para desempeñar las funciones de una autoridad normativa encargada del escrutinio previo.[3948]

7.1677. Al mismo tiempo, se nos han sometido pruebas relativas a las limitaciones de la ACCC respecto de las responsabilidades que conllevaría un mecanismo de escrutinio previo. Cabe destacar que el Presidente de la ACCC desde 2011, el Sr. Sims, ha manifestado la opinión de que, no obstante los conocimientos especializados y la experiencia de la ACCC para evaluar si es probable que el empaquetado induzca a error o engañe, la ACCC no *autoriza previamente*

[3945] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 414.

[3946] Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafo 414. A este respecto, la República Dominicana sostiene que el mecanismo de escrutinio previo podría en realidad hacer una contribución mayor a los objetivos de Australia en la medida en que se acepta que los nombres de las marcas y de las variantes pueden influir en la prevalencia de fumadores o en el consumo de tabaco mediante los mecanismos especificados en la Ley TPP. Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 709.

[3947] Véanse, en general, Informe de Heydon (Prueba documental UKR-11); e Informe de Shavin (Prueba documental DOM/HND-1), sección V. En particular, con respecto al mecanismo causal consistente en reducir la capacidad del empaquetado para la venta al por menor de los productos de tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o de consumir productos de tabaco, el Sr. Shavin concluye que las medidas TPP no aportarán nada que vaya más allá del régimen y los mecanismos de protección del consumidor que ya existen en Australia. Véase también la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 740.

[3948] Véase Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 16.

propuestas de mercadotecnia o empaquetado (de ningún producto) a tal fin, ni evalúa si el empaquetado es atractivo o disminuye la eficacia de las advertencias sanitarias.[3949] Asimismo, en el ámbito de su actual capacidad para exigir el cumplimiento en virtud de la ACL, la ACCC se enfrentaría a sus propias limitaciones de recursos durante procedimientos, de posible resultado incierto, contra el empaquetado del tabaco que induce a error o es engañoso.[3950] La capacidad limitada de la ACCC significaría que el objetivo podría lograrse parcialmente mediante un solo mecanismo causal (es decir, aplicando disposiciones contra la conducta que induce a error o es engañosa o las representaciones falsas o que inducen a error), o bien con la asistencia externa adicional de expertos, como ha sugerido el Sr. Shavin, que ayuden a recabar "pruebas creíbles" relativas a un paquete de tabaco propuesto o a la cuestión de si sus características aumentan el atractivo del producto o socavan la efectividad de las ASG.

7.1678. Además, los diversos niveles de examen del mecanismo de escrutinio previo propuesto implican también la capacidad por parte del poder judicial australiano para examinar las determinaciones sobre la base de los criterios de escrutinio previo y el objetivo de las medidas TPP. A este respecto, el experto de Australia, Sr. Finkelstein, antiguo Presidente del Tribunal Australiano de Defensa de la Competencia y juez del Tribunal Federal, opina que los objetivos de las medidas TPP "no pueden lograrse mediante la aplicación de ninguna otra ley vigente en Australia, específicamente la ACL", porque "los objetivos de la [Ley TPP] van mucho más allá de la prevención de la conducta que induce a error o engaño, y están fuera del alcance de cualquier otra ley australiana".[3951] El Sr. Finkelstein explica además que, incluso si la caracterización de determinada publicidad o promoción de tabaco pudiera ser la de que induce a error o es engañosa, cualquier litigio resultante sería "problemático" debido a la diversidad de factores que contribuyen, entre ellos la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas, así como los costos y cargas que imponen los litigios.[3952] Por lo tanto, incluso si un régimen de escrutinio previo pudiera introducirse legalmente, conllevaría "la participación de los tribunales, en diversas etapas, para dar efecto al sistema", lo que podría generar más incertidumbre e ineficiencia.[3953] A nuestro juicio, las consideraciones planteadas por el Sr. Finkelstein y el Sr. Sims, tanto por lo que respecta a exigir un alcance del examen que va más allá de los efectos que inducen a error como a la posible magnitud y complejidad de los procedimientos, son indicativas de la combinación de dificultades e incertidumbres que entraña el escrutinio previo en la etapa de la determinación inicial y en el examen judicial posterior.

7.1679. Tomamos nota, a este respecto, de los argumentos de las partes relativos al ejemplo del sistema de escrutinio previo de Turquía para los productos de tabaco. Australia mantiene que ese sistema permite precisamente las características que tratan de evitar las medidas TPP[3954], mientras que los reclamantes aducen que Australia tendría libertad para adaptar ese régimen a sus propios criterios.[3955] En nuestra opinión, la estructura normativa vigente en Australia y los escrutinios previos sobre el tabaco en otras jurisdicciones, aunque pueden informar sobre la disponibilidad razonable, no son concluyentes para la evaluación del grado de contribución comparativo de un hipotético sistema de escrutinio previo al objetivo de Australia, en el contexto de su propio enfoque integral para la política de control del tabaco, incluido el nivel de protección que ha elegido.

7.1680. Al evaluar los elementos antes mencionados para formular una determinación con respecto al grado de contribución que haría el escrutinio previo, consideramos particularmente pertinente la orientación del Órgano de Apelación en el sentido de que, en la evaluación "deben tenerse también en cuenta las características del reglamento técnico en litigio, según se pongan de manifiesto en su *diseño y estructura*, así como la naturaleza del objetivo perseguido y la

[3949] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 6.8-6.11.
[3950] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 5.10-5.11.
[3951] Informe de Finkelstein (Prueba documental AUS-21), párrafo 5. Véase también *ibid.*, párrafo 70.
[3952] Informe de Finkelstein (Prueba documental AUS-21), párrafo 6. Véase también *ibid.*, párrafos 78-93 y 135-146. En este sentido, Finkelstein describe los litigios relativos al tabaco en Australia para ilustrar los posibles desafíos que supondrían los litigios sobre una alegación de falsedad y conducta que induce a error en relación con el empaquetado del tabaco, que considera "serán probablemente complejos, prolongados y costosos". Véase *ibid.*, párrafos 94-123.
[3953] Informe de Finkelstein (Prueba documental AUS-21), párrafo 9.
[3954] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 727.
[3955] Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, nota 689.

naturaleza, cantidad y calidad de las pruebas disponibles".[3956] A este respecto, consideramos que un mecanismo de escrutinio previo introduce necesariamente, en su diseño y estructura, la posibilidad de reducir el grado de contribución al objetivo. Ello se debe al rasgo definitorio del mecanismo de escrutinio previo, a saber, la introducción de discrecionalidad administrativa y la posibilidad de que se permitan determinados elementos del empaquetado del tabaco que darían lugar a un mayor atractivo para los consumidores, una menor efectividad de las ASG o una mayor probabilidad de que se induzca a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco.[3957] Si tal posibilidad se concreta en el marco de un mecanismo de escrutinio previo, dará lugar a un menor grado de contribución que el que hacen las medidas TPP. El mismo diseño de un mecanismo de escrutinio previo conllevaría la posibilidad de esas desviaciones potenciales, de una manera y en un grado que las medidas TPP excluyen. Por lo tanto, en cualquier forma de mecanismo de escrutinio previo cabría la posibilidad de que el grado de contribución al objetivo de Australia fuera menor, en función en gran medida de los criterios de exclusión y las normas de aplicación que adopte la autoridad normativa.

7.1681. En este sentido, recordamos las pruebas presentadas de que el empaquetado genérico puede servir para reducir el atractivo del empaquetado, la inducción a error a los consumidores y la distracción de las ASG[3958], y de que la industria tabacalera ha utilizado el empaquetado del tabaco para introducir características gráficas y estructurales de maneras que socavan el objetivo y los mecanismos causales de las medidas TPP.[3959] También consideramos convincente el hecho de que el aspecto uniforme de los paquetes puede impedir por sí mismo la utilización de características diferenciadoras o la introducción de variedades de paquetes, que se podrían usar, en el marco de la utilización de marcas en los paquetes de tabaco destinados al comercio minorista, con la finalidad de crear una imagen de marca y asociaciones positivas con los productos, de un modo que podría aumentar el atractivo del producto, disminuir la eficacia de las ASG o inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco.[3960] Es más, aunque con arreglo a la propuesta de los reclamantes esos elementos podrían ser eliminados retrospectivamente del mercado como parte del proceso de examen, ello no subsanaría el efecto que cualquiera de ellos pueda haber tenido mientras estaba en el mercado (como, por ejemplo, transmitir imágenes y asociaciones que pueden inducir el inicio en el consumo de tabaco entre los adolescentes).

7.1682. En conclusión, a pesar de las diversas posibilidades que plantea un hipotético mecanismo de escrutinio previo, la principal hipótesis considerada en relación con la medida alternativa propuesta por los reclamantes es que puedan admitirse características del empaquetado que están actualmente prohibidas. El hecho de que un mecanismo de escrutinio previo entrañe un grado de discrecionalidad y posible error en el proceso de permitir características del paquete aprobadas es particularmente significativo en este contexto. Si bien este riesgo estaría en general presente en el marco de un mecanismo de escrutinio previo, se hace patente en la posibilidad de que dicho mecanismo permita paquetes que se considere posteriormente que satisfacen los criterios de exclusión identificados en el mecanismo de escrutinio previo, creando una ventana en la cual se pueden presentar efectos subsiguientes en materia de salud pública. Asimismo, hemos descrito el

[3956] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215. (sin cursivas en el original)

[3957] Señalamos a este respecto que el Sr. Shavin contempla explícitamente el descubrimiento ulterior de elementos atractivos, engañosos o que distraen, lo que indica la variabilidad inherente y la posibilidad de error en el marco de un mecanismo de escrutinio previo.

[3958] Véase, por ejemplo, Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), párrafos 21, 37, 124-126.

[3959] Véanse, por ejemplo, Informe de Fong (Prueba documental AUS-14), página 94; Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafos 133-134; e Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafos 122-128.

[3960] Señalamos, por ejemplo, el material promocional de Imperial Tobacco mencionado por el Dr. Biglan donde aparece representado un nuevo paquete de "Camel" y se señalan los mensajes que indican los distintos elementos de ese paquete. Dichos elementos incluyen el uso de un "logotipo refinado en relieve" en "dorado más rico" (que denota "calidad"), la adopción de un "'icono en movimiento' más fluido con formas redondeadas", que denota "generosidad, vivacidad", el uso de un marco interior curvado en el paquete para denotar "suavidad", la ausencia de otro marco que denota una "sensación de libertad, amplitud y modernidad", y el uso de un "halo blanco" para indicar "elegancia". Véase Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), página 30, figura 6. Estas pruebas, a nuestro juicio, están en consonancia con la observación del Profesor Slovic, que basa también en documentos internos de la rama de producción de tabaco, según la cual "la rama de producción de tabaco ha hecho todo lo posible para incorporar en cada característica del diseño de una marca las mismas cualidades de atractivo que niegan los reclamantes". Véase Informe de Slovic (Prueba documental AUS-12), párrafos 122-127. Véanse también los párrafos 7.660, 7.731 y 7.1666-7.1668 *supra*.

modo en que los desafíos que plantea el examen en el escrutinio previo pueden verse agravados por el desplazamiento a una autoridad de la carga de presentar pruebas creíbles y formular determinaciones positivas de que existen características *individuales* que inducen al consumo mediante alguno de los mecanismos causales de las medidas TPP. Esas consideraciones son indicativas de que en cualquier régimen de escrutinio previo cabe la posibilidad de mayor permisividad con respecto al tipo de características del empaquetado cuya comercialización quiere impedir Australia.

7.1683. Recordamos nuestras constataciones anteriores en cuanto al grado de contribución logrado por las medidas TPP y los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. Hemos constatado que se trata de riesgos graves sobre la base del objetivo de salud pública perseguido, y hemos tenido en cuenta que no existe un uso de los productos de tabaco y una exposición a esos productos que sean inocuos, al identificar la naturaleza de esos riesgos y la gravedad de la consecuencias que tendría no alcanzar el objetivo.[3961] Las posibles deficiencias que hemos descrito con respecto a un mecanismo de escrutinio previo introducen la posibilidad de que se alcance el objetivo de Australia en menor medida, de manera que este país no podría perseguir su objetivo legítimo de salud pública a los niveles que considere apropiados.

7.1684. A este respecto, informa nuestra evaluación del mecanismo de escrutinio previo como alternativa a las medidas TPP el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC, de conformidad con el cual no debe impedirse a un Miembro que persiga un objetivo legítimo "a los niveles que considere apropiados".[3962] Tenemos también presente la orientación del Órgano de Apelación en el sentido de que el nivel que un Miembro considere apropiado "suele ponerse de manifiesto en el grado de la contribución que un reglamento técnico *realmente* hace al logro de su objetivo"[3963] y de que "puede discernirse también de otros modos, por ejemplo, mediante una disposición o una declaración expresas en el instrumento de que se trate".[3964] Tanto el grado de la contribución que realmente hacen las medidas TPP como las disposiciones y declaraciones que figuran en las medidas TPP[3965] prestan apoyo a nuestra conclusión de que el escrutinio previo no lograría un grado de contribución equivalente al que hacen las medidas TPP, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo.

7.1685. Por consiguiente, constatamos que los reclamantes no han demostrado que su medida alternativa propuesta consistente en un mecanismo de escrutinio previo para el empaquetado del tabaco haría una contribución equivalente al objetivo de Australia, teniendo en cuenta la naturaleza del objetivo y los riesgos que crearía no alcanzarlo.

7.2.5.6.5.4 La cuestión de si un mecanismo de escrutinio previo está razonablemente disponible para Australia

Argumentos de las partes

7.1686. Honduras aduce que la ACCC ya tiene "obligaciones bien definidas en relación con circunstancias análogas", y por lo tanto podría administrar y aplicar fácilmente ese mecanismo de escrutinio previo.[3966] Honduras explica que la ACCC administra normas de información y códigos sectoriales, y ha impuesto con éxito el cumplimiento de las disposiciones de dichos instrumentos. También hace referencia a la CCA de Australia, de conformidad con la cual existen procesos de escrutinio previo/notificación previa con respecto a determinadas formas de conducta y fusiones que puedan ser contrarias a la competencia. Honduras afirma que no ve razón convincente alguna

[3961] Esto es particularmente cierto habida cuenta de las pruebas que hemos examinado relativas a la naturaleza adictiva del tabaco. Véase, por ejemplo, Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76).

[3962] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.201. (no se reproduce la nota de pie de página)

[3963] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.201. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

[3964] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.201, nota 632.

[3965] Véase, por ejemplo, Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 1.

[3966] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 616, 926.

por la que esta experiencia no sea trasladable al escrutinio previo en la esfera del empaquetado del tabaco.[3967]

7.1687. Honduras afirma también que el mecanismo de escrutinio previo puede ser financiado por la propia rama de producción sobre la base del "pago por el usuario", de modo que no imponga una carga indebida al Gobierno de Australia. Honduras hace referencia al sistema de escrutinio previo establecido de conformidad con el ABAC como un buen ejemplo de sistema vigente financiado por la industria para el escrutinio previo del empaquetado (y los anuncios). De acuerdo con el experto de Honduras, el Sr. Shavin, el ABAC regula el contenido de los nombres y el envasado sobre la base del entendimiento de la manera en que los nombres y el envasado pueden inducir a los consumidores a usar productos alcohólicos o abusar de ellos. El ABAC también crea un grupo de expertos responsable de decidir sobre las reclamaciones concernientes a la conformidad del envasado con lo dispuesto en el ABAC lo que, según Honduras y el Sr. Shavin, acredita su competencia y efectividad en la evaluación de los efectos del empaquetado y la publicidad en el consumo. Con arreglo a la propuesta de Honduras, si un órgano decisorio similar examinara el efecto probable de los paquetes en el consumo de tabaco, entre los elementos objeto de consideración deberían estar la marca de fábrica o de comercio de que se trate y las grandes ASG que aparecen en el paquete.[3968]

7.1688. La República Dominicana aduce en una línea similar que el mecanismo de escrutinio previo estaría razonablemente disponible puesto que podría establecerse sobre la base de las leyes y reglamentos de Australia que ya están en vigor, y podría ser administrado por la ACCC. Según la República Dominicana, la ACCC ha emprendido asiduamente acciones contra aspectos del empaquetado de productos que inducen a error en virtud de la ACL, y en la actualidad se encarga de regular el cumplimiento de las normas de información y otros instrumentos.[3969] Además, los costos se recuperarían de la industria tabacalera, que estaría obligada a presentar sus productos de tabaco y el empaquetado de esos productos para su escrutinio previo.[3970]

7.1689. La República Dominicana también hace referencia al régimen voluntario de escrutinio previo del envasado de las bebidas alcohólicas en el marco del ABAC, que describe como un "sistema cuasi reglamentario", con directrices sobre mercadotecnia que han sido negociadas con el Gobierno.[3971] Explica que el ABAC funciona enteramente sobre la base del pago por el usuario, se utiliza regularmente e incluye un proceso para decidir sobre las reclamaciones relativas a infracciones del Código. Para la República Dominicana, este sistema indica que los regímenes normativos que se ocupan del contenido del empaquetado pueden funcionar satisfactoriamente.[3972]

7.1690. La República Dominicana señala asimismo que Turquía ha promulgado un mecanismo de escrutinio previo obligatorio aplicable al empaquetado para la venta al por menor de los productos de tabaco, con el fin de examinar el empaquetado exterior, la banda de apertura y el empaquetado y la lámina de aluminio interiores de cada paquete de los productos de tabaco importados o producidos en Turquía, así como los cigarrillos, con el fin de asegurarse de que no se dé información incompleta o que induzca a error acerca de sus características, efectos en la salud, peligros o emisiones, ni "se utilice ningún texto, nombre, marca, tipo de nombre, metáfora, figura, signo, color o combinación de colores que dé a entender que un producto de tabaco concreto es menos perjudicial que otro o que induzca o aliente su consumo, o que induzca a error a los consumidores o haga atractivo el producto".[3973]

7.1691. Cuba también hace referencia al ABAC en el caso de las bebidas alcohólicas, como algo que ayudaría a Australia a diseñar e implementar con éxito un mecanismo de escrutinio previo para los productos de tabaco.[3974] Cuba añade que no entiende por qué Australia piensa que esta

[3967] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 617.
[3968] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 926, 618-625; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 226.
[3969] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 825.
[3970] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 826.
[3971] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 827-828.
[3972] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 829-830.
[3973] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 805-807; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 41 del Grupo Especial.
[3974] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 285.

alternativa, "que claramente funciona en relación con bebidas alcohólicas, no funcionaría con respecto a productos del tabaco".[3975]

7.1692. Indonesia aduce que un sistema de escrutinio previo "no es solo 'teórico'"[3976] puesto que la ACCC ya realiza exámenes normativos en circunstancias similares y tiene facultades para prohibir el empaquetado engañoso.[3977] A modo de ejemplo, menciona el hecho de que se puede solicitar a la ACCC un formulario de "autorización previa" para determinadas formas fusión potencialmente contrarias a la competencia. Además, Indonesia sostiene que la ACCC ha acumulado una experiencia considerable en la administración y aplicación de normas de información y códigos sectoriales, y se ha ocupado de la notificación previa de las conductas.[3978] Indonesia añade que el sistema podría financiarse mediante tasas por el uso cobradas a los fabricantes que presentaran solicitudes de escrutinio previo a la ACCC.[3979]

7.1693. Indonesia también hace referencia al ABAC en el caso del escrutinio previo sobre el envasado de las bebidas alcohólicas, que a su juicio demuestra que, tanto en la teoría como en la práctica, los sistemas normativos que se ocupan del contenido del empaquetado pueden funcionar satisfactoriamente.[3980] Indonesia cita también el ejemplo del mecanismo de escrutinio previo que mantiene Turquía, que exige que cualquier producto de tabaco ofrecido en el mercado interno sea examinado por una autoridad normativa que debe considerar si el empaquetado propuesto incluye alguna característica que pueda aumentar el atractivo del producto o inducir a error a los consumidores.[3981]

7.1694. Australia aduce que un mecanismo de escrutinio previo no estaría razonablemente disponible. En opinión de Australia, la afirmación de los reclamantes de que la función asignada a la ACCC sería similar a la que asume en otros contextos no es pertinente. Aunque la ACCC cuenta con los conocimientos especializados y la experiencia que le permitirían evaluar si es probable que el empaquetado induzca a error o engañe, Australia sostiene que no tiene conocimientos especializados para evaluar si aspectos del empaquetado como el color, las imágenes y otros dispositivos, pueden, por separado o en combinación, hacer atractivo el empaquetado o disminuir la efectividad de las advertencias sanitarias requeridas. Australia añade que la ACCC no emite opiniones consultivas sobre si una empresa ha actuado de manera engañosa y que induzca a error, y que la propuesta de que lo haga le impondría una carga considerable.[3982] Según Australia, los gastos que supondrían los litigios para defender ante los tribunales las decisiones adoptadas en el escrutinio previo harían que esa alternativa tuviera un "costo prohibitivo".[3983] A juicio de Australia, la indicación de la República Dominicana de que, ante tales dificultades, Australia podría establecer un organismo completamente nuevo con los conocimientos pertinentes para administrar el mecanismo de escrutinio previo no hace sino reforzar la idea de que esta alternativa no está razonablemente disponible.[3984]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1695. Tras haber expuesto *supra* las principales características del mecanismo de escrutinio previo propuesto por los reclamantes, observamos que un punto crucial de controversia en cuanto a si está razonablemente disponible se refiere a la capacidad de la ACCC para realizar las funciones normativas de examen y aprobación en el escrutinio previo. Los reclamantes se basan en gran

[3975] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 346.
[3976] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 449.
[3977] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 443-445. Indonesia afirma también que la ACCC lleva a cabo investigaciones sobre supuestas contravenciones de la Ley Australiana de Protección al Consumidor, y ha emprendido acciones contra "elementos descriptivos" como "ligeros" o "suaves" que se usaban con anterioridad en el empaquetado del tabaco, alegando que esos términos inducen a error a los consumidores, llevándolos a creer que los productos con esas etiquetas son menos nocivos que otros productos de tabaco. Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 446-447.
[3978] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 450.
[3979] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 448.
[3980] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 451-453.
[3981] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 454-455.
[3982] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 740.
[3983] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 566, nota 634, y párrafo 569, nota 643; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafo 82, nota 132.
[3984] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial.

medida en la opinión de experto del Sr. Shavin sobre la función de la ACCC y su competencia para administrar y aplicar un sistema de escrutinio previo.[3985] Al examinar esta opinión, tenemos presente también la posibilidad de que otra autoridad normativa realice las funciones de escrutinio previo.

7.1696. Según el Sr. Shavin, "la ACCC tiene un amplio historial de protección y promoción de la competencia leal en el mercado mediante la aplicación de la legislación sobre competencia de Australia, de conformidad con la Ley de Competencia y Consumo (CCA), también en la industria tabacalera".[3986] El Sr. Shavin añade que la ACCC está facultada para establecer un "código sectorial" (obligatorio o voluntario), que se define en la CCA como "un código que regula la conducta de los participantes y el sector con respecto a los consumidores u otros participantes en él".[3987] El Sr. Shavin observa el amplio abanico de asuntos abarcados por los cuatro códigos sectoriales obligatorios que existen, prescritos en el marco de la CCA.[3988] Además, el Sr. Shavin se refiere a un proceso de notificación "del tipo del escrutinio previo" en virtud del cual se puede solicitar a la ACCC un formulario de autorización en relación con determinadas formas de conducta potencialmente contrarias a la competencia. La ACCC puede evaluar la conducta propuesta, y modificar su decisión tras tener conocimiento de información adicional.[3989]

7.1697. En este contexto, tomamos nota también de la opinión de experto del Sr. Heydon[3990] presentada por Ucrania, y mencionada por Cuba e Indonesia, que aborda el ámbito y la aplicación de las leyes vigentes en Australia, y en particular de la CCA y la ACL, para regular el empaquetado para la venta al por menor que induce a error en relación con los productos de tabaco.[3991] El Sr. Heydon sostiene que "[n]o hay elemento alguno de la conducta que supuestamente induce a error excluida por el régimen impugnado que no pueda ser corregido de conformidad con la [ACL]".[3992] El Sr. Heydon también cita las medidas correctivas previstas en la CCA, que son similares pero también, "en muchos aspectos, más amplias que las previstas en la Ley [TPP]", y dice que la CCA "puede ser y es aplicada, de una determinada manera, por un organismo público bien dotado de recursos y facultades", la ACCC.[3993]

7.1698. Australia discute que el escrutinio previo esté razonablemente disponible sobre la base de que, "aunque la ACCC cuenta con los conocimientos especializados y la experiencia que le permitirían evaluar si es probable que el empaquetado induzca a error o engañe, no tiene conocimientos especializados para evaluar si algunos aspectos del empaquetado, como el color, las imágenes y otros dispositivos, pueden, por separado o en combinación, hacer atractivo el empaquetado o disminuir la efectividad de las advertencias sanitarias requeridas".[3994]

[3985] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 616; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 282; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 825; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 443. El Sr. Shavin explica en su informe que es un abogado australiano con experiencia en casos en las esferas del derecho de la competencia y de la propiedad intelectual, y que ha actuado tanto en representación de la ACCC como en oposición a ella en varios procedimientos. Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 1-6.

[3986] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 77. El Sr. Shavin menciona expresamente que en el pasado la ACCC ha exigido a determinadas empresas tabacaleras que atendieran a sus preocupaciones en cuanto al efecto probable de su fusión en la competencia.

[3987] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 80. (no se reproducen las cursivas)

[3988] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafos 82-84. Véase también Códigos sectoriales de la ACCC (Prueba documental HND-78).

[3989] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo. 87. El Sr. Shavin también hace referencia a la notificación previa voluntaria de las fusiones a la ACCC.

[3990] El Sr. Heydon explica en su informe que ha ejercido previamente como miembro del Tribunal Supremo de Australia, y que en calidad de ello participó en varias decisiones relativas a conductas engañosas y que inducen a error. El Sr. Heydon describe además su experiencia y sus conocimientos especializados como profesional y académico en el ámbito de la protección del consumidor. Informe de Heydon (Prueba documental UKR-11), páginas 4-5, anexo A.

[3991] Observamos que la opinión del Sr. Heydon se presentó en relación con la observación de Ucrania de que las leyes de protección del consumidor vigentes en Australia ya abordan "la principal preocupación" de Australia en relación con la prevención de paquetes engañosos.

[3992] Informe de Heydon (Prueba documental UKR-11), página 3.

[3993] Informe de Heydon (Prueba documental UKR-11), página 4.

[3994] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 740.

7.1699. Para apoyar su posición, Australia presenta el informe del Sr. Sims, que explica el mandato, la estructura y las funciones de la ACCC. Como explica el Sr. Sims, "[l]a función de la ACCC es aplicar la CCA y una serie de instrumentos legislativos adicionales, fomentar la competencia y el comercio leal y regular las infraestructuras nacionales en beneficio de todos los australianos".[3995] A su vez, la finalidad de la CCA es aumentar el bienestar de Australia promoviendo la competencia y el comercio leal entre empresas y regular la protección de los consumidores en sus transacciones con empresas.[3996] El Sr. Sims explica además que la ACL es un anexo de la CCA, que administran la ACCC y "el organismo previsto en la legislación de protección al consumidor de cada estado y territorio", y que hacen cumplir todos los tribunales australianos, entre ellos los de los estados y territorios.[3997]

7.1700. El Sr. Sims describe las prioridades en materia de observancia de la ACCC y el ejercicio de su facultades discrecionales, y afirma que la ACCC no puede tramitar todas las reclamaciones que recibe sobre la conducta de comerciantes o empresas, y que su función "consiste en centrarse en las circunstancias que perjudicarán o pueden perjudicar los procesos competitivos o darán o pueden dar lugar a un perjuicio generalizado para los consumidores".[3998] La ACCC establece las prioridades en materia de observancia sobre la base de diversos factores[3999] anualmente[4000] y utiliza una serie de medios de cumplimiento y observancia para fomentar la conformidad con la CCA.[4001]

7.1701. El Sr. Sims informa de que la ACCC ha recibido una gran número de reclamaciones y preguntas sobre el tabaco, a menudo relacionadas con cuestiones de etiquetado (incluido el empaquetado genérico), cuestiones relativas a las ventas, la fijación de precios, la importación y las normas de fabricación del tabaco.[4002] El Sr. Sims detalla investigaciones en profundidad realizadas por la ACCC en relación con temas referentes al tabaco, que incluían declaraciones de empresas tabacaleras en la promoción de sus marcas de cigarrillos como "ligeros", "ultra ligeros", "suaves", "ultra suaves" o "con bajo contenido de alquitrán".[4003] Esta investigación se resolvió en 2005, cuando la ACCC aceptó compromisos de cumplimiento exigible por vía judicial que preveían la eliminación de los elementos descriptivos "ligero" y "suave" y otras medidas correctivas, estipulando al mismo tiempo que las empresas tabacaleras afectadas no aceptaban que el uso de elementos descriptivos equivaliera a una conducta engañosa o que indujera a error.[4004] El Sr. Sims afirma que la ACCC incurrió en costos considerables durante la investigación, y que habrían sido necesarios recursos incluso mayores si el asunto hubiera seguido su curso en los tribunales.[4005] Entre otras investigaciones relativas al tabaco descritas por el Sr. Sims cabe citar varios procedimientos por incumplimiento de las prescripciones en materia de etiquetado, incluso con respecto al etiquetado deficiente de las advertencias exigidas, los mensajes explicativos e informativos y las imágenes.[4006]

7.1702. En referencia a los mecanismos causales establecidos en la Ley TPP, en el informe de Sims se afirma que "la ACCC no está de acuerdo con la premisa del Sr. Heydon de que los tres objetivos legislativos de la [Ley TPP] están orientados a la conducta engañosa o que induce a error, ni con su confianza en que no existe un vacío en la práctica cuando únicamente cabe

[3995] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 1.4.
[3996] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 3.1.
[3997] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 2.1-2.2.
[3998] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 3.5.
[3999] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 3.6-3.9.
[4000] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 3.10.
[4001] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 3.15-3.34.
[4002] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 4.1.
[4003] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 4.4. En el curso de esta investigación "larga y compleja" durante cuatro años, la ACCC emitió los anuncios informativos preceptivos para determinadas empresas tabacaleras. *Ibid.*, párrafos 4.6-4.7. La ACCC concluyó finalmente que determinadas empresas tabacaleras habían declarado, de manera que inducía a error, que los cigarrillos con bajas emisiones tenían ciertos beneficios para la salud en comparación con los cigarrillos normales o de emisiones más altas. *Ibid.*, párrafos 4.9-4.10.
[4004] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 4.12. Véase también Comisión de Competencia y Consumo de Australia, "*ACCC Resolves 'Light' and 'Mild' Cigarette Issue with B.A.T. and Philip Morris*", Comunicado de prensa Nº 119/05 (12 de mayo de 2005), disponible en: <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-resolves-light-and-mild-cigarette-issue-with-bat-and-philip-morris>, consulta realizada el 29 de mayo de 2015 (Prueba documental DOM-229).
[4005] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 4.13-4.15.
[4006] Véase, por ejemplo, Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 4.20-4.27.

recurrir a las disposiciones de la ACL que impiden la conducta engañosa o que induce a error, y en que la ACCC podría, en todos los casos, impedir eficazmente tal conducta incoando procedimientos".[4007] El Sr. Sims pone en cuestión la idea "de que un tribunal constatará que cualquier empaquetado que haga atractivos los productos de tabaco es o probablemente es engañoso o induce o probablemente induce a error", citando como ejemplos el uso de un color particular en el empaquetado[4008] y los elementos que distraen de las advertencias, que no inducen necesariamente a error aun cuando hagan menos eficaz la advertencia.[4009] Por consiguiente, el Sr. Sims expone la opinión de la ACCC de que las disposiciones de la ACL solo abordarían parcialmente los objetivos de la Ley TPP.[4010]

7.1703. El Sr. Sims también pone de relieve las limitaciones de la ACCC en materia de recursos y capacidad, sobre todo a la luz de la exigencia y la incertidumbre del proceso de investigación y aplicación.[4011] El Sr. Sims sostiene que el mecanismo de escrutinio previo propuesto exigiría nueva legislación para facultar a la ACCC a desempeñar las funciones necesarias.[4012] Asimismo, el Sr. Sims compara las disposiciones y los procedimientos existentes con las funciones de escrutinio previo del empaquetado del tabaco, afirmando por ejemplo que el proceso de notificación mencionado por el Sr. Shavin se diferencia de la "prueba y el enfoque completamente distintos (y nuevos)" que harían falta en el marco del mecanismo de escrutinio previo para examinar "si aspectos del empaquetado como el color, las imágenes y otros dispositivos, como el nombre y los logotipos de la marca, pueden, por separado o en combinación, hacer atractivo el empaquetado o disminuir la efectividad de las advertencias sanitarias".[4013]

7.1704. El Sr. Sims concluye que "la ACCC tiene conocimientos especializados y experiencia demostrados, que le permitirían evaluar si, a su juicio, es probable que el empaquetado induzca a error o engañe".[4014] En cambio, el Sr. Sims afirma que "la ACCC no *autoriza previamente* la mercadotecnia o el empaquetado propuestos para evaluar si es probable que induzcan a error o engañen", y carece de los conocimientos especializados necesarios para realizar una evaluación que no es "similar a ninguna de las otras funciones que la ACCC desempeña actualmente".[4015]

7.1705. Habida cuenta de las opiniones de expertos expuestas más arriba, examinamos si los reclamantes han establecido que un mecanismo de escrutinio previo estaría razonablemente disponible, teniendo presente que las medidas alternativas propuestas son de carácter hipotético y no existen todavía en el Miembro en cuestión, o al menos no en la forma concreta que proponen los reclamantes.[4016] Está claro que el mecanismo de escrutinio previo descrito por el Sr. Shavin conllevaría ciertas cargas y posibles desafíos en cada uno de sus elementos necesarios, con inclusión de la especificación inicial de los criterios de exclusión que van más allá de los mecanismos causales establecidos en la Ley TPP. Además, hay pruebas convincentes de la ACCC en el sentido de que dicha Comisión no ejerce en la actualidad las funciones exactas que serían precisas si fuera a desempeñar el papel de la autoridad normativa encargada del escrutinio previo para la aprobación, de manera que, o bien requeriría asistencia externa, o bien habría que dotar a un organismo normativo distinto y posiblemente nuevo de las facultades de la autoridad encargada del escrutinio previo.

7.1706. Observamos que la propuesta de los reclamantes contempla específicamente la posibilidad de que la evaluación de la ACCC se complemente con conocimientos especializados y asistencia externos en caso necesario.[4017] Además, el sistema de escrutinio previo propuesto no

[4007] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 5.4.
[4008] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 5.5.
[4009] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 5.7.
[4010] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 5.8. El Sr. Sims también afirma que "la evaluación de si el empaquetado del tabaco propuesto puede hacer el empaquetado *atractivo o hacer que disminuya la efectividad de las advertencias sanitarias* correspondería a una categoría muy distinta a la aplicación de una jurisprudencia firmemente arraigada en relación con la conducta engañosa y que induce a error". Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 6.11. (las cursivas figuran en el original)
[4011] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 5.9-5.12.
[4012] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 6.1-6.4.
[4013] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 6.6-6.8.
[4014] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafo 6.9.
[4015] Informe de Sims (Prueba documental AUS-22) (IEC), párrafos 6.10-6.11. (las cursivas figuran en el original)
[4016] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.328.
[4017] Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 722.

requiere que la ACCC ejerza funciones de autoridad normativa, y los principales aspectos del diseño del sistema seguirían siendo los mismos aun cuando se encargaran las funciones necesarias a un organismo administrativo distinto. Esas características esenciales podrían reflejarse de varias maneras distintas, basándose en mayor o menor medida en elementos existentes de la legislación y la administración normativa australianas con respecto a la prevención de las declaraciones engañosas o que inducen a error en el empaquetado de los productos.

7.1707. A este respecto, los reclamantes han citado un sistema de escrutinio previo existente en Turquía, como ejemplo ilustrativo del mecanismo que podría estar razonablemente disponible para Australia. Concretamente, en el Reglamento relativo a los procedimientos y normas aplicables a la producción y comercialización de productos de tabaco de Turquía, los criterios de admisibilidad para suministrar productos de tabaco al mercado exigen la presentación de varios tipos de información relativa a la clase de producto, que incluyen su empaquetado y las advertencias sanitarias.[4018]

7.1708. Si bien el ejemplo del mecanismo de escrutinio previo turco no es prescriptivo en cuanto a las características exactas del empaquetado del tabaco como el régimen de escrutinio previo en Australia propuesto, es un ejemplo existente de este tipo de sistema, que se basa en la evaluación y aprobación previa de los paquetes de tabaco propuestos con arreglo a determinados criterios normativos relativos al estímulo y la inducción a error a los consumidores. Somos conscientes de que los reclamantes no están obligados a "present[ar] descripciones completas y exhaustivas de las medidas alternativas que proponen" de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC[4019], y de que su referencia a un régimen existente es sencillamente indicativa de que un mecanismo de escrutinio previo del empaquetado del tabaco puede ser viable.

7.1709. Dicho esto, cabe la posibilidad de que las medidas alternativas no estén razonablemente disponibles debido a cargas indebidas y costos prohibitivos.[4020] Los costos pertinentes que pueden tomarse en consideración son, entre otros, los costos de observancia e implementación en que incurra el Miembro regulador, pero también pueden suponer "que la rama de producción afectada se enfrente costos o dificultades significativos, en particular cuando tales costos o dificultades podrían afectar a la capacidad o la voluntad de la rama de producción de cumplir las prescripciones de esa medida".[4021]

7.1710. En este sentido, los reclamantes han planteado la posibilidad de que los costos asociados con el examen y la aplicación en el escrutinio previo se sufraguen mediante la aplicación del principio de "pago por el usuario", en virtud del cual los productores de tabaco proporcionarían la financiación para sus propios procedimientos de aprobación. Como ejemplo de tal sistema, las

[4018] Dicha información incluye "[l]os diseños de paquetes unitarios y grupos de productos que lleven los datos sobre medidas; el diseño de la etiqueta que figure en el empaquetado transparente si se utiliza en un grupo de productos"; "[e]l plan de aplicación de las advertencias sanitarias"; e "[i]nformación sobre la codificación de la producción o cualquier otro marcado". Turquía, Reglamento relativo a los procedimientos y normas aplicables a la producción y comercialización de productos de tabaco, Gaceta Oficial, número 27749 (4 de noviembre de 2010) (Pruebas documentales DOM-133, IDN-93), artículo 12(2). Este procedimiento de escrutinio previo del empaquetado del tabaco exige lo siguiente:

> No se dará, en el empaquetado exterior visible, la banda de apertura y el empaquetado y la lámina de aluminio interiores de cada paquete de los productos de tabaco importados o producidos en Turquía, ni en los cigarrillos, información incompleta o que induzca a error acerca de sus características, efectos en la salud, peligros o emisiones, y no se utilizará ningún texto, nombre, marca, tipo de nombre, metáfora, figura, signo, color o combinación de colores que dé a entender que un producto de tabaco concreto es menos perjudicial que otro o que induzca o aliente su consumo, o que induzca a error a los consumidores o haga atractivo el producto.

Turquía, Reglamento relativo a los principios y procedimientos aplicables a los métodos de fabricación, el etiquetado y las medidas de control para la protección contra los efectos nocivos de los productos de tabaco, Gaceta Oficial, número 25692 (6 de enero de 2005) (Pruebas documentales DOM-134, IDN-94), artículo 9.

[4019] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.334.

[4020] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.330.

[4021] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.330 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.277).

partes han hecho referencia al ABAC[4022], que es un régimen voluntario, financiado por la rama de producción, que examina entre otras cosas el efecto probable del envasado y la publicidad del alcohol en el consumo.[4023] En particular, el ABAC establece, en su parte pertinente, que la denominación o el envasado del alcohol "no deben fomentar el consumo excesivo o el abuso del alcohol", "no deben fomentar el consumo de alcohol entre los menores de edad", y no deben "tener un atractivo intenso o evidente para niños o adolescentes".[4024] Asimismo, se ofrece un servicio de escrutinio previo de la publicidad del alcohol conjuntamente con el ABAC, que presta asesoramiento pagado por el usuario sobre si los futuros anuncios cumplen los requisitos de escrutinio previo obligatorio previstos en el ABAC[4025], con el fin de garantizar a las empresas que la publicidad o el envasado no serán después excluidos del mercado por medio del procedimiento de reclamación del ABAC.[4026]

7.1711. La administración del ABAC difiere considerablemente del sistema de escrutinio previo propuesto por los reclamantes con respecto a los productos de que se trata, y en el hecho de que es voluntario en el caso del envasado. No obstante, proporciona algunas pruebas sobre la posible flexibilidad de un régimen de escrutinio previo en la distribución de los costos de administración entre la rama de producción y el regulador, lo que a su vez puede abordar las cargas asociadas con el establecimiento de los procedimientos de examen, aprobación y aplicación, con inclusión de las cargas de los litigios por recursos en que los solicitantes pidan la revisión judicial de las determinaciones resultantes del escrutinio previo.[4027]

7.1712. En definitiva, sobre la base de esos elementos, no consideramos que un mecanismo de escrutinio previo como el propuesto por los reclamantes sea "simplemente de naturaleza teórica"[4028], de modo que no quepa considerarlo razonablemente disponible para Australia. El funcionamiento del ABAC es indicativo de la posibilidad de adoptar alguna forma de escrutinio previo con respecto a la comercialización de un producto concreto. Sin embargo, está claro que la administración de ese sistema -ya desempeñe las funciones normativas correspondientes un organismo existente como la ACCC (posiblemente con la ayuda de asistencia externa de expertos) o una nueva autoridad normativa- conllevaría cargas administrativas, no obstante el hecho de que algunos de los costos conexos podrían distribuirse, como se ha explicado *supra*, entre la rama de producción y el regulador.

7.2.5.6.5.5 Conclusión general sobre el mecanismo de escrutinio previo como alternativa a las medidas TPP

7.1713. Concluimos que la propuesta de los reclamantes de que Australia adopte un mecanismo de escrutinio previo sería una medida alternativa, que Australia no aplica en actualidad.

[4022] Véase "*Alcohol Beverages Advertising Code*" (Código de Publicidad de Bebidas Alcohólicas), disponible en: <http://www.alcohol.gov.au/internet/alcohol/publishing.nsf/Content/BFE15C2AC3242C22CA25718E0081F1C5/$File/advertising.pdf>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014 (Prueba documental DOM-137).

[4023] Véanse *Alcohol Beverages Advertising Code* (Código de Publicidad de Bebidas Alcohólicas), "*About the ABAC Scheme*", disponible en: <http://www.abac.org.au/about/>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014 (Pruebas documentales DOM-136, HND-87); e Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo. 93. El Sr. Shavin explica que, aunque se exige a los signatarios del ABAC el escrutinio previo de los anuncios de bebidas alcohólicas, el escrutinio previo de las denominaciones y el envasado es facultativo para dichos signatarios. Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 94.

[4024] "*Alcohol Beverages Advertising Code*" (Código de Publicidad de Bebidas Alcohólicas), disponible en: <http://www.alcohol.gov.au/internet/alcohol/publishing.nsf/Content/BFE15C2AC3242C22CA25718E0081F1C5/$File/advertising.pdf>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014 (Prueba documental DOM-137); e Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 97.

[4025] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 103. Véase *ibid.*, párrafo 106, donde figura un resumen del procedimiento de escrutinio previo del ABAC.

[4026] Informe de Shavin relativo al escrutinio previo (Prueba documental DOM/HND-9), párrafo 107. Véase también Código de Publicidad de Bebidas Alcohólicas, "*About the ABAC Scheme*", disponible en: <http://www.abac.org.au/about/>, consulta realizada el 7 de octubre de 2014 (Pruebas documentales DOM-136, HND-87), página 3.

[4027] Véanse las preocupaciones por los costos planteadas por Australia y su experto, el Sr. Finkelstein, analizadas con más detalle *infra* y en las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafo 82.

[4028] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.330.

7.1714. Sin embargo, hemos determinado también que no está claro que ese mecanismo restringiría el comercio menos que las medidas TPP. En tanto en cuanto los costos de implementación y cumplimiento son un factor de la restrictividad del comercio en este caso, parece que probablemente un mecanismo de escrutinio previo conllevaría costos que, no obstante su distribución entre el Gobierno y la rama de producción, no se producen del mismo modo en el marco de las medidas TPP.

7.1715. Hemos determinado asimismo que un mecanismo de escrutinio previo no haría una contribución equivalente al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, teniendo en cuenta la naturaleza del objetivo y los riesgos que crearía no alcanzarlo. En particular, consideramos que la posibilidad de que un mecanismo de escrutinio previo dé lugar a la entrada en el mercado de características del empaquetado que harían posible un menor grado de contribución al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos es contraria al principio establecido en el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC, según el cual no debe impedirse a ningún Miembro perseguir un objetivo legítimo "a los niveles que considere apropiados". Apoya también esta conclusión, a nuestro juicio, el examen de la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo de salud pública de Australia, así como su importancia para Australia.

7.1716. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que los reclamantes no han demostrado que un mecanismo de escrutinio previo sería una medida alternativa razonablemente disponible para Australia que restringiría menos el comercio, y que haría una contribución equivalente al objetivo de este país.

7.2.5.6.6 Aplicación "acumulativa" de las alternativas

7.1717. Honduras aduce que "Australia también puede decidir adoptar *todas* esas alternativas si considera que sus efectos combinados conducirían a una mayor reducción de la tasa de prevalencia del consumo de tabaco".[4029] La República Dominicana "ofrece su alternativa de manera acumulativa", es decir, aduce que las alternativas propuestas por los reclamantes, "ya se consideren individualmente o en combinación", hacen una contribución equivalente o mayor que las medidas TPP al objetivo de reducir la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco.[4030] La República Dominicana explica este argumento de varias maneras. Por ejemplo, aduce que la campaña de mercadotecnia social que propone "tendría un efecto significativo en la reducción del uso de tabaco por fumadores actuales y potenciales, de manera independiente o en combinación con las demás alternativas propuestas" por la República Dominicana en los presentes procedimientos.[4031] En respuesta al argumento de Australia de que el aumento de la EMCL no reduciría el consumo de tabaco de los actuales fumadores, la República Dominicana mantiene que puede combinarse un aumento de la EMCL con otra alternativa, como el aumento de la tributación, lo que incrementaría el abandono.[4032]

7.1718. Observamos que esos reclamantes no han detallado qué combinación exacta de alternativas proponen. Por ejemplo, la República Dominicana menciona la posibilidad de combinar un aumento de la EMCL y aumentos de la tributación, o incrementar el presupuesto para campañas de mercadotecnia social introduciéndolas conjuntamente con aumentos de la tributación.[4033] Sin embargo, no se plantea una combinación sistemática, y por lo tanto no nos queda claro qué combinación exacta de alternativas se está proponiendo. Según interpretamos esas comunicaciones, se pide al Grupo Especial que combine las alternativas en cualquier manera que sea necesaria para superar las deficiencias de una única alternativa que podamos identificar en nuestra evaluación de la equivalencia de la contribución que hace cada alternativa individualmente, y las medidas TPP.[4034] A este respecto, recordamos que incumbe al reclamante la carga de identificar una posible medida alternativa que restringe menos el comercio, hace una contribución equivalente al objetivo en cuestión y está razonablemente disponible. No consideramos que nos corresponda la carga de establecer la existencia de una medida

[4029] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 217.
[4030] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[4031] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 779.
[4032] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[4033] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 798.
[4034] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.

alternativa elaborando una alternativa que comprenda los diversos componentes sugeridos (en este caso, alguna combinación de las cuatro alternativas propuestas por los reclamantes).[4035]

7.1719. Además, recordamos que, en la evaluación de la equivalencia de la contribución realizada por un grupo especial, lo que es pertinente 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. Los reclamantes no han presentado ningún argumento con respecto a la contribución global que se haría en caso de que se adoptara alguna combinación de esas alternativas, aparte de señalar, en el contexto específico de aumento de la EMCL a 21 años, que esta medida podría combinarse con la tributación con el fin de abordar tanto el inicio como el abandono.[4036] Tampoco hay ninguna explicación sobre el grado de restrictividad del comercio que se produciría, ni sobre si sería mayor o menor que el de las medidas TPP. Así pues, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan satisfecho la carga de la prueba que les corresponde en virtud de párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC respecto de la aplicación "acumulativa" de las cuatro alternativas que han identificado.

7.1720. Aunque no tenemos claro de qué modo podrían combinarse las medidas alternativas analizadas *supra* con arreglo a la propuesta de los reclamantes, nos parece que tal propuesta se basa implícitamente en la persecución del objetivo de Australia mediante múltiples medidas complementarias de control del tabaco. En tanto en cuanto los reclamantes proponen una alternativa de múltiples facetas con elementos individuales adaptados para lograr un determinado grado de contribución, no consideramos que ello sea contrario al propio enfoque adoptado por Australia al implementar las medidas TPP conjuntamente con sus medidas existentes de control del tabaco.

7.1721. En cualquier caso, hemos constatado antes que, individualmente, ninguna de las cuatro alternativas propuestas por los reclamantes haría una contribución al objetivo de Australia equivalente a la contribución que hacen las medidas TPP como parte del marco normativo más amplio de Australia relativo al control del tabaco. Un fundamento de esa conclusión es que, como se ha explicado con detalle *supra*, tres de esas alternativas no abordarían el efecto de la marca en el atractivo de los productos de tabaco, en la efectividad de las ASG y en 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. Esto deja sin abordar, total o parcialmente, un aspecto del enfoque de múltiples facetas adoptado por Australia respecto del control del tabaco. Esta evaluación no cambiaría, en las circunstancias del presente asunto, ni siquiera en el supuesto de que las cuatro alternativas se combinaran de algún modo, teniendo en cuenta las características de las medidas TPP y el contexto normativo en que operan.

7.1722. A este respecto, tenemos presente la observación del Órgano de Apelación de que no es necesario que una medida alternativa propuesta contribuya al objetivo en un grado idéntico al de la medida en litigio, y de que una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio.[4037] Sin embargo, según se ha explicado antes, no entendemos que ello implique que, cuando la preocupación que se aborda tiene múltiples facetas y conlleva legítimamente una respuesta de múltiples dimensiones, un aspecto de una estrategia integral pueda ser sustituido por otro si abordan distintos aspectos del problema. Además, el "margen de apreciación" de un grupo especial en la evaluación de la equivalencia debe estar informado por los riesgos que se producirían en caso de no alcanzarse el objetivo del reglamento técnico, la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias que tendrían lugar en caso de no alcanzarse el objetivo del reglamento técnico, las características del reglamento técnico en litigio, según se pongan de manifiesto en su diseño y estructura, la naturaleza del objetivo perseguido y la naturaleza, cantidad y calidad de las pruebas disponibles.[4038] En el contexto de los presentes procedimientos, considerando el diseño de las medidas TPP, la naturaleza de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo (con inclusión de la gravedad de las consecuencias) y en particular el hecho de que las

[4035] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 118-131.
[4036] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial.
[4037] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.
[4038] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.

medidas TPP están diseñadas y estructuradas como uno de varios elementos de la estrategia integral de control del tabaco de Australia (que incluye la tributación, la mercadotecnia social y prescripciones en materia de EMCL), consideramos que una evaluación comparativa de las medidas alternativas debe tener en cuenta el elemento de control del tabaco que quedaría sin tratar de no ser por las medidas TPP.

7.1723. En nuestra evaluación de si las alternativas propuestas por los reclamantes hacen una contribución equivalente al objetivo de Australia, hemos examinado por lo tanto el hecho de que no se abordan los efectos que tienen los elementos de diseño del empaquetado del tabaco en el atractivo de los productos de tabaco y la efectividad de las ASG, así como su capacidad para inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco, que como hemos constatado *supra* desempeñan un papel en la contribución al objetivo de Australia que hacen las medidas TPP. Si bien el mecanismo de escrutinio previo propuesto tendría la capacidad de abordar tales aspectos en cierto grado, no obstante, por las razones antes descritas, no estamos convencidos de que ese mecanismo haría una contribución al objetivo de Australia equivalente a la de las medidas TPP, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo, el nivel de protección elegido por Australia y el diseño de las medidas TPP como un elemento en el contexto de la política integral de control del tabaco de Australia.

7.2.5.7 Conclusión general sobre el párrafo 2 del artículo 2

7.1724. Como se ha descrito *supra*, una evaluación de si un reglamento técnico restringe el comercio más de lo necesario con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC implica sopesar y confrontar mediante un proceso holístico varios elementos, entre ellos el grado de la contribución que hace la medida impugnada al objetivo legítimo en cuestión; la restrictividad del comercio de la medida; y la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo que persigue el Miembro a través de la medida. Además, cuando se realiza una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas propuestas por el reclamante, se debe considerar si la alternativa propuesta restringiría menos el comercio; si haría una contribución equivalente al objetivo legítimo de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo; y si está razonablemente disponible para el Miembro.[4039]

7.1725. En nuestra evaluación de las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, hemos llegado a las siguientes conclusiones con respecto a los diversos factores pertinentes:

a. El objetivo de las medidas TPP es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

b. Las medidas TPP pueden realizar, y efectivamente realizan, una contribución significativa a ese objetivo;

c. Las medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto dan lugar a una reducción del volumen total de las importaciones; y

d. La naturaleza de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo de Australia es que no se mejoraría la salud pública, puesto que no se reduciría el uso de los productos de tabaco y la exposición a esos productos, y las consecuencias de ese uso y esa exposición son de particular gravedad.

7.1726. Hemos examinado asimismo cada una de las cuatro medidas alternativas propuestas por los reclamantes, y hemos determinado, con respecto a cada una de ellas, que los reclamantes no han demostrado que constituiría una medida alternativa que restringiría menos el comercio y haría una contribución equivalente al objetivo de Australia, como sustituto de las medidas TPP.

[4039] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.197-5.198 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 471).

7.1727. Nuestras determinaciones en cuanto al grado de contribución que logran las medidas TPP, y nuestra comparación con la contribución que harían las medidas alternativas razonablemente disponibles, se han efectuado en el contexto de la estrategia integral diseñada y aplicada por Australia para ocuparse del control del tabaco.[4040]

7.1728. A este respecto, consideramos muy pertinente el reconocimiento, en diversas fuentes, de la naturaleza integral del control del tabaco en particular, con inclusión de las numerosas reiteraciones en este sentido que figuran en el CMCT y en sus Directrices para la aplicación complementarias. Por ejemplo, el propio "control del tabaco" se define como "diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños"[4041], y una obligación general prevista en el CMCT insta a sus partes a "formular[...], aplicar[...], actualizar[...] periódicamente y revisar[...] estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales *integrales* de control del tabaco".[4042] La naturaleza de las políticas de control del tabaco en particular, que tiene múltiples facetas, se pone de manifiesto en las pruebas obrantes en el expediente que tenemos ante nosotros[4043], y destaca la proposición, antes mencionada, de que el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos deben abordarse por medio de una combinación de medidas que operen conjuntamente.[4044] Señalamos también, a este respecto, la observación de Australia sobre la importancia que tiene evitar lagunas normativas en la cobertura de productos de las medidas, abarcando todos los productos de tabaco.[4045] Ello está en consonancia también con la recomendación del CMCT relativa a las medidas integrales, multisectoriales, de control del tabaco que se ocupen de todos los productos de tabaco.[4046]

7.1729. Concretamente, somos conscientes de que las medidas TPP, por su diseño, no tienen por objeto operar como una política independiente, sino que más bien se implementaron como parte

[4040] Véanse los párrafos 7.1043, 7.1384 y 7.1387 *supra*.

[4041] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), apartado d) del artículo 1.

[4042] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 1 del artículo 5. (sin cursivas en el original) La estructura global y las disposiciones específicas del CMCT, así como de las Directrices del CMCT, confirman que el control del tabaco implica un enfoque normativo integral de medidas integradas. Véanse, por ejemplo, CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafos 1 y 4 del artículo 4 y párrafo 1 del 5; Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), página 22; Directrices para la aplicación del CMCT (edición de 2013) (Pruebas documentales AUS-109, DOM-44), artículo 12, página 78, y artículo 14, páginas 137 y 134; y Directrices relativas al artículo 6 del CMCT (Prueba documental AUS-111), sección 1.6 (donde se indica que otras políticas como "los impuestos al tabaco no existen en un vacío y se deben aplicar como parte de una estrategia integral para el control del tabaco, junto con otras políticas compatibles con otros artículos del CMCT de la OMS").

[4043] Han llegado a esta conclusión, por ejemplo, la OMS, el Director General de Sanidad de los Estados Unidos, el USIOM y los USCDC. Véanse *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs* de los USCDC (Prueba documental AUS-50), página 6 (donde se reconoce la eficacia de los enfoques integrales del control del tabaco que combinan "estrategias educativas, clínicas, normativas, económicas y sociales" y se señala que "las investigaciones han demostrado la mayor eficacia de los esfuerzos de intervención que integran la aplicación de iniciativas de programáticas y política para influir en las normas, sistemas y redes sociales"); y Plan de medidas de la OMS para hacer retroceder la epidemia del tabaquismo (Prueba documental AUS-607), página 11 (donde se reconoce que las políticas de control del tabaco "son complementarias y sinérgicas"). Véanse también la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 38-49; Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 106-108; e Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafos 9(a), 11-16, 31 y 35, y notas 7 y 8.

[4044] Como hemos indicado en el párrafo 7.1390 *supra*, este particular se ha reconocido también en publicaciones del Banco Mundial, el Director General de Sanidad de los Estados Unidos, el USIOM y los USCDC. Véanse, respectivamente, Jha y Chaloupka 1999 (Prueba documental AUS-51), páginas 82-83; Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2014 (Pruebas documentales AUS-37, DOM-104, CUB-35), página 7; Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2000 (Prueba documental AUS-53), página 11; Informe del Director General de Sanidad de los Estados Unidos de 2012 (Prueba documental AUS-76), capítulo 6; Informe del USIOM de 1994, capítulo 4 (Prueba documental AUS-78), páginas 125-128; Informe del USIOM de 2015 (Prueba documental DOM-232), páginas 6-20; y *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs* de los USCDC (Prueba documental AUS-50), página 9.

[4045] Respuesta de Australia a la pregunta 13 del Grupo Especial (donde se hace referencia a Informe de Chaloupka relativo a la salud pública (Prueba documental AUS-9), párrafo 11 ("Las políticas y otras intervenciones de control del tabaco deben ser integrales en lo relativo a los productos de tabaco que abarcan, dado que una política que tenga efecto únicamente en un subconjunto de productos de tabaco será eficaz en la reducción del uso de esos productos, pero probablemente dará lugar a la sustitución por otros productos".); e Informe de Biglan (Prueba documental AUS-13), párrafo 137). Véase también Informe de Samet (Prueba documental AUS-7), párrafos 56 y 114.

[4046] Respuesta de Australia a la pregunta 13 del Grupo Especial (donde se hace referencia a CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), párrafo 4 del artículo 4 y párrafo 1 del artículo 5).

de "un conjunto integral de reformas para reducir el consumo de tabaco y sus efectos nocivos" en Australia.[4047] A nuestro juicio, tener debidamente en cuenta este contexto normativo más amplio de las medidas TPP es esencial para nuestro modo de entender su grado de contribución al objetivo de Australia. Por lo tanto, en nuestro análisis hemos dado la debida importancia al hecho de que las medidas TPP operan conjuntamente con varias otras medidas de control del tabaco muy diversas, entre ellas las ASG obligatorias, restricciones en materia de publicidad y promoción, medidas fiscales, restricciones a la venta y el consumo de productos de tabaco, campañas de mercadotecnia social y medidas para hacer frente al comercio ilícito de productos de tabaco.[4048]

7.1730. Además, en nuestro análisis comparativo, hemos expuesto las razones por las cuales no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las alternativas propuestas restringirían el comercio menos que las medidas TPP. También hemos considerado de qué forma contribuiría al objetivo de Australia cada alternativa propuesta, como *sustituto* de las medidas TPP. Al hacerlo, hemos tenido debidamente en cuenta el hecho de que las medidas impugnadas forman parte de un conjunto de políticas más amplio con múltiples elementos complementarios concebidos para perseguir de manera integral un objetivo de salud pública con el tiempo.[4049] Señalamos, a este respecto, las observaciones del Órgano de Apelación en el sentido de que "puede haber casos en que sea difícil evaluar con precisión si hay equivalencia entre el grado de contribución del reglamento técnico y el de una medida alternativa propuesta"[4050], como cuando un reglamento técnico y las medidas alternativas propuestas pueden ofrecer diversos métodos o técnicas que, conjuntamente o por separado, contribuyan a lograr el objetivo perseguido y pueden no ser cuantificables cada uno de ellos aisladamente.[4051]

7.1731. El hecho de que no sea necesario que una medida alternativa propuesta contribuya al objetivo en un grado idéntico al de la medida en litigio[4052] no significa, en nuestra opinión, que, cuando la preocupación que se aborda tiene múltiples facetas y conlleva legítimamente una respuesta de múltiples dimensiones, un aspecto de una estrategia integral pueda ser sustituido por otro, si ello deja sin abordar el aspecto del problema que se trata de abordar con las medidas impugnadas. Hemos constatado que, en el contexto concreto del control del tabaco y las iniciativas normativas de Australia para mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, ninguna de las alternativas propuestas por los reclamantes contribuiría al objetivo de Australia en un grado equivalente al de las medidas TPP, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo y la contribución real que hacen las medidas impugnadas, así como el principio reflejado en el sexto considerando del Acuerdo OTC de que no debe impedirse a ningún Miembro perseguir objetivos legítimos "a los niveles que considere apropiados".

7.1732. En definitiva, sobre la base de lo anterior, concluimos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

[4047] Véase, por ejemplo, Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 1.
[4048] Véase la sección 2.2 *supra*.
[4049] Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.212-5.213. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172.
[4050] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.216.
[4051] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.216 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151).
[4052] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.

7.3 El Acuerdo sobre los ADPIC

7.3.1 Artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.3.1.1 Introducción

7.1733. Pasamos ahora a examinar las alegaciones de los reclamantes relativas a las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Como se expone en el párrafo 7.11 *supra*, abordaremos en primer lugar las disposiciones que se refieren a la protección de las marcas de fábrica o de comercio. Comenzaremos el análisis por las disposiciones invocadas por los reclamantes que atañen a la materia objeto de protección, incluidas las condiciones de registro, o sea: primero, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) y después el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.1734. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Convenios sobre propiedad intelectual", dispone lo siguiente:

> En lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo, los Miembros cumplirán los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967).

7.1735. El párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) establece lo siguiente:

> Toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen será admitida para su depósito y protegida tal cual es en los demás países de la Unión, salvo las condiciones indicadas en el presente artículo. Estos países podrán, antes de proceder al registro definitivo, exigir la presentación de un certificado de registro en el país de origen, expedido por la autoridad competente. No se exigirá legalización alguna para este certificado.[4053]

[4053] Los argumentos de Honduras y de Cuba (por referencia) se centran en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*. Los demás párrafos de dicho artículo disponen lo siguiente:

> 2) Será considerado como país de origen el país de la Unión donde el depositante tenga un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio, y, si no tuviese un establecimiento de ese tipo en la Unión, el país de la Unión donde tenga su domicilio, y, si no tuviese domicilio en la Unión, el país de su nacionalidad, en el caso de que sea nacional de un país de la Unión.
>
> B. Las marcas de fábrica o de comercio reguladas por el presente artículo no podrán ser rehusadas para su registro ni invalidadas más que en los casos siguientes:
>
> 1. cuando sean capaces de afectar a derechos adquiridos por terceros en el país donde la protección se reclama;
>
> 2. cuando estén desprovistas de todo carácter distintivo, o formadas exclusivamente por signos o indicaciones que puedan servir, en el comercio, para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen de los productos o la época de producción, o que hayan llegado a ser usuales en el lenguaje corriente o en las costumbres leales y constantes del comercio del país donde la protección se reclama;
>
> 3. cuando sean contrarias a la moral o al orden público y, en particular, cuando sean capaces de engañar al público. Se entiende que una marca no podrá ser considerada contraria al orden público por el solo hecho de que no esté conforme con cualquier disposición de la legislación sobre marcas, salvo en el caso de que esta disposición misma se refiera al orden público.
>
> En todo caso queda reservada la aplicación del Artículo 10*bis*.
>
> C. 1) Para apreciar si la marca es susceptible de protección se deberán tener en cuenta todas las circunstancias de hecho, principalmente la duración del uso de la marca.
>
> 2) No podrán ser rehusadas en los demás países de la Unión las marcas de fábrica o de comercio por el solo motivo de que difieran de las marcas protegidas en el país de origen solo por elementos que

7.1736. Honduras y Cuba, por referencia[4054], alegan que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967). Más concretamente, alegan que las medidas TPP son incompatibles con el artículo 6*quinquies* porque una marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en un país de origen que no sea Australia no se protege "tal cual es", es decir, en su configuración original.[4055]

7.1737. Australia solicita al Grupo Especial que rechace estas alegaciones en su totalidad.

7.3.1.2 Principales argumentos de las partes

7.1738. Honduras y Cuba, por referencia, alegan que las restricciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio son incompatibles con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París, que exige que una marca registrada en un país sea admitida para su depósito y protegida "tal cual es" en los demás países.[4056]

7.1739. Honduras sostiene que la obligación básica establecida en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* consiste en que una marca de fábrica o de comercio registrada en el país de origen será admitida para su depósito y protegida "tal cual es" en los demás países, con arreglo a lo que se conoce como el principio "tal cual es". De conformidad con dicho párrafo, los Miembros no pueden exigir que se modifique o altere una marca de fábrica o de comercio ya registrada en el país de origen como condición para su admisión para depósito y protección en su territorio.[4057] Los países se pueden apartar del principio "tal cual es" en la medida prevista en las "condiciones indicadas en el presente artículo", que especifican diversos motivos para rehusar o invalidar el registro, incluidos los casos en que la marca de fábrica o de comercio sea contraria a la moral o el orden público o carezca de carácter distintivo.[4058]

7.1740. Honduras explica que su "alegación atañe al segundo aspecto de esta disposición, es decir, la protección de las marcas de fábrica o de comercio". Basándose en definiciones de diccionario, aduce que el término "protección" en el contexto del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* hace referencia a la defensa, el apoyo, la asistencia o la seguridad que se espera que los Miembros de la OMC proporcionen respecto de las marcas de fábrica o de comercio.[4059] A su juicio, la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC ofrece un contexto útil para interpretar el término "protección" en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*. Afirma que las nociones de existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia a que se refiere la nota 3 tienen un denominador común subyacente: el "uso" de una marca de fábrica o de comercio.

---

no alteren el carácter distintivo y no afecten a la identidad de las marcas, en la forma en que las mismas han sido registradas en el citado país de origen.

D. Nadie podrá beneficiarse de las disposiciones del presente artículo si la marca para la que se reivindica la protección no ha sido registrada en el país de origen.

E. Sin embargo, en ningún caso, la renovación del registro de una marca en el país de origen implicará la obligación de renovar el registro en los otros países de la Unión donde la marca hubiere sido registrada.

F. Los depósitos de marcas efectuados en el plazo del Artículo 4 adquirirán el beneficio de prioridad, incluso cuando el registro en el país de origen no se efectúe sino después del término de dicho plazo.

[4054] "Cuba hace suyas y por este medio incorpora por referencia todas las alegaciones, argumentos y evidencias presentadas en las primeras comunicaciones escritas de Honduras, Indonesia, la República Dominicana y Ucrania, sobre los artículos 15.4, 16.1, 16.3 y 22.2 b) del Acuerdo sobre los ADPIC y del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (relación con el artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC)". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428. Además, "Cuba hace suyas y por este medio incorpora por referencia todas las alegaciones, argumentos y evidencias presentadas en las segundas comunicaciones escritas de la República Dominicana, Honduras e Indonesia, sobre los artículos 15.4, 16.1, 16.3 y 22.2 b) del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (relación con el artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC)". Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414.

[4055] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 938.

[4056] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 258.

[4057] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 261.

[4058] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 262.

[4059] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 263.

Una medida que impide el uso de una marca de fábrica o de comercio menoscaba gravemente los derechos del titular de esa marca en relación con la existencia, la adquisición, el alcance, el mantenimiento y la observancia. Por consiguiente, Honduras llega a la conclusión de que una medida que prohíbe el uso de marcas de fábrica o de comercio no puede caracterizarse como una medida que protege las marcas de fábrica o de comercio.[4060]

7.1741. Honduras aduce que el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* obliga a Australia a proteger, en su forma original, toda marca de fábrica o de comercio que haya sido registrada con anterioridad en el país de origen. Por lo tanto, Australia no puede exigir que se modifique o altere la forma original de una marca de fábrica o de comercio como condición para su protección. Honduras añade que "la obligación de ofrecer 'protección', en el sentido del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*, implica necesariamente asegurarse de que los titulares de marcas de fábrica o de comercio puedan 'utilizar' sus marcas de fábrica o de comercio, dado que ello forma parte integrante de la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio".[4061]

7.1742. Honduras sostiene que las medidas TPP prohíben el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio en su forma original -a saber, las marcas de diseño y las marcas compuestas- en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco y en los propios productos. Australia solo permite que se utilicen esas marcas de fábrica o de comercio si se exhiben en la forma normalizada. Honduras aduce que, "al condicionar la protección de las marcas de fábrica o de comercio al cumplimiento de esas prescripciones", Australia no protege las marcas de diseño y las marcas compuestas en su forma original. Según Honduras, ello "equivale a vulnerar de manera absoluta el principio 'tal cual es' enunciado en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París".[4062]

7.1743. Australia responde que el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* se ocupa de las condiciones que puede imponer un Miembro con respecto a la admisión de una categoría determinada de marcas de fábrica o de comercio para su registro. En concreto, en el caso de que una marca de fábrica o de comercio ya esté regularmente registrada en el país de origen, el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* establece que un Miembro no puede denegar el registro de esa marca de fábrica o de comercio en su territorio, aun cuando la marca no cumpla de otro modo la legislación nacional de ese Miembro sobre la forma admisible de la marca.[4063]

7.1744. Mantiene que el término "protegida" que figura en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* hace referencia a la protección conferida como resultado del registro de una marca de fábrica o de comercio: *no* establece normas mínimas con respecto al *modo* en que debe ser protegida esa marca de fábrica o de comercio. Antes bien, el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* sencillamente establece que un Miembro no puede denegar el registro de una marca de fábrica o de comercio que esté registrada en el territorio de otro Miembro sobre la base de su forma.[4064]

7.1745. Australia aduce que, para acreditar *prima facie* una infracción en el marco del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*, Honduras tendría que demostrar que las medidas TPP impiden el *registro* de marcas de fábrica o de comercio que están registradas en el territorio de otro Miembro sobre la base de su forma. Afirma que Honduras no lo ha demostrado.[4065]

7.1746. Australia sostiene que la interpretación de Honduras según la cual la obligación de un Miembro de "proteger" una marca de fábrica o de comercio registrada en el territorio de otro Miembro implica necesariamente asegurarse de que los titulares de marcas de fábrica o de comercio puedan "utilizar" sus marcas de fábrica o de comercio es imposible de conciliar con el texto claro del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*. Añade que el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* no trata de la naturaleza de la protección que se deriva del registro de una marca de fábrica o de comercio, y no obliga a los Miembros a conceder a los titulares de marcas

[4060] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 264.
[4061] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 266.
[4062] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 267.
[4063] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 292 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 8.83).
[4064] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 293 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 137; y al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 8.79).
[4065] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 294-295.

un "derecho de uso" con respecto a sus marcas.[4066] Australia agrega que "Honduras tampoco puede conciliar su argumento con el hecho de que ella misma reconoce que 'los tratados administrados por la OMPI *no establecían normas sustantivas de protección de los derechos de propiedad intelectual*'".[4067]

7.1747. Australia concluye que las medidas TPP son compatibles con el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*. Añade que el artículo 28 de la Ley TPP dispone expresamente que el funcionamiento de dicha Ley no afecta a la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio para registrar la marca de conformidad con la Ley TM. La capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio de hacer uso de la misma queda fuera del ámbito del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*.[4068]

7.1748. Honduras responde que el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* estipula dos obligaciones independientes: i) admitir para su depósito "tal cual es" y luego ii) proteger "tal cual es" toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen. A su modo de ver, Australia interpreta el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* en el sentido de que excluye de su ámbito de aplicación la segunda obligación independiente cuando afirma que la "protección" en el sentido del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* "se deriva del registro de una marca de fábrica o de comercio". A juicio de Honduras, esta interpretación hace inútil o redundante la expresión "protegida tal cual es" y es, por tanto, incompatible con el principio de interpretación efectiva de los tratados, que el Órgano de Apelación ha reconocido en anteriores diferencias.[4069] Australia responde que el término "protegida" hace referencia a la protección que "puede o no derivarse del registro de una marca de fábrica o de comercio en su forma original". Según aduce Australia, el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* "no establece normas mínimas con respecto a la *naturaleza* de la protección que se puede otorgar como resultado del registro".[4070]

7.1749. Honduras aclara que no ha aducido que los términos del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* creen un "derecho de uso". A juicio de Honduras, "la capacidad de hacer uso de una marca de fábrica o de comercio es 'parte integrante' de la existencia, la adquisición, el alcance, el mantenimiento y la observancia de los derechos relativos a las marcas y es, por tanto, de vital importancia para la 'protección' efectiva de una marca 'tal cual es'". Honduras añade que la "capacidad para ejercer el derecho a la 'prote[cción] tal cual es' depende intrínsecamente de la capacidad de los titulares de las marcas de fábrica o de comercio para utilizar sus marcas tras su registro".[4071]

7.1750. Honduras no comprende de qué modo el argumento de Australia de que los tratados administrados por la OMPI, como el Convenio de París, no establecían normas sustantivas de protección de los derechos de propiedad intelectual es pertinente para su alegación, puesto que no aduce que las "normas sustantivas" previstas en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* incluyan el "derecho de uso". Honduras añade que "Australia parece no tener en cuenta una diferencia importante entre el Convenio de París, en tanto instrumento jurídico independiente administrado por la OMPI, y el Acuerdo sobre los ADPIC, que incorpora algunos elementos de este Convenio (pero no todos). Estos dos tratados distintos tienen órganos administrativos, contextos y objeto y

[4066] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 295-296. Australia hace referencia a la carta dirigida por L. Baeumer, Director del Departamento de Derecho de Propiedad Industrial de la OMPI, a R. Oman, de Mudge, Rose, Guthrie, Alexander and Ferdon (31 de agosto de 1994), Nº Bates 515446013-515446015 (Carta de L. Baeumer, OMPI) (Prueba documental AUS-235), página 3:

> Cabe señalar que el párrafo A del artículo 6quinquies no se refiere a la cuestión del uso, sino a la obligación que tiene todo país que sea parte en el Convenio de París de admitir para su depósito y proteger (frente a la infracción por terceros) una marca ya registrada en el país de origen. ... El párrafo B del artículo 6*quinquies* no implica que el uso de una marca de fábrica o de comercio registrada de conformidad con el artículo 6quinquies no pueda ser objeto de una limitación o prohibición por otros motivos previstos en leyes distintas de la legislación sobre marcas de fábrica o de comercio.

[4067] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 296 (las cursivas son de Australia) (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 146).

[4068] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 297.

[4069] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 377 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 61; y *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 81).

[4070] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 20. (las cursivas figuran en el original)

[4071] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 378.

fines diferentes; por lo tanto, su interpretación puede dar lugar a resultados diferentes". A juicio de Honduras, "[e]l hecho de que el vínculo entre el 'uso' y 'el nivel mínimo de protección de los derechos de propiedad intelectual garantizado a nivel internacional' pueda haber sido más débil en el marco del Convenio de París no significa que ese vínculo siga siendo igual tras la creación del marco de los ADPIC". Por consiguiente, Honduras aduce que, a efectos de la OMC, el sentido de las obligaciones establecidas en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París debe interpretarse en el contexto de otras disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC, y del objeto y fin de este Acuerdo.[4072]

7.1751. Australia considera que en la alegación de Honduras hay una contradicción fundamental, puesto que "[n]o puede ser que Honduras siga interpretando que el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* impone a los Miembros la obligación de *asegurarse* de que los titulares de marcas de fábrica o de comercio puedan utilizar sus marcas, y al mismo tiempo reconozca que los titulares de marcas de fábrica o de comercio no tienen ningún derecho positivo a usar esas marcas".[4073]

7.1752. Australia sostiene que su interpretación del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* se basa en el texto claro de esta disposición, interpretado de conformidad con la Convención de Viena, y es congruente con las opiniones del Órgano de Apelación y de la OMPI. Varios terceros se han mostrado expresamente de acuerdo con la interpretación de Australia[4074], mientras que ningún tercero ha apoyado la alegación de Honduras. Australia añade que su interpretación también parece estar respaldada por un experto en que se apoya Honduras, el Profesor Dinwoodie[4075]; por Cuba[4076]; y, aparentemente, incluso por la propia Honduras.[4077]

7.1753. Australia sostiene que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, por el que se incorpora el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París.[4078]

7.3.1.3 Principales argumentos de los terceros

7.1754. Nueva Zelandia está de acuerdo con la interpretación que hace Australia del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París, incorporado al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4079]

7.1755. Singapur aduce que el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* trata de la forma de una marca de fábrica o de comercio. Obliga a los Miembros a admitir para su depósito y protección "tal cual es" toda marca de fábrica o de comercio que esté regularmente registrada en otro país, salvo que se cumplan las condiciones indicadas en el artículo. Las medidas TPP no afectan a la capacidad

[4072] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 379. (no se reproduce la nota de pie de página)
[4073] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 19. (las cursivas figuran en el original)
[4074] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 21 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 14-15; a la comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 11; y a la declaración de Sudáfrica en calidad de tercero, párrafos 3.1-3.2).
[4075] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 21. Australia observa que el experto de Ucrania, Profesor Dinwoodie, sostiene que "el contexto global, con inclusión de la ausencia de toda garantía general de los derechos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio, parece indicar que las disposiciones del Convenio de París relativas al registro no expresaban el derecho a usar una marca". *Ibid*., párrafo 21, nota 20 (donde se cita el informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1), párrafo 47).
[4076] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 21. Australia recuerda que, en su respuesta a la pregunta 93 del Grupo Especial, Cuba señaló que el artículo 6*quinquies* del Convenio de París y el párrafo 2 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, por una parte, y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, por otra, tratan diferentes aspectos del ciclo de vida de una marca (es decir, el registro *vs*. el uso). A juicio de Australia, Cuba, por tanto, parece estar de acuerdo en que el artículo 6*quinquies* se ocupa del registro y *no* del *uso* de una marca de fábrica o de comercio. *Ibid.*, párrafo 21, nota 21.
[4077] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 21. Australia se remite a la respuesta de Honduras a la pregunta 93 del Grupo Especial: "Los artículos 6*quinquies*/15 y 20 se ocupan de aspectos distintos del ciclo de vida de una marca de fábrica o de comercio (es decir, el registro inicial *vs*. el uso actual)". *Ibid.*, párrafo 21, nota 22. Australia se remite también a la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 146: "los tratados administrados por la OMPI no establecían normas sustantivas de protección de los derechos de propiedad intelectual". *Ibid.*
[4078] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 22.
[4079] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 14.

del titular de una marca de fábrica o de comercio para registrar su marca de fábrica o de comercio en su forma original.[4080] Singapur considera que el término "protegida" que figura en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* se refiere a la protección conferida como resultado del registro de una marca de fábrica o de comercio. El párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* en sí no se ocupa de la naturaleza de la protección que se deriva del registro, ni obliga a los Miembros a conceder a los titulares de las marcas de fábrica o de comercio un "derecho de uso" con respecto a sus marcas.[4081] Singapur también observa que la OMPI ha indicado que "[e]l Convenio de París no contiene ninguna obligación en el sentido de que deba permitirse el uso de una marca de fábrica o de comercio registrada".[4082] En la medida en que Honduras aduce que la imposibilidad de utilizar una marca de fábrica o de comercio invalida la protección garantizada por el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*, Singapur sostiene que el argumento carece de fundamento a tenor del artículo 28 de la Ley TPP, que permite que se registre o mantenga una marca de fábrica o de comercio relativa al tabaco y, en consecuencia, que esta sea protegida "tal cual es".[4083] Singapur concluye que, como las medidas TPP no impiden el registro, el mantenimiento o la protección de una marca de fábrica o de comercio en su forma original, las medidas no infringen el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que incorpora el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967).[4084]

7.1756. Sudáfrica sostiene que el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, dispone que un Miembro no puede denegar el registro de una marca de fábrica o de comercio que esté registrada en el territorio de otro Miembro sobre la base de su forma; no se centra en el "uso" de las marcas de fábrica o de comercio, sino en su registro y validez, y no confiere a los titulares de las marcas un "derecho de uso" positivo. "Una marca de fábrica o de comercio registrada de conformidad con el artículo 6*quinquies* puede ser objeto de una limitación o prohibición por otros motivos previstos en leyes distintas de la legislación sobre marcas de fábrica o de comercio".[4085]

7.1757. El Uruguay solicita al Grupo Especial que rechace las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967).[4086]

7.3.1.4 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1758. Recordamos que el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) reza como sigue:

> Toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen será admitida para su depósito y protegida tal cual es en los demás países de la Unión, salvo las condiciones indicadas en el presente artículo. Estos países podrán, antes de proceder al registro definitivo, exigir la presentación de un certificado de registro en el país de origen, expedido por la autoridad competente. No se exigirá legalización alguna para este certificado.

7.1759. Así pues, el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC por la remisión hecha en el párrafo 1 de su artículo 2, exige a los Miembros de la OMC[4087] que

[4080] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 9 (donde se hace referencia al artículo 28 de la Ley TPP).
[4081] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 11 (donde se hace referencia a la carta de L. Baeumer, OMPI (Prueba documental AUS-235), página 3; y a Carvalho, tercera edición, fragmentos presentados por Australia (Prueba documental AUS-236), página 233).
[4082] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 11 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 246).
[4083] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 12.
[4084] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 13.
[4085] Declaración de Sudáfrica en calidad de tercero, párrafos 3.1-3.2.
[4086] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 107.
[4087] En consonancia con la jurisprudencia anterior de la OMC, entendemos que la referencia que se hace en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) a los países de la Unión de París en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC alude a los Miembros de la OMC, y la referencia a los nacionales de esos países alude a los nacionales de los demás Miembros de la OMC, como se definen en el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 132.

admitan para su depósito y protejan "tal cual es" (o en el texto original francés, "*telle quelle*"[4088]) toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen, salvo que se cumplan las condiciones indicadas en el artículo 6*quinquies*.

7.1760. Como observó el Órgano de Apelación, el Convenio de París (1967) establece dos formas en que el nacional de un país de la Unión de París puede obtener el registro de una marca de fábrica o de comercio en un país de esa Unión que no sea el país de origen del solicitante: una es mediante el registro con arreglo al artículo 6 del Convenio de París (1967), y la otra es mediante el registro con arreglo al artículo 6*quinquies* del mismo Convenio.[4089]

7.1761. El párrafo 1) del artículo 6 establece la norma general, consistente en que cada país de la Unión de París tiene derecho a determinar en su legislación nacional las condiciones de depósito y de registro de las marcas de fábrica o de comercio.[4090] Sin embargo, el artículo 6 no es la única forma de registrar una marca de fábrica o de comercio en otro país. Si el solicitante ha registrado regularmente una marca de fábrica o de comercio en su país de origen, "el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* establece otra forma de hacer que se proteja esa marca de fábrica o de comercio en otros países de la Unión de París".[4091]

7.1762. La prescripción establecida en el artículo 6*quinquies* es que la marca de fábrica o de comercio en cuestión sea "admitida para su depósito y protegida tal cual es" en los demás países de la Unión de París. El Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones* constató que "[e]l sentido corriente de la expresión '*as is*' (tal cual), interpretada en su contexto, sentido confirmado por la historia de la negociación, indica que el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* trata de *la forma de la marca de fábrica o de comercio*: las marcas de fábrica o de comercio regularmente registradas en un país, aun cuando no cumplan las disposiciones de la legislación nacional de un Miembro sobre la forma admisible de las marcas, tienen que ser aceptadas para su depósito y su protección en otro país".[4092] El Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que "el artículo 211(a)(1) no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, interpretado en el contexto del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967)".[4093]

7.1763. Como se describe con más detalle *supra*[4094], las medidas TPP regulan el aspecto de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco, de diversas formas.[4095] Con respecto al empaquetado para la venta al por

[4088] El párrafo 1) C) del artículo 29 del Convenio de París (1967) dispone lo siguiente: "En caso de controversia sobre la interpretación de los diversos textos, hará fe el texto francés".

[4089] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 130.

[4090] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 132.

[4091] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 134.

[4092] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 8.83. (sin cursivas en el original)

[4093] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 148 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos- Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 8.89).

[4094] Véase la sección 2.1.2 *supra*.

[4095] Observamos que la repercusión de las medidas TPP varía en función de los distintos tipos de marcas de fábrica o de comercio o de los elementos que las integran. A efectos de sus alegaciones en el marco de diversas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, los reclamantes (empleando términos un tanto diferentes) han dividido en general las marcas de fábrica o de comercio en las siguientes categorías: i) marcas verbales; ii) marcas figurativas (o marcas de diseño, marcas de imagen, marcas dispositivo); y iii) marcas compuestas (o marcas combinadas, combinaciones de marcas). Hemos utilizado las mismas categorías a efectos de nuestro análisis en el marco de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC invocadas por los reclamantes. Esas categorías guardan relación con la práctica general en materia de marcas de fábrica o de comercio, aunque en efecto la terminología varía y las opiniones sobre los límites entre las categorías también pueden diferir. Una "marca verbal" se registra cuando el contenido textual como tal se considera susceptible de ser protegido como marca de fábrica o de comercio, y se registra y se protege con independencia del tipo de letra o la forma de presentación. Otras marcas de fábrica o de comercio pueden combinar contenido textual y gráfico. En consecuencia, cuando se presenta con un tipo de letra estilizado distintivo, una marca verbal también puede ser considerada distintiva sobre la base del contenido figurativo adicional ("marca verbal estilizada"). Por ello, puede ocurrir que un término se registre por separado como simple marca verbal y en cuanto material textual presentado con el tipo de letra específico y distintivo empleado por el titular de la

menor de productos de tabaco, las medidas TPP permiten el uso de marcas verbales que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, siempre que se presenten de la forma prescrita por el Reglamento TPP. Prohíben el uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas. Respecto de los productos de tabaco, las medidas TPP prohíben el uso de toda marca de fábrica o de comercio en los cigarrillos. En cuanto a las vitolas, permiten el uso de marcas de fábrica o de comercio que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, así como el país de origen, siempre que se presenten en la forma prescrita por el Reglamento TPP.

7.1764. Entendemos que Honduras y Cuba, por referencia, no alegan que Australia no admita para su depósito "tal cual es" toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen. Sus alegaciones atañen más bien a lo que a su entender es "el segundo aspecto de esta disposición"[4096], a saber, la obligación de proteger esa marca de fábrica o de comercio "tal cual es".[4097] Honduras afirma que la obligación de ofrecer "protección", en el sentido del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*, implica necesariamente asegurarse de que los titulares de las marcas de fábrica o de comercio puedan utilizar sus marcas.[4098] Posteriormente, Honduras aclaró que no aduce que los términos del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* creen un "derecho de uso", sino que la capacidad para utilizar una marca de fábrica o de comercio es parte integrante de la existencia, la adquisición, el alcance, el mantenimiento y la observancia de los derechos relativos a las marcas y es, por tanto, de vital importancia para la "protección" efectiva de una marca "tal cual es".[4099] Como las medidas TPP prohíben el uso de marcas de fábrica o de comercio compuestas y figurativas en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco en su forma original, Honduras sostiene que Australia no "protege" esas marcas "tal cual son".[4100] Australia responde que el término "protegida" hace referencia a la protección que "puede o no derivarse del registro de una marca de fábrica o de comercio en su forma original". El párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*, prosigue Australia, "no establece normas mínimas con respecto a la *naturaleza* de la protección que se puede conferir como resultado del registro".[4101]

7.1765. Señalamos que la obligación que incumbe a un Miembro conforme al párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* es "admiti[r] para su depósito y proteg[er] tal cual es" toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen. La simple lectura del texto indica que la obligación consiste en ofrecer una forma de obtener el registro de la marca de fábrica o de comercio y la protección resultante del registro. A nuestro modo de ver, del texto se deduce que el término "protegida" se refiere a la protección que se deriva del registro de un signo como marca de fábrica o de comercio en la jurisdicción en la que se obtiene el registro conforme a las prescripciones del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*. Observamos que el término "protegida" que figura en dicho párrafo en sí mismo no proporciona ninguna orientación acerca de qué debería comprender la protección que se deriva del registro en el marco de la legislación nacional. En particular, no hallamos en los términos del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* ningún elemento que respalde una norma sustantiva mínima relativa a los derechos que los Miembros de la OMC estarían obligados a otorgar al titular de una marca de fábrica o de comercio que haya sido registrada conforme a las prescripciones del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*.[4102]

7.1766. Esta interpretación se ve respaldada por el contexto inmediato del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*. Como se indica *supra*, el Convenio de París (1967) establece dos formas en que el nacional de un país de la Unión de París puede obtener el registro de una marca de fábrica o de comercio en un país de esa Unión que no sea el país de origen del solicitante: mediante el registro con arreglo al artículo 6 del Convenio de París (1967), o mediante el registro con arreglo

marca. Un logotipo sin contexto textual es simplemente una "marca figurativa". Una "marca compuesta" incluye tanto material textual como elementos figurativos.

[4096] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 263.

[4097] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 377.

[4098] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 266.

[4099] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 378.

[4100] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 267.

[4101] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 20. (las cursivas figuran en el original)

[4102] Esta lectura es acorde con el enfoque en que se basa el Convenio de París (1967), que en sí mismo no define el alcance de la protección sustantiva de una marca de fábrica o de comercio, salvo en algunos casos especiales. A este respecto, nos remitimos al análisis que realizamos en el párrafo 7.1906 *infra*.

al artículo 6*quinquies* del mismo Convenio.[4103] Además, observamos que la obligación establecida en la primera frase del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* se aplica "salvo las condiciones indicadas en el presente artículo". El párrafo B del artículo 6*quinquies* prevé diversos motivos por los que una marca de fábrica o de comercio regulada por ese artículo puede ser "rehusada para su registro" o "invalidada". Los párrafos C a F del artículo 6*quinquies* también se ocupan de diversos aspectos del registro, como la renovación del registro y la prioridad. Ninguna de esas condiciones guarda relación con los derechos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio que haya sido registrada conforme al párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*.

7.1767. Honduras sostiene que la interpretación de Australia de que la "protección" en el sentido del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* "se deriva del registro de una marca de fábrica o de comercio" hace inútil o redundante la expresión "protegida tal cual es" y es, por tanto, incompatible con el principio de interpretación efectiva de los tratados.[4104] Recordamos la interpretación que hemos expuesto *supra* de que el término "protegida" que figura en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* hace referencia a la protección en el marco de la legislación nacional que se deriva del registro de un signo como marca de fábrica o de comercio. Así pues, la expresión "protegida tal cual es" explicita que los Miembros deben no solo admitir esas marcas de fábrica o de comercio de los demás Miembros para su registro con arreglo a las condiciones determinadas por la disposición, sino también otorgarles la protección que se deriva de ese registro en el marco de su legislación nacional. A nuestro juicio, esta lectura da sentido y efecto a la expresión "protegida tal cual es" y no la hace inútil o redundante, puesto que la etapa del registro de un signo constituye la base de su consiguiente protección jurídica como marca de fábrica o de comercio registrada.

7.1768. Nuestra interpretación también es congruente con el objeto y fin del artículo 6 y del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), que es establecer y, por tanto, asegurar, dos formas de obtener el registro de una marca de fábrica o de comercio en un país de la Unión de París.[4105]

7.1769. Consideramos que esta interpretación es congruente asimismo con la propia descripción general que hace Honduras de la protección jurídica de las marcas de fábrica o de comercio en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, en el contexto de la cual sostiene que "varios países desarrollados consideraban que el sistema de la OMPI era imperfecto, porque, entre otras cosas, los tratados administrados por la OMPI no establecían normas sustantivas de protección de los derechos de propiedad intelectual".[4106]

7.1770. No obstante, en el contexto de esta alegación, Honduras mantiene que el Convenio de París y el Acuerdo sobre los ADPIC son dos tratados distintos que "tienen órganos administrativos, contextos y objeto y fines diferentes; por lo tanto, su interpretación puede dar lugar a resultados diferentes". Honduras sostiene que "[e]l hecho de que el vínculo entre el 'uso' y 'el nivel mínimo de protección de los derechos de propiedad intelectual garantizado a nivel internacional' pueda haber sido más débil en el marco del Convenio de París no significa que ese vínculo siga siendo igual tras la creación del marco de los ADPIC. Sin lugar a dudas, a partir de la creación del Acuerdo sobre los ADPIC, ha evolucionado el alcance de los derechos de propiedad intelectual garantizados a nivel internacional, es decir, de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio".[4107] A este respecto, Honduras aduce que la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC ofrece un contexto útil para interpretar el término "protección" en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967). Afirma que las nociones de existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia a que se refiere la nota 3 tienen un denominador común subyacente, a saber, el "uso" de una marca de fábrica o de comercio. Según Honduras, "una medida que prohíbe el uso de marcas de fábrica o de comercio no puede caracterizarse como una medida que protege las marcas de fábrica o de comercio".[4108]

7.1771. La nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC reza como sigue:

[4103] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 130.

[4104] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 377. Para un análisis del principio de interpretación efectiva de los tratados, véase el párrafo 7.2022 *infra*.

[4105] Véase la explicación que figura en el párrafo 7.1760 *supra*.

[4106] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 146.

[4107] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 379. (no se reproduce la nota de pie de página)

[4108] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 264. (subrayado en el original)

> A los efectos de los artículos 3 y 4, la "protección" comprenderá los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente este Acuerdo.

7.1772. Por sus propios términos, la nota 3 define el término "protección" a los efectos de las obligaciones de trato nacional y trato NMF previstas en los artículos 3 y 4 del Acuerdo sobre los ADPIC. El Grupo Especial encargado del asunto *Indonesia - Automóviles* explicó que, "[c]omo queda claro en la nota a pie de página al artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, la regla del trato nacional que figura en dicho artículo no se aplica al uso de los derechos de propiedad intelectual en general sino únicamente a 'los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente este Acuerdo'".[4109] En ese contexto, su finalidad expresa es definir el alcance de las obligaciones de trato nacional y trato NMF relativas a los derechos de propiedad intelectual, y no definir el alcance de los derechos como tales. Las normas sustantivas relativas a los derechos otorgados a los titulares de marcas de fábrica o de comercio se definen en otra parte del Acuerdo. No estamos de acuerdo con Honduras en que deba interpretarse que la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC cumple una función adicional más allá de esta finalidad expresa, de modo que amplía el sentido del término "protegida" que figura en el Convenio de París (1967) hasta abarcar unos derechos sustantivos mínimos que los Miembros estarían obligados a conferir al titular de una marca ni, en concreto, en que esos derechos mínimos deberían incluir "un mínimo de uso de las marcas de fábrica o de comercio" o la "capacidad para utilizar una marca de fábrica o de comercio".[4110] No vemos fundamento alguno para combinar el alcance de las obligaciones de trato nacional y trato NMF con el alcance, definido por separado, de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio otorgados en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.1773. Honduras indica que la interpretación del artículo 6*quinquies* en el contexto del Convenio de París e incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC "puede dar lugar a resultados diferentes".[4111] Con respecto a la interpretación de las disposiciones de los tratados preexistentes incorporadas por remisión al Acuerdo sobre los ADPIC, señalamos que, como observó el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, "uno de los principios generales de la interpretación es adoptar el sentido que hace concordar los textos de los diversos tratados y evita un conflicto entre ellos. En consecuencia, se debe evitar una interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC en la cual este signifique algo distinto del Convenio de Berna, salvo cuando la distinción se haya establecido de manera explícita".[4112] A nuestro juicio, esta afirmación, que se hizo en relación con las disposiciones del Convenio de Berna (1971) incorporadas al Acuerdo sobre los ADPIC, se aplica igualmente a la interpretación de las disposiciones del Convenio de París (1967) incorporadas al Acuerdo sobre los ADPIC. Los grupos especiales de solución de diferencias y el Órgano de Apelación han interpretado sistemáticamente el sentido de las disposiciones pertinentes de los Convenios de París y de Berna incorporadas al Acuerdo sobre los ADPIC, e incluso de determinadas disposiciones del propio Acuerdo sobre los ADPIC[4113], remitiéndose al sentido que tienen en esos convenios.[4114] No hay en el texto del Acuerdo sobre los ADPIC indicación alguna de que los negociadores desearan modificar el contenido del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) al incorporarlo, por remisión, en el Acuerdo sobre los ADPIC. Al no haber ninguna indicación en contrario, no tenemos fundamento para suponer que la incorporación de esa disposición tuviera por objeto hacer referencia a algo distinto de su contenido tal como está reflejado en el Convenio de París (1967). Por consiguiente, tampoco vemos fundamento alguno para interpretar que significa distinto a lo que significa en

[4109] Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.275.

[4110] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 374.

[4111] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 379. (no se reproduce la nota de pie de página)

[4112] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, párrafo 6.66.

[4113] El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos* observó que el artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC se basaba en el texto del párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna, y examinó la historia de la redacción de esta última disposición para confirmar su interpretación de la primera disposición. Informe del Grupo Especial, *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*, párrafos 7.70-7.72. Véanse también los párrafos 7.1909-7.1911 *infra*, en los que se señala que el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC está basado en el artículo 7 del Convenio de París (1967).

[4114] Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafos 145-146; el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafos 8.81-8.82; y el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, párrafos 6.48-6.59 y 6.72-6.73.

dicho Convenio. Cabe señalar que el Órgano de Apelación, en su extenso análisis del artículo 6*quinquies*[4115], examinó esta disposición en el contexto del propio Convenio de París y citó un comentario ordinario sobre el Convenio de París[4116] al establecer su alcance. Habida cuenta de estos antecedentes, no estamos de acuerdo con Honduras en que las disposiciones del artículo 6*quinquies* incorporadas al Acuerdo sobre los ADPIC deban interpretarse de modo diferente a como se interpretan en el contexto del Convenio de París (1967).

7.1774. Concluimos que Honduras y Cuba no han demostrado que, como resultado de las medidas TPP, Australia no "admit[a] para su depósito y prote[ja] tal cual es" toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen, en el sentido del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967). Por lo que respecta al funcionamiento de la Ley TPP, observamos que, como se explica en el Memorándum explicativo relativo a dicha Ley, el artículo 28 "preserva la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio para protegerla y para registrarla y mantener su registro".[4117] Como se ha señalado *supra*, entendemos que los reclamantes no alegan que, como resultado de las medidas TPP, un nacional de otro Miembro de la OMC no podría obtener el registro de una marca de fábrica o de comercio en Australia con arreglo a las condiciones determinadas por el artículo 6*quinquies*.[4118] En cuanto al sentido de la expresión "protegida tal cual es", recordamos nuestra interpretación de que dicha expresión explicita que los Miembros deben no solo admitir las marcas de fábrica o de comercio pertinentes de los demás Miembros para su registro con arreglo a las condiciones determinadas por el artículo 6*quinquies*, sino también otorgarles la protección que se deriva de ese registro en el marco de su legislación nacional.[4119] Los reclamantes no han demostrado que una marca de fábrica o de comercio registrada en Australia de conformidad con el artículo 6*quinquies* no sería "protegida tal cual es" en el sentido del párrafo A 1) de dicho artículo, es decir, que Australia no ofrecería a esa marca de fábrica o de comercio la protección que se deriva del registro en el marco de su legislación nacional. Por tanto, concluimos también que las medidas TPP no constituyen un incumplimiento de las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* de admitir para su depósito y proteger tal cual es toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen en el sentido de dicha disposición por la razón de que restringen el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco.

7.1775. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que Honduras y Cuba no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967).

7.3.2 Párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.1776. Nos ocuparemos ahora de las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 4 del artículo 15 está incluido en la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC relativa a las marcas de fábrica o de comercio y forma parte del artículo 15, titulado "Materia objeto de protección".

7.1777. El párrafo 4 del artículo 15 dice lo siguiente:

> La naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no será en ningún caso obstáculo para el registro de la marca.

7.1778. Honduras, la República Dominicana, Cuba, por referencia[4120], e Indonesia alegan que las medidas TPP infringen el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC porque constituyen

[4115] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafos 122-148.
[4116] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 138. El Órgano de Apelación también citó una publicación de la OMPI de 1983 en la que se reseñaba la historia de la negociación del Convenio de París. *Ibid.*, párrafo 146.
[4117] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 15.
[4118] Véase el párrafo 7.1764 *supra*.
[4119] Véase el párrafo 7.1767 *supra*.
[4120] Véase la nota 4054 *supra*.

un obstáculo para el registro de las marcas de fábrica o de comercio basado en la naturaleza del producto al que se aplicarían.

7.1779. Australia solicita al Grupo Especial que rechace estas alegaciones en su totalidad.

7.1780. Presentamos primero un panorama general de las alegaciones y los argumentos de las partes y de los principales argumentos de los terceros, para luego exponer nuestro enfoque del examen de estas alegaciones y abordarlas.

7.3.2.1 Principales argumentos de las partes

7.1781. Honduras aduce que si un Miembro exige el uso para registrar signos que no sean intrínsecamente distintivos, pero al mismo tiempo restringe la posibilidad de que el solicitante de una marca de fábrica o de comercio use el signo en un producto determinado (y no en otros productos), únicamente a causa de la naturaleza de los productos, el Miembro ha infringido el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, leído en el contexto del párrafo 1 del artículo 15.[4121] En su opinión, en Australia, la naturaleza de los productos (*in casu* los productos de tabaco) constituye un obstáculo fundamental para registrar una marca de fábrica o de comercio, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 15.[4122]

7.1782. Honduras señala que en virtud de las medidas TPP, se puede usar en los productos de tabaco una marca verbal no intrínsecamente distintiva de manera que adquiera carácter distintivo mediante su uso. Sin embargo, no está permitido hacer uso de una marca gráfica no intrínsecamente distintiva, como un logotipo, en un producto de tabaco, por lo que nunca podrá adquirir carácter distintivo mediante su uso.[4123] Por consiguiente, un solicitante no podría demostrar que una marca no verbal no intrínsecamente distintiva distingue en efecto el producto en la mente de los consumidores en el sentido del artículo 41 de la Ley TM, y no se le permitiría registrarla como marca de fábrica o de comercio. Este obstáculo para el registro es debido únicamente a la naturaleza del producto, a saber, los productos de tabaco.[4124]

7.1783. Honduras añade que es importante señalar que, en la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15, se reconoce que los signos susceptibles de registro pueden ser intrínsecamente distintivos o no intrínsecamente distintivos, pero son capaces de adquirir carácter distintivo mediante su uso. La alegación formulada por Honduras al amparo del párrafo 4 del artículo 15 se refiere a los obstáculos que se imponen al registro de las marcas de fábrica o de comercio comprendidas en esta última categoría de signos.[4125]

7.1784. Honduras aduce además que el artículo 28 de la Ley TPP no subsanó los efectos negativos de las medidas TPP en la capacidad de los solicitantes de registrar marcas de fábrica o de comercio no distintivas.[4126] Aduce que, si bien el artículo 28 de la Ley TPP principalmente resguarda de la pérdida del registro o de la protección que de otro modo podría haberse derivado de la prescripción de hacer un uso efectivo de la marca de fábrica o de comercio para mantener el registro y la protección[4127], no aborda la obligación fundamental prescrita por el derecho de marcas australiano, a saber, el artículo 41(3) de la Ley TM, de proteger como marcas de fábrica o de comercio únicamente los signos que sean distintivos.[4128]

7.1785. La República Dominicana aduce que cuando un Miembro, como Australia, exige el uso para el registro de un signo no intrínsecamente distintivo, pero impide o restringe severamente el uso de ese signo con respecto a determinados tipos de productos, pero no otros, el Miembro crea "un obstáculo para el registro de" una marca de fábrica o de comercio que es debido a la "naturaleza del producto". Tal régimen jurídico infringe el principio de no discriminación

[4121] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 215; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 239.
[4122] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 239.
[4123] Observaciones de Honduras sobre la pregunta 27 del Grupo Especial.
[4124] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 205.
[4125] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 188.
[4126] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 214.
[4127] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 244.
[4128] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 244.

establecido en el párrafo 4 del artículo 15 porque, con respecto al registro de signos no intrínsecamente distintivos, discrimina sobre la base de la naturaleza del producto.[4129]

7.1786. La República Dominicana aduce que el párrafo 4 del artículo 15 es una forma de obligación de no discriminación que impide a los Miembros, al registrar marcas de fábrica o de comercio, discriminar sobre la base de la naturaleza o el tipo de bien o servicio que la marca distinguirá.[4130] En virtud de las medidas TPP, queda prohibido o restringido en gran medida el uso de todo signo en los productos de tabaco. Como consecuencia de ello, no se da la oportunidad de que un signo que no sea intrínsecamente distintivo respecto de los productos de tabaco alcance un carácter distintivo mediante su uso (con excepción de las marcas verbales) y, en consecuencia, no existe la posibilidad de registrar dichos signos como marca para productos de tabaco.[4131] La República Dominicana aduce que, puesto que este obstáculo se aplica precisamente debido a la "naturaleza" de los productos por ser productos de tabaco[4132], Australia ha infringido el párrafo 4 del artículo 15 porque las medidas TPP discriminan contra el registro de signos no intrínsecamente distintivos como marcas de fábrica o de comercio para los productos de tabaco.[4133]

7.1787. Cuba, por referencia, incorpora los argumentos relativos al párrafo 4 del artículo 15 formulados por Honduras, la República Dominicana, Indonesia y Ucrania.[4134] Cuba aduce, por referencia a la primera comunicación escrita de Ucrania que, cuando una medida hace que sea imposible que los signos que no sean intrínsecamente distintivos adquieran carácter distintivo y, por tanto, que cumplan el requisito básico que condiciona el registro como marca de fábrica o de comercio debido a la naturaleza del producto, se ha creado un obstáculo para el registro de la marca, en infracción del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4135] Por tanto, las medidas TPP actúan como un obstáculo ilícito para el registro y la protección de marcas no verbales y marcas verbales estilizadas que han de aplicarse a productos de tabaco.[4136]

7.1788. Cuba aduce también que si la posibilidad de poder acogerse a la protección prevista en el párrafo 1 del artículo 16, o a la protección ampliada prevista en el párrafo 3 del artículo 16, se reduce, restringe o elimina imponiendo limitaciones al uso de la marca de fábrica o de comercio protegida sobre la base de la naturaleza de los productos en relación con los cuales se usará la marca -a pesar de que siguen siendo productos de tal naturaleza que pueden venderse y suministrarse lícitamente en el curso de operaciones comerciales-, el principio rector del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC se ha infringido.[4137] Como apoyo, precisa que el término "registro" puede leerse también de un modo más sustantivo en el sentido de que abarca necesariamente los derechos derivados del acto administrativo del registro.[4138] El párrafo 4 del artículo 15 confirma que las marcas de fábrica o de comercio deben examinarse y protegerse independientemente del bien o servicio al que han de aplicarse[4139], e impide que las leyes nacionales establezcan un sistema de protección diferente para las marcas de productos de tabaco en comparación con otros productos.[4140] Cuba aduce que, como resultado de las medidas TPP, Australia otorga una protección menor en el marco de los párrafos 1 y 3 del artículo 16, así como en el marco de su legislación nacional, -que sobrepasa los derechos mínimos garantizados por el

[4129] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 283.
[4130] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 277.
[4131] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 52.
[4132] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 293.
[4133] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 294.
[4134] Como se señala en la nota 4054 *supra*, Cuba incorpora por referencia las alegaciones y argumentos presentados en las primeras comunicaciones escritas de la República Dominicana, Honduras, Indonesia y Ucrania. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428. Puesto que hemos expuesto separadamente los argumentos pertinentes de los otros reclamantes, en los dos párrafos siguientes solo resumiremos los argumentos principales que se han incorporado de Ucrania.
[4135] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 201).
[4136] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 188).
[4137] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 201).
[4138] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (las comillas no figuran en el original) (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 187).
[4139] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 179).
[4140] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 216).

Acuerdo sobre los ADPIC- a las marcas relativas al tabaco en comparación con las marcas no relacionadas con el tabaco, únicamente a causa de la naturaleza de los productos. Las medidas TPP actúan por tanto como un obstáculo ilícito para el registro y la protección de marcas no verbales y marcas verbales estilizadas que han de aplicarse a los productos de tabaco[4141], en incumplimiento de la obligación de Australia de conferir protección a las marcas de fábrica o de comercio en los mismos términos y condiciones no obstante la naturaleza del producto.[4142]

7.1789. Indonesia aduce que cuando un Miembro exige el uso previo para poder registrar marcas que no sean intrínsecamente distintivas, como ha hecho Australia, pero al mismo tiempo restringe la posibilidad de que el solicitante de una marca de fábrica o de comercio utilice un signo relativo a una clase de productos determinada a fin de que adquiera carácter distintivo, infringe el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4143] Indonesia explica que, con excepción de las marcas verbales simples, las medidas TPP impiden que las marcas para productos de tabaco que no sean intrínsecamente distintivas adquieran carácter distintivo mediante su uso, lo cual se exige expresamente para el registro en la legislación australiana. El registro de las marcas no intrínsecamente distintivas en Australia, por consiguiente, depende de la naturaleza del producto al que se aplicarán[4144], lo que infringe el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4145]

7.1790. Si bien admite que el párrafo 4 del artículo 15 no crea un derecho a usar una marca de fábrica o de comercio, Indonesia aduce que cuando un Miembro decide supeditar al uso la posibilidad de registro de las marcas de fábrica o de comercio, está obligado, conforme al párrafo 4 del artículo 15, a no prohibir el uso de tales marcas de fábrica o de comercio sobre la base de la naturaleza del producto al que se aplique. Según admite la propia Australia, las medidas TPP restringen completamente el uso de marcas de fábrica o de comercio que no sean intrínsecamente distintivas sobre la base de la naturaleza de los productos a los que se aplican, lo que impide que puedan ser registrados como marcas de fábrica o de comercio, en infracción del párrafo 4 del artículo 15.[4146] Indonesia señala que el artículo 28 de la Ley TPP no es un remedio, ya que no ofrece una oportunidad de registro a las marcas no intrínsecamente distintivas que se desarrollen en un futuro.[4147]

7.1791. Australia aduce que el artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC impone ciertas limitaciones a las facultades que tiene un Miembro para establecer los requisitos que han de cumplirse a fin de registrar una marca de fábrica o de comercio en su territorio. Sin embargo, el párrafo 4 del artículo 15 deja claro que un Miembro puede reglamentar un producto de forma que restrinja o prohíba el uso de una marca de fábrica o de comercio en su territorio, siempre que el Miembro no deniegue el registro de esa marca sobre la base de la naturaleza del producto".[4148] Australia afirma que los reclamantes no han acreditado *prima facie* una infracción del párrafo 4 del artículo 15, ya que no han demostrado que, en virtud de las medidas TPP, Australia no registre marcas de fábrica o de comercio sobre la base de la naturaleza del producto de que se trate.[4149]

7.1792. Australia señala el argumento formulado por los reclamantes de que al impedir el uso de determinados "signos" no intrínsecamente distintivos, las medidas TPP impiden que tales signos adquieran carácter distintivo mediante su uso y, por lo tanto, constituyen un "obstáculo para el registro" de estos signos como marcas de fábrica o de comercio. Australia alega que los reclamantes confunden los conceptos de "signos" y "marcas de fábrica o de comercio". Como se establece en el párrafo 1 del artículo 15, un signo debe ser capaz de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otra empresa a fin de "constituir una marca de fábrica o de comercio" (y, por lo tanto, de poder registrarse). Si un signo no es intrínsecamente distintivo y no ha adquirido aún un carácter distintivo mediante su uso (por el motivo que sea), simplemente no

[4141] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 188).
[4142] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 219).
[4143] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 61.
[4144] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 194.
[4145] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 200.
[4146] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 64.
[4147] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 199.
[4148] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 298-299.
[4149] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 301.

es una "marca de fábrica o de comercio"[4150] y, por consiguiente, no está comprendido en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo 15.

7.1793. Australia aduce que el párrafo 4 del artículo 15 establece que los Miembros no pueden negarse a registrar una marca de fábrica o de comercio (lo que implica necesariamente que ya debe ser capaz de distinguir bienes) sobre la base de la naturaleza del producto de que se trate. La obligación no consiste, como indican los reclamantes, en garantizar el uso de todos los signos no intrínsecamente distintivos de modo que puedan ser distintivos en el futuro y, por lo tanto, puedan constituir una marca de fábrica o de comercio que pueda registrarse.[4151]

7.1794. Australia añade que el artículo 28 de la Ley TPP asegura que el funcionamiento de la Ley TPP no impida a un titular registrar una marca de fábrica o de comercio de conformidad con la Ley TM. Además, ninguno de los reclamantes ha aportado pruebas que demuestren que no puedan registrarse marcas de fábrica o de comercio como resultado de las medidas TPP.[4152]

7.1795. Australia señala además que muchos signos son no distintivos por falta de uso y que, en la práctica, la interpretación de los reclamantes significaría que los Miembros deben garantizar el derecho de vender y publicitar productos en su territorio, con independencia de la naturaleza de esos productos, para permitir que signos no distintivos adquieran un carácter distintivo.[4153] Australia considera que la distinción que realizan los reclamantes entre reglamentación del producto y reglamentación del uso de la marca de fábrica o de comercio es "engañosa y falsa" porque las medidas TPP se implementaron "para reglamentar un producto peligroso y adictivo restringiendo su publicidad y promoción".[4154]

7.1796. Australia señala la segunda alegación formulada por Cuba, según la articuló Ucrania, de que el párrafo 4 del artículo 15 prohíbe a un Miembro ofrecer menor protección en virtud de los párrafos 1 y 3 del artículo 16, o en virtud de la legislación nacional, a determinadas marcas de fábrica o de comercio sobre la base de la naturaleza del producto al que la marca ha de aplicarse.[4155] Australia responde que la alegación se basa por entero en su afirmación de que, pese a su sentido corriente, el término "registro" puede leerse también de un modo más sustantivo en el sentido de que se refiere necesariamente a los derechos derivados del registro. El párrafo 4 del artículo 15, no obstante, solo establece que los Miembros no pueden denegar el registro de marcas de fábrica o de comercio sobre la base de la naturaleza del producto de que se trate. El párrafo 4 del artículo 15 no dice nada sobre la naturaleza de la protección que se deriva del registro. Si el párrafo 4 del artículo 15 tuviera por objetivo abarcar la naturaleza de la protección otorgada a las marcas de fábrica o de comercio como resultado del registro, los redactores lo habrían expresado claramente.[4156]

7.1797. Honduras responde que la distinción que hace Australia entre los conceptos de "marcas" y "signos" en el contexto del artículo 15 es "artificial"[4157] y "se basa en un razonamiento circular y una interpretación demasiado formalista de los términos del párrafo 4 del artículo 15, aislados de su contexto".[4158] Aduce que el párrafo 1 del artículo 15 se refiere a los signos distintivos que pueden constituir marcas de fábrica o de comercio. Tales signos pueden registrarse como marca de fábrica o de comercio, al igual que los signos no intrínsecamente distintivos que, en varias jurisdicciones, incluida Australia, adquieran el carácter distintivo necesario mediante su uso. Así pues, el artículo 15 se centra en los *signos* que tienen carácter distintivo o lo adquieren mediante su uso y por consiguiente pueden registrarse como *marcas de fábrica o de comercio*. Honduras afirma que el hecho de que se centre en los signos y en la cuestión de si estos se pueden registrar como marcas de fábrica o de comercio, sin que la naturaleza del producto al que se aplican cree un obstáculo para el registro, es procedente y compatible con el texto y el contexto del párrafo 4 del artículo 15.[4159]

[4150] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 302-303.
[4151] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 304.
[4152] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 308.
[4153] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 306.
[4154] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 307.
[4155] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 309 nota 500.
[4156] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 309 nota 500.
[4157] Declaración inicial de Honduras en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 30.
[4158] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 239.
[4159] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 239.

7.1798. La República Dominicana responde que Australia no tiene en cuenta el contexto interpretativo de la definición de marca de fábrica o de comercio que figura en el párrafo 1 del artículo 15 e interpreta el término "capaces" en el sentido de que se excluye de dicha definición.[4160] En vista del sentido corriente de la palabra "capaz", aduce la República Dominicana, los signos no intrínsecamente distintivos que tengan la capacidad de "distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas" pueden considerarse "marcas de fábrica o de comercio", según se define este término en el párrafo 1 del artículo 15. Además, el párrafo 1 del artículo 15 establece que los Miembros *podrán* supeditar la posibilidad de registro de los signos que no sean intrínsecamente distintivos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso, lo que indica que los Miembros también pueden optar por registrar signos no intrínsecamente distintivos como "marcas de fábrica o de comercio" incluso sin que hayan adquirido efectivamente un carácter distintivo mediante su uso.[4161]

7.1799. La República Dominicana busca más orientación en la sección B del artículo 6*quinquies* del Convenio de París. Aduce que, habida cuenta de que el párrafo 2) de la sección B del artículo 6*quinquies* menciona la posibilidad de rehusar el registro de las "marcas de fábrica o de comercio" que "estén desprovistas de todo carácter distintivo"[4162], el término "marca de fábrica o de comercio" abarca los signos que no sean intrínsecamente distintivos y que no hayan adquirido aún un carácter distintivo mediante su uso.[4163]

7.1800. Indonesia no está de acuerdo en que la aceptación de su posición obligaría a todos los Miembros de la OMC a permitir la publicidad y la venta de todos los productos con independencia de cuán peligrosos o adictivos puedan ser. Puesto que ninguna disposición del Acuerdo sobre los ADPIC impide la reglamentación de los productos, un Miembro podría prohibir la venta de tabaco si así lo quisiera.[4164]

7.3.2.2 Principales argumentos de los terceros

7.1801. La Argentina entiende que el artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC establece ciertas limitaciones en la capacidad de un Miembro para establecer los requisitos de elegibilidad para el registro de una marca en su territorio.[4165] Señala que el párrafo 4 del artículo 15 no se refiere al disfrute de los derechos, sino únicamente a su disponibilidad[4166], mientras que el artículo 16 define los derechos exclusivos del titular de la marca de fábrica o de comercio de una manera negativa (el derecho de excluir a otros).[4167] En su opinión, por lo tanto, el párrafo 4 del artículo 15 no se puede interpretar en el sentido de que impida que un Miembro limite o prohíba el uso de marcas de fábrica o de comercio para la comercialización de bienes o servicios sobre la base de razones de salud pública, de seguridad o de otro tipo.[4168]

7.1802. La Argentina entiende que la prohibición prevista en el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC se refiere al registro de una marca de fábrica o de comercio, mientras que la Ley TPP se refiere al uso de la marca de fábrica o de comercio registrada.[4169] Reconoce que el uso de la marca registrada es uno de los objetivos principales del registro y señala que "la nota distintiva solo cumple su finalidad en un régimen declarativo de registro, puesto que en estos casos siempre existe un uso previo y por tal razón la diferenciación ya se da. En cambio en un régimen constitutivo la nota distintiva siempre será potencial y será examinada respecto del producto o servicio a distinguir". La Argentina cree que el Grupo Especial debe tener en cuenta esta diferencia entre las dos grandes tradiciones registrales en el derecho marcario ya que en un régimen constitutivo de derechos, la distintividad nunca se dará hasta tanto se lleve a cabo el uso de la marca.[4170]

[4160] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 47.
[4161] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 280; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 48.
[4162] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 49.
[4163] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 49.
[4164] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 65.
[4165] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 21.
[4166] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 22.
[4167] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 22.
[4168] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 22.
[4169] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 24.
[4170] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 25.

7.1803. El Canadá aduce que el párrafo 4 del artículo 15 asegura que el registro de una marca de fábrica o de comercio sea independiente tanto de la categoría de los bienes o servicios como de la legalidad de los bienes o servicios en la jurisdicción (es decir, si los bienes o servicios están destinados a la venta legal).[4171] En su opinión, la disposición no se ocupa de la protección conferida por el registro de la marca ni establece un derecho a usar una marca registrada; simple y exclusivamente exige a los Miembros que no impongan obstáculos para el registro sobre la base de la naturaleza del producto o servicio. Por consiguiente, una medida solo infringirá el párrafo 4 del artículo 15 cuando se pruebe que constituye un obstáculo para el registro basado en la naturaleza del producto/servicio. De ello se desprende que, cuando una medida restrinja o impida el uso de una marca de fábrica o de comercio pero no interfiera en su registro, no habrá fundamento para que prospere una alegación formulada al amparo del párrafo 4 del artículo 15.[4172]

7.1804. El Canadá aduce además que el párrafo 4 del artículo 15 no garantiza la oportunidad, ni confiere el derecho, de adquirir carácter distintivo a los signos que no son intrínsecamente distintivos. Esto crearía un derecho a usar un signo si ese signo tiene posibilidades de convertirse en una marca de fábrica o de comercio, lo cual no es un derecho protegido en el Acuerdo sobre los ADPIC. Los argumentos y los ejemplos que presentan los reclamantes demuestran que es el propio elemento del signo (que no es distintivo), más que una medida que prohíbe el uso, lo que crea el obstáculo para el registro.[4173] Interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC en el sentido de que incluye un derecho a usar un signo o una marca de fábrica o de comercio, afirma el Canadá, tendría consecuencias insostenibles[4174], ya que dicha interpretación haría superfluos los párrafos 1 y 3 del artículo 15, que establecen que los Miembros tienen el derecho de exigir un uso previo al registro.[4175] El Canadá aduce además que tal interpretación impediría a los Miembros prohibir cualquier bien o servicio porque una prohibición entrañaría necesariamente que se impidiera el uso de signos o marcas de fábrica o de comercio asociados a los bienes/servicios prohibidos y la consiguiente imposibilidad de que los signos no intrínsecamente distintivos adquirieran carácter distintivo.[4176]

7.1805. En opinión del Canadá, los Miembros han preservado clara e inequívocamente la libertad de reglamentar en interés de la protección de la salud pública, y ello es evidente en el artículo 7 y el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y en el párrafo 4 de la Declaración de Doha sobre la Salud Pública.[4177] Por lo tanto, el párrafo 4 del artículo 15 debe interpretarse de manera que respalde el derecho de los Miembros a proteger la salud pública, y no en el sentido de que limita la facultad de los Miembros de adoptar medidas para proteger la salud pública.[4178]

7.1806. Guatemala afirma que, con arreglo a las medidas TPP impugnadas en la primera comunicación escrita de Ucrania, "el supuesto obstáculo al registro de una marca de fábrica o de comercio sería la falta de uso (de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15) pero no necesariamente la 'naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse' (de conformidad con el párrafo 4 del artículo 15)".[4179] Guatemala, por lo tanto, no cree que las medidas TPP infrinjan el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4180]

7.1807. Nueva Zelandia aduce que el párrafo 4 del artículo 15 no se refiere al disfrute de los derechos, sino únicamente a su existencia[4181], y no se puede interpretar de modo que impida que un Miembro limite o prohíba el uso de marcas de fábrica o de comercio para la comercialización de bienes o servicios sobre la base de razones de salud pública, de seguridad o de otro tipo.[4182] En su opinión, para que se dé una infracción del párrafo 4 del artículo 15, la naturaleza de los productos a los que se aplica la marca de fábrica o de comercio (incluso si los productos tienen un efecto

[4171] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 36.
[4172] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 37.
[4173] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 39.
[4174] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 40.
[4175] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 40.
[4176] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 41.
[4177] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 42.
[4178] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 42.
[4179] Comunicación presentada por Guatemala en calidad de tercero, párrafo 30.
[4180] Comunicación presentada por Guatemala en calidad de tercero, párrafo 31.
[4181] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 22.
[4182] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 22.

perjudicial para la salud) debe ser un obstáculo para el registro de la marca.[4183] Nueva Zelandia aduce que los reclamantes pasan por alto el sentido corriente y el efecto del artículo 28 de la Ley TPP[4184], que deja claro que el funcionamiento de la Ley TPP no impide a los titulares registrar una marca de fábrica o de comercio.[4185] Nueva Zelandia también afirma que los reclamantes combinan el párrafo 1 del artículo 15, que incluye una definición de lo que puede constituir una marca de fábrica o de comercio, y el párrafo 4 del artículo 15, que se ocupa del registro de las marcas de fábrica o de comercio.[4186]

7.1808. Nicaragua sostiene que las medidas TPP infringen los párrafos 1 y 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC al impedir que se usen determinadas marcas de fábrica o de comercio válidas para distinguir productos sin realizar una evaluación individual de la naturaleza de la marca. "Con respecto a los signos figurativos y los signos que no son intrínsecamente distintivos, la infracción es clara ya que no pueden constituir una 'marca de fábrica o de comercio' definida correctamente y su registro está prohibido debido a la naturaleza del producto, respectivamente".[4187] Nicaragua afirma además que los términos utilizados y las condiciones impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC -incluidas las expresiones "capaces de distinguir", "podrá constituir una marca de fábrica o de comercio" y "carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso"- reflejan la naturaleza funcional de las marcas de fábrica o de comercio y se les debe dar un sentido. Aplicar un enfoque formalista a la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC haría efectivamente inútiles estos términos y condiciones y, en consecuencia, no sería compatible con el principio de interpretación efectiva de los tratados.[4188]

7.1809. Noruega aduce que el texto del párrafo 4 del artículo 15 establece claramente que trata de limitaciones que se imponen a los Miembros con respecto al registro de una marca de fábrica o de comercio, más que a obstáculos para usar una marca. Esta lectura se ve avalada por el hecho de que la redacción es igual a la redacción del artículo 7 del Convenio de París, una disposición que se entiende que tiene un "alcance más bien limitado". Reviste especial importancia en la presente diferencia que la OMPI haya explicado que "[s]i una ley nacional no excluye el registro de marcas de fábrica o de comercio para determinados tipos de productos, sino que solo limita el uso de dichas marcas, esto no constituiría una infracción" del artículo 7. En vista de esto, Noruega afirma que el párrafo 4 del artículo 15 solo restringe el derecho de los Miembros a denegar el registro. No restringe los derechos de los Miembros a limitar el uso de una marca de fábrica o de comercio, ni desde luego afecta a esos derechos.[4189]

7.1810. Omán apoya los argumentos jurídicos de Australia[4190] y afirma que ninguna disposición del Acuerdo sobre los ADPIC confiere a los titulares de marcas de fábrica o de comercio un derecho positivo a usar sus marcas. Además, el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC prevé el derecho de los Miembros a formular y modificar sus reglamentos para la protección de la salud pública siempre que sean compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC.[4191]

7.1811. Singapur afirma que el párrafo 4 del artículo 15 es inaplicable. Con arreglo a sus términos, el párrafo 4 del artículo 15 se aplica a las marcas de fábrica o de comercio que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 15, son signos capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas, es decir, signos que ya son distintivos. Leído en conjunción con el párrafo 1 del artículo 15, los signos que sean intrínsecamente distintivos podrán constituir una marca de fábrica o de comercio y su registro no podrá denegarse debido a la naturaleza del producto o servicio al que la marca haya de aplicarse. Los signos que no sean intrínsecamente distintivos, pero que hayan adquirido carácter distintivo, también podrán constituir una marca de fábrica o de comercio y su registro no podrá denegarse debido a la naturaleza del producto o servicio a los que haya de aplicarse la marca. No obstante, los signos que no sean intrínsecamente distintivos y no hayan adquirido carácter distintivo no pueden constituir marcas de fábrica o de comercio; no son susceptibles de registro *per se* y, por lo tanto,

[4183] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 23.
[4184] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 23.
[4185] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 24.
[4186] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 24.
[4187] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 21.
[4188] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 23.
[4189] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 30.
[4190] Declaración de Omán en calidad de tercero, párrafo 4.
[4191] Declaración de Omán en calidad de tercero, párrafo 4.

a fortiori, no pueden ser un "obstáculo para el registro" debido a la naturaleza del producto o servicio de que se trate.[4192]

7.1812. Singapur añade que la medida de empaquetado genérico no impide a las empresas tabacaleras registrar o mantener sus marcas de fábrica o de comercio por el funcionamiento del artículo 28 de la Ley TPP (ya sean signos intrínsecamente distintivos o signos que hayan adquirido un carácter distintivo). En la medida en que el artículo 28 no es aplicable a los signos que no sean intrínsecamente distintivos y que no hayan adquirido carácter distintivo mediante su uso, Singapur afirma que los Miembros no tienen ninguna obligación de posibilitar que un signo adquiera carácter distintivo.[4193] Aduce que tal obligación no está enunciada en el párrafo 4 del artículo 15 (ni en el artículo 7 del Convenio de París). Si los argumentos de los reclamantes se llevan a su conclusión lógica, los Miembros no podrían prohibir la venta de productos con signos no distintivos que puedan llegar a ser susceptibles de registro mediante el uso. Sin embargo, las prohibiciones de productos no están prohibidas si cumplen las normas aplicables previstas en los acuerdos abarcados. Suponer la existencia de tal obligación también sería contrario a la razón de ser del párrafo 4 del artículo 15 (y del artículo 7 del Convenio de París), que es hacer la protección independiente de la cuestión de que los productos en cuestión puedan o no puedan venderse legalmente en el país. Por lo tanto, concluye Singapur, la obligación prevista en el párrafo 4 del artículo 15 no tiene por objeto asegurar que un signo que no sea intrínsecamente distintivo pueda adquirir el carácter distintivo mediante su uso, y no puede extenderse a ello.[4194]

7.1813. El Uruguay afirma que el párrafo 4 del artículo 15 restringe la capacidad de los Miembros de negar el registro de una marca de fábrica o de comercio, pero no la capacidad de restringir o prohibir el uso de la marca. La medida de Australia no impide el registro ni constituye un obstáculo al registro.[4195]

7.1814. Zimbabwe sostiene que Australia ha impuesto una prohibición a las marcas de fábrica o de comercio sin examinar si las distintas marcas aumentan las tasas de consumo de tabaco o impiden a los fumadores existentes dejar de fumar. Esto es contrario al principio de la "independencia del producto" reflejado en el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC y no puede justificarse.[4196]

7.3.2.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1815. Como se ha descrito *supra*[4197], las medidas TPP regulan el aspecto de las marcas de fábrica o de comercio[4198] y de las "marcas"[4199] en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco de diversas formas. Con respecto al empaquetado para la venta al por menor, las medidas TPP permiten el uso de marcas verbales y marcas que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, siempre que estas marcas de fábrica o de comercio aparezcan en la forma prescrita por el Reglamento TPP. Prohíben el uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas, así como otros elementos decorativos tanto en los productos de tabaco como en su empaquetado para la venta al por menor.

7.1816. Todos los reclamantes aducen que, si bien la legislación australiana sobre marcas de fábrica o de comercio permite en general que los signos no distintivos adquieran carácter distintivo mediante su uso para poder registrarse, el hecho de que se prohíba el uso de signos no verbales en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos significa que los signos no verbales nuevos que no sean intrínsecamente distintivos no tienen la oportunidad de adquirir carácter distintivo mediante su uso en tales productos y, por lo tanto, topan con obstáculos para el

[4192] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 24.
[4193] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 25.
[4194] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 26.
[4195] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 50.
[4196] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 34.
[4197] Véanse las secciones 2.1.2.3.3 y 2.1.2.4 *supra*.
[4198] Para una explicación de la terminología que se utiliza en los presentes informes con respecto a los diferentes tipos de marcas de fábrica o de comercio, véase la nota 4095 *supra*.
[4199] La definición de "marca" que figura en el artículo 4 de la Ley TPP dice así: "(a) incluye (sin limitación) cualquier línea, letra, cifra, símbolo, gráfico o imagen; pero (b) (salvo cuando se refiere a una marca de fábrica o de comercio) no incluye una marca de fábrica o de comercio". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4.

registro basados en la naturaleza del producto por ser productos de tabaco, en infracción del párrafo 4 del artículo 15.[4200] Australia responde que un signo no distintivo no es una "marca de fábrica o de comercio" en el sentido del párrafo 4 del artículo 15 y que, por lo tanto, el párrafo 4 del artículo 15 no contiene ninguna obligación de que los Miembros permitan el uso de tal signo no distintivo con independencia de la naturaleza del producto o servicio en relación con el cual ha de usarse.[4201]

7.1817. La República Dominicana y Honduras también aducen que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15 toda vez que un signo que no sea intrínsecamente distintivo y no haya adquirido aún carácter distintivo mediante su uso debería no obstante poder registrarse en la medida en que sea "capaz de adquirir un carácter distintivo mediante su uso".[4202] Australia responde que la definición de lo que puede constituir una "marca de fábrica o de comercio" que figura en el párrafo 1 del artículo 15 no abarca los signos que no sean intrínsecamente distintivos y que no hayan adquirido aún carácter distintivo mediante su uso, y que la obligación prevista en el párrafo 4 del artículo 15, por consiguiente, no se extiende a los signos que puedan llegar a ser distintivos en el futuro.[4203]

7.1818. Además, Cuba, por referencia, aduce que la restricción que se impone al uso de los signos en virtud de las medidas TPP reduce la protección que otorga Australia a las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco que se deriva del registro de la marca, tanto en virtud del artículo 16 como de la legislación nacional y, por lo tanto, infringe lo que se considera el principio rector del párrafo 4 del artículo 15, que es conferir protección a las marcas de fábrica o de comercio en iguales términos y condiciones no obstante la naturaleza del producto.[4204] Australia responde que el párrafo 4 del artículo 15 solo prohíbe los obstáculos para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y no se refiere a la naturaleza de la protección que se deriva del registro.[4205]

7.1819. Por lo tanto, la cuestión que se nos plantea es si las medidas TPP equivalen a un obstáculo para el registro de una marca de fábrica o de comercio sobre la base del producto o servicio al que la marca ha de aplicarse, en el sentido del párrafo 4 del artículo 15, toda vez que estas medidas:

a. impiden el registro de signos que no son intrínsecamente distintivos y no han adquirido aún carácter distintivo mediante su uso, pero que son "capaces de adquirir carácter distintivo mediante su uso";

b. impiden que los signos no verbales nuevos que no son intrínsecamente distintivos adquieran carácter distintivo mediante su uso y, en consecuencia, que lleguen a ser susceptibles de registro en relación con los productos de tabaco; y

c. reducen la protección que se deriva del registro para las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco a causa de la naturaleza del producto.

7.1820. Las opiniones divergentes de las partes con respecto a estas cuestiones son en parte resultado de las distintas interpretaciones que hacen de los términos del párrafo 4 del artículo 15. Por lo tanto, abordamos primero la interpretación del párrafo 4 del artículo 15, antes de abordar la cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con las prescripciones de dicho artículo.

7.3.2.3.1 Interpretación del párrafo 4 del artículo 15

7.1821. Recordamos que el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC dice lo siguiente:

[4200] Véanse los párrafos 7.1782, 7.1786 y 7.1789 y la nota 4120 *supra*.
[4201] Véase el párrafo 7.1792 *supra*.
[4202] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 47-48; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 239-241.
[4203] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 302-304.
[4204] Véase el párrafo 7.1788 *supra*.
[4205] Véase el párrafo 7.1796 *supra*.

> La naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no será en ningún caso obstáculo para el registro de la marca.

7.1822. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD y con las normas usuales de interpretación reflejadas en el artículo 31 de la Convención de Viena[4206], ha de atribuirse a los términos del párrafo 4 del artículo 15 su sentido corriente, en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.[4207]

7.1823. Señalamos ante todo que, sobre la base de una lectura directa de la disposición, para que exista una infracción del párrafo 4 del artículo 15 deben establecerse los siguientes elementos:

a. la existencia de un "obstáculo para el registro de la marca"; y

b. que este obstáculo sea "la naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse".

7.1824. El párrafo 4 del artículo 15, por sus términos explícitos, se refiere a la existencia de un obstáculo para el "registro de la marca". Por tanto, para determinar si dicho "obstáculo" existe, primero debemos abordar el concepto de "registro de la marca" con el que dicho "obstáculo" estaría relacionado. A este respecto, observamos que las partes tienen opiniones diferentes sobre el sentido de las expresiones "marca de fábrica o de comercio" y "registro de la marca", utilizadas en el párrafo 4 del artículo 15, y consiguientemente sobre el alcance de la obligación prevista en esta disposición y lo que puede constituir un "obstáculo" para el "registro" de una "marca de fábrica o de comercio" en violación del párrafo 4 del artículo 15. Por consiguiente, abordamos primero el sentido de la expresión "marca de fábrica o de comercio" en el párrafo 4 del artículo 15.

7.3.2.3.1.1 Sentido de la expresión "marca de fábrica o de comercio" en el párrafo 4 del artículo 15

7.1825. El párrafo 4 del artículo 15 forma parte del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Materia objeto de protección".[4208] Esa disposición establece una serie de obligaciones para los Miembros relativas a lo que podrá constituir una "marca de fábrica o de comercio" y en relación con el "registro" de una marca de fábrica o de comercio.

7.1826. Todas las partes consideran que el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC describe, o da una definición, de lo que debe poder constituir una "marca de fábrica o de comercio"[4209], ofreciendo así un contexto pertinente a efectos de la interpretación del párrafo 4 del artículo 15.[4210] El párrafo 1 del artículo 15 dice lo siguiente:

> Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la

[4206] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27.

[4207] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 21.

[4208] Véase el párrafo 7.1776 *supra*.

[4209] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 155; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 44 y 47; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 147); primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 186; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 22, 58-59; respuesta de Australia a la pregunta 26 del Grupo Especial, párrafo 89; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 25.

[4210] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 155-158; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 239 y 242; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 278; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 44-47; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora por referencia la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 183, 189 y 191); la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 186. Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 303; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 25.

> posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso. Los Miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente.

7.1827. Las frases primera y segunda del párrafo 1 del artículo 15, por lo tanto, definen qué signos deben considerar los Miembros que "podrá[n] constituir una marca de fábrica o de comercio" e imponen a los Miembros la obligación de considerar que tales signos "podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio".[4211]

7.1828. Como explicó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*:

> En el párrafo 1 del artículo 15 se indica qué signos o combinaciones de signos *pueden* constituir una marca de fábrica o de comercio. Estos signos incluyen palabras tales como nombres de persona, letras, números, elementos figurativos y combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Esta definición se basa en el carácter distintivo de los signos como tales, o en su carácter distintivo adquirido mediante el uso. Tales signos, si permiten distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas, *pueden* registrarse como marcas de fábrica o de comercio. Para nosotros, el título del artículo 15 -"Materia objeto de protección"- indica que el párrafo 1 del artículo 15 contiene una *definición* de lo que puede constituir una marca de fábrica o de comercio. Los Miembros de la OMC están obligados por el párrafo 1 del artículo 15 a hacer que los signos o combinaciones de signos que cumplan los criterios relativos al carácter distintivo establecidos en el párrafo 1 de artículo 15 -y que, por consiguiente, *puedan constituir una marca de fábrica o de comercio- puedan registrarse* como marcas de fábrica o de comercio con arreglo a su legislación nacional.[4212]

7.1829. Las expresiones "marca de fábrica o de comercio" y "registrarse como marcas de fábrica o de comercio"[4213] también se utilizan en párrafos posteriores del artículo 15, incluido el párrafo 4 y, de hecho, en otras partes el Acuerdo sobre los ADPIC. Debe darse lógicamente a estas expresiones, en estas otras disposiciones, y específicamente en el párrafo 4 del artículo 15, el sentido establecido en las frases primera y segunda del párrafo 1 del artículo 15, que determina la materia objeto de protección.

7.1830. Por lo tanto, debe entenderse que la expresión "marca de fábrica o de comercio", en el párrafo 4 del artículo 15, se refiere a los signos que "podrán constituir una marca de fábrica o de comercio" en el sentido del párrafo 1 del artículo 15. Específicamente, como explicó el Órgano de Apelación, la definición, en el párrafo 1 del artículo 15, de los signos o combinaciones de signos que "[p]ueden constituir una marca de fábrica o de comercio" se basa en su capacidad de distinguir los bienes o servicios pertinentes (o su "carácter distintivo", en palabras del Órgano de Apelación) ya sea "como tales" o "adquirido mediante el uso".

7.1831. Habida cuenta de lo anterior, concluimos que el término "marca de fábrica o de comercio" en el párrafo 4 del artículo 15 se refiere a los signos o combinaciones de signos que cumplen la prescripción relativa al carácter distintivo establecida en la primera frase del párrafo 1 del artículo 15, que los Miembros tienen por tanto, la obligación de considerar que pueden constituir marcas de fábrica o de comercio.

7.1832. Analizamos ahora el concepto de "registro" de una marca de fábrica o de comercio, que también se emplea en el párrafo 4 del artículo 15.

[4211] De conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, "[l]os Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo".

[4212] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 154. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

[4213] Esta expresión se utiliza con formulaciones ligeramente diferentes en el artículo 15; véase nuestro análisis en el párrafo 7.1835 *infra*.

7.3.2.3.1.2 Sentido de la expresión "registro de la marca" en el párrafo 4 del artículo 15

7.1833. Tras haber establecido el sentido del término "marca de fábrica o de comercio" en el párrafo 4 del artículo 15, pasamos a analizar el sentido de la expresión "registro de la marca" en el mismo párrafo.

7.1834. Entre las definiciones que dan los diccionarios del término "*registration*" (registro) figuran las siguientes: "*the action of registering or recording something; the process of being registered*" (acción de registrar o anotar algo; proceso por el que algo es registrado).[4214] En el contexto específico del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, la expresión "registro de la marca" se refiere, por tanto, a la "acción de registrar o anotar" determinados signos o combinaciones de signos "como marcas de fábrica o de comercio".

7.1835. Al igual que ocurre con el término "marca de fábrica o de comercio", consideramos que el sentido de la expresión "registro de la marca" en el párrafo 4 del artículo 15 debe establecerse teniendo en cuenta las mismas expresiones utilizadas en otros párrafos del artículo 15 que también se refieren al registro de marcas de fábrica o de comercio. En los sucesivos párrafos del artículo 15 se utilizan formulaciones ligeramente diferentes: el párrafo 1 del artículo 15 dice "registrarse como marcas de fábrica o de comercio"; el párrafo 2 del artículo 15, "registro de una marca de fábrica o de comercio"; y el párrafo 4 del artículo 15, "registro de la marca". No obstante, estas diferencias se deben a que estos párrafos se refieren a distintos aspectos del registro y no a que los conceptos de "marca de fábrica o de comercio" o "registro" que enuncian sean diferentes. Consideradas conjuntamente, estas disposiciones definen las obligaciones que corresponden a los Miembros en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC en lo que respecta al registro de las marcas de fábrica o de comercio. Por consiguiente, proporcionan un contexto importante para comprender el concepto de "registro de una marca de fábrica o de comercio" en el párrafo 4 del artículo 15.

7.1836. El texto del párrafo 1 del artículo 15 distingue claramente lo que debe *poder constituir una marca de fábrica o de comercio*, en la primera frase, de la obligación de considerar que tales signos *podrán registrarse* como marcas de fábrica o de comercio, en la segunda frase. Como se ha señalado, además de definir qué signos o combinaciones de signos podrán constituir una marca de fábrica o de comercio, el párrafo 1 del artículo 15, en su segunda frase, dispone además que tales signos podrán "registrarse" como marcas de fábrica o de comercio:

> Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos.

7.1837. Como se ha explicado *supra*, el párrafo 1 del artículo 15 da una definición de qué signos deben poder constituir una marca de fábrica o de comercio y se impone a los Miembros la obligación de considerar que tales signos "podrán registrarse" como una marca de fábrica o de comercio. La obligación de considerar que "podrán registrarse" prevista en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 15 se extiende así a exactamente los mismos signos que los Miembros están obligados a considerar que "podrá[n] constituir una marca de fábrica o de comercio" en virtud de la primera frase del párrafo 1 del artículo 15, a saber, los signos que cumplan la prescripción relativa al "carácter distintivo" descrita anteriormente.

7.1838. En el artículo 15 se definen además las condiciones que los Miembros pueden imponer para el registro de signos o combinaciones de signos como marcas de fábrica o de comercio, lo que proporciona un contexto pertinente para entender la obligación prevista en el párrafo 4 del artículo 15. Así pues, en su tercera frase, el párrafo 1 del artículo 15 permite expresamente a los Miembros supeditar el registro de signos o combinaciones de signos que *no* sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes a la adquisición de tal carácter distintivo mediante el uso. En su frase final, el párrafo 1 del artículo 15 establece que los Miembros también pueden exigir, como condición para el registro, que los signos sean perceptibles visualmente.

[4214] Oxford English Dictionary Online, definición de "*registration*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/161313?redirectedFrom=registration#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

7.1839. Como explicó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*:

> Este precepto describe qué marcas de fábrica o de comercio pueden registrarse. No dice que "se registrarán" todas las marcas de fábrica o de comercio que puedan registrarse. El precepto dispone que tales signos o combinaciones de signos "*podrán* registrarse" como marcas de fábrica o de comercio. No dice que esas marcas de fábrica o de comercio "se registrarán". Para nosotros, estas distinciones establecen una diferencia. Y, como hemos dicho, apoya estas distinciones el hecho de que el título del artículo haga referencia a la materia "objeto de protección", no a la materia "que habrá de protegerse".[4215]

7.1840. Esta distinción entre constituir una marca de fábrica o de comercio y, por lo tanto, poder registrarse, por un lado, y el registro efectivo como marca de fábrica o de comercio para convertirse en una marca de fábrica o de comercio *registrada*[4216], por el otro, se ve confirmada por otras disposiciones, que definen con más precisión las obligaciones de los Miembros con respecto a las condiciones para poder registrar como marca de fábrica o de comercio, aparte de las prescripciones relativas al "carácter distintivo" del párrafo 1 del artículo 15. Específicamente, los párrafos 2 a 5 del artículo 15 definen con más precisión las obligaciones de los Miembros en relación con el registro de las marcas de fábrica o de comercio. El texto de estos párrafos es el siguiente:

> 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se entenderá en el sentido de que impide a un Miembro denegar el registro de una marca de fábrica o de comercio por otros motivos, siempre que estos no contravengan las disposiciones del Convenio de París (1967).
>
> 3. Los Miembros podrán supeditar al uso la posibilidad de registro. No obstante, el uso efectivo de una marca de fábrica o de comercio no será condición para la presentación de una solicitud de registro. No se denegará ninguna solicitud por el solo motivo de que el uso pretendido no ha tenido lugar antes de la expiración de un período de tres años contado a partir de la fecha de la solicitud.
>
> 4. La naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no será en ningún caso obstáculo para el registro de la marca.
>
> 5. Los Miembros publicarán cada marca de fábrica o de comercio antes de su registro o sin demora después de él, y ofrecerán una oportunidad razonable de pedir la anulación del registro. Además los Miembros podrán ofrecer la oportunidad de oponerse al registro de una marca de fábrica o de comercio.

7.1841. Estas disposiciones deben leerse conjuntamente con las disposiciones pertinentes del Convenio de París (1967) relativas al registro de marcas de fábrica o de comercio que se han incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC por medio del párrafo 1 del artículo 2.

7.1842. A este respecto, en el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, el Órgano de Apelación ofreció aclaraciones útiles sobre la estructura general y la aplicación de estas disposiciones, en combinación con el párrafo 1) del artículo 6 del Convenio de París (1967), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC por medio del párrafo 1 del artículo 2:

> El párrafo 1) del artículo 6 establece la norma general, consistente en que cada país de la Unión de París tiene derecho a determinar en su legislación nacional las *condiciones* de depósito y de registro de las marcas de fábrica o de comercio. Esta disposición confiere a los países de la Unión de París –y ahora, por incorporación, a los Miembros de la OMC– considerables facultades discrecionales para seguir determinando por sí mismos, en principio, las condiciones de depósito y de registro de las marcas de fábrica o de comercio. Así pues, a nuestro juicio, la norma general establecida en el Convenio de París (1967) es que la legislación nacional se aplica con

[4215] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 155. (las cursivas figuran en el original)

[4216] Señalamos que los derechos otorgados en el párrafo 1 del artículo 16 solo están disponibles para los titulares de las marcas de fábrica o de comercio *registradas*.

> respecto al registro de las marcas de fábrica o de comercio dentro del *territorio* de cada uno de los países de la Unión de París, sin perjuicio de las prescripciones establecidas en otras disposiciones de ese Convenio.[4217] Y, del mismo modo, por incorporación, esta es también ahora la norma general aplicable a todos los Miembros de la OMC en virtud del *Acuerdo sobre los ADPIC*.[4218]

7.1843. Las "considerables facultades discrecionales"[4219] que prevé esta norma general se limitan en el artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, que establece opciones y limitaciones específicas con respecto a las condiciones que los Miembros pueden establecer para el registro de marcas de fábrica o de comercio en su legislación nacional.

7.1844. En primer lugar, el párrafo 1 del artículo 15 limita la libertad que tienen los Miembros para determinar las condiciones del registro de las marcas de fábrica o de comercio con respecto a las "prescripciones relativas al carácter distintivo":

> [E]l párrafo 1 del artículo 15 del *Acuerdo sobre los ADPIC* limita el derecho de los Miembros a determinar en su legislación nacional las "condiciones" de depósito y de registro de las marcas de fábrica o de comercio conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 6 *solamente* en la medida en que guarda relación con las prescripciones relativas al carácter distintivo enunciadas en el párrafo 1 del artículo 15.[4220]

7.1845. Además, el párrafo 2 del artículo 15 confirma las facultades discrecionales de los Miembros para establecer condiciones con respecto a "otros motivos" -es decir, motivos diferentes de los regulados en el párrafo 1 del artículo 15- siempre que estos no contravengan las disposiciones del Convenio de París (1967):

> Para nosotros, la referencia que se hace en el párrafo 2 del artículo 15 al párrafo 1 del artículo 15 deja claro que los "otros motivos" por los que se puede denegar el registro de una marca de fábrica o de comercio son motivos *diferentes de* los ya mencionados en el párrafo 1 del artículo 15, tales como la falta de carácter distintivo intrínseco de los signos, la falta de carácter distintivo adquirido mediante el uso o la falta de perceptibilidad visual.[4221]

7.1846. En su primera frase, el párrafo 3 del artículo 15 ofrece además un ejemplo explícito de esos "otros motivos" mencionados en el párrafo 2 del artículo 15, a saber, la denegación del registro si la marca de fábrica o de comercio no se usa. A continuación, las frases segunda y tercera del párrafo 3 del artículo 15 limitan la medida en que los Miembros pueden ejercer sus facultades discrecionales de exigir el uso de una marca de fábrica o de comercio como condición para el registro.[4222]

[4217] (nota de pie de página del original) Las facultades discrecionales de los países de la Unión de París para establecer por disposición legislativa las condiciones de depósito y de registro no son ilimitadas. Están sometidas a la norma internacional mínima consistente en las disciplinas establecidas en materia de marcas de fábrica o de comercio en otros artículos del Convenio de París (1967). Entre ellas figuran, por ejemplo, el trato nacional, así como los motivos internacionalmente acordados para denegar el registro de marcas de fábrica o de comercio, tales como los establecidos en el artículo 6*ter*. El Convenio de París (1967) limita también las facultades discrecionales en materia legislativa conferidas a los países de la Unión por el párrafo 1) del artículo 6, al establecer los motivos que los países no pueden invocar para denegar el registro de marcas de fábrica o de comercio, por ejemplo en el párrafo 2) del artículo 6.

[4218] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 132. (las cursivas figuran en el original)

[4219] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 132.

[4220] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 165. (las cursivas figuran en el original)

[4221] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 158. (las cursivas figuran en el original)

[4222] *Cf.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 164. Señalamos en aras de la claridad que el párrafo 3 del artículo 15 se refiere al "uso" como base para que un determinado solicitante pueda registrar una marca de fábrica o de comercio, mientras que la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15 se refiere al "uso" como base para que los signos que no son

7.1847. Es en este contexto en el que el párrafo 4 del artículo 15 prevé que "el registro de la marca" *no* podrá denegarse sobre la base de la naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio pretende aplicarse. Esto significa que con respecto a un signo que pueda constituir una marca de fábrica o de comercio y que pueda registrarse, la naturaleza del producto o servicio al que pretende aplicarse no puede ser un obstáculo para su registro.

7.1848. El artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), que también está incorporado por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC, establece además una obligación con respecto al registro de las marcas de fábrica o de comercio que se hayan registrado en el territorio de otros Miembros.[4223] Como se ha analizado detalladamente *supra*[4224], esta disposición limita la libertad de los Miembros, establecida en el artículo 6 del Convenio de París (1967), de fijar condiciones para el registro de las marcas de fábrica o de comercio al exigir, en su primer párrafo, lo siguiente:

> A. 1) Toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen será admitida para su depósito y protegida tal cual es en los demás países de la Unión, salvo las condiciones indicadas en el presente artículo.[4225]

7.1849. En la sección B del artículo 6*quinquies* se establece además lo siguiente:

> B. Las marcas de fábrica o de comercio reguladas por el presente artículo no podrán ser rehusadas para su registro ni invalidadas más que en los casos siguientes:
>
> a. cuando sean capaces de afectar a derechos adquiridos por terceros en el país donde la protección se reclama;
>
> b. cuando estén desprovistas de todo carácter distintivo, o formadas exclusivamente por signos o indicaciones que puedan servir, en el comercio, para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen de los productos o la época de producción, o que hayan llegado a ser usuales en el lenguaje corriente o en las costumbres leales y constantes del comercio del país donde la protección se reclama;
>
> c. cuando sean contrarias a la moral o al orden público y, en particular, cuando sean capaces de engañar al público. Se entiende que una marca no podrá ser considerada contraria al orden público por el solo hecho de que no esté conforme con cualquier disposición de la legislación sobre marcas, salvo en el caso de que esta disposición misma se refiera al orden público.
>
> En todo caso queda reservada la aplicación del Artículo 10*bis*.

7.1850. El artículo 6*quinquies*, por lo tanto, impone a los Miembros[4226] la obligación de admitir para su depósito y "proteg[er] tal cual" una marca de fábrica o de comercio, cuando se reclama protección en un Miembro sobre la base de una marca de fábrica o de comercio que está regularmente registrada en uno de los demás Miembros.

---

intrínsecamente distintivos adquieran carácter distintivo y, por lo tanto, puedan considerarse "materia objeto de protección".

[4223] El artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) hace referencia a los "países de la Unión". Por medio de su incorporación al Acuerdo sobre los ADPIC, esta disposición ha pasado a ser ahora una obligación para los Miembros de la OMC. "Así pues, a nuestro juicio, la norma general establecida en el Convenio de París (1967) es que la legislación nacional se aplica con respecto al registro de las marcas de fábrica o de comercio dentro del *territorio* de cada uno de los países de la Unión de París, sin perjuicio de las prescripciones establecidas en otras disposiciones de ese Convenio. Y, del mismo modo, por incorporación, esta es también ahora la norma general aplicable a todos los Miembros de la OMC en virtud del *Acuerdo sobre los ADPIC*". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 132. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

[4224] Véanse los párrafos 7.1758 a 7.1762 *supra*.

[4225] Párrafo A 1) del artículo 6*quinquies,* primera frase.

[4226] Las obligaciones impuestas a los Miembros de la Unión de París en virtud de las disposiciones del Convenio de París (1967) que se han incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC por medio del párrafo 1 del artículo 2 han pasado por tanto a ser obligaciones de los Miembros de la OMC. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 132.

7.1851. En la sección B se establecen las "condiciones" a que se hace referencia en la primera frase del párrafo A 1), enumerando las situaciones en las que el Miembro donde se reclama la protección puede no obstante rehusar el registro de "[l]as marcas de fábrica o de comercio reguladas por el presente artículo" que de otro modo tendría que admitir para su registro y proteger. Las "marcas de fábrica o de comercio reguladas por el presente artículo" son las definidas en el párrafo A 1) como "marca[s] de fábrica o de comercio regularmente registrada[s] en el país de origen". La sección B, por lo tanto, permite a un Miembro rehusar el registro de marcas de fábrica o de comercio regularmente registradas en el país de origen (es decir, en otro Miembro), ni invalidarlas en circunstancias específicas, incluidas, entre otras, cuando estén "desprovistas de todo carácter distintivo".[4227]

7.1852. Por lo tanto, tomadas conjuntamente, estas disposiciones definen las obligaciones contraídas por los Miembros en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto al registro de las marcas de fábrica o de comercio. El concepto de "registro de la marca" que figura en el párrafo 4 del artículo 15 debe, por consiguiente, entenderse con referencia a estas disposiciones.

7.1853. En cuanto al contexto funcional del registro de la marca de fábrica o de comercio, señalamos además que, en el párrafo 1 del artículo 16, titulado "Derechos conferidos", se obliga a los Miembros a otorgar los derechos en él descritos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio *registradas*. Esto significa que el registro de la marca de fábrica o de comercio, regulado por el artículo 15 de la manera explicada *supra*, es una condición previa para la existencia de esos derechos mínimos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio, cuyo alcance y contenido se rigen por el párrafo 1 del artículo 16.

7.3.2.3.1.3 Sentido de la expresión "obstáculo" para el registro de una marca de fábrica o de comercio en el párrafo 4 del artículo 15

7.1854. Como hemos expuesto antes, consideramos que los términos del párrafo 4 del artículo 15 deben leerse de acuerdo con la totalidad del artículo 15, y en el contexto de dicho artículo, que en su primer párrafo da una definición de lo que puede constituir una "marca de fábrica o de comercio", y de lo que debe, por tanto, "pod[er] registrarse".

7.1855. Los párrafos 1 a 3 del artículo 15, conjuntamente con las disposiciones pertinentes del Convenio de París (1967) incorporadas por referencia, aclaran más las condiciones en las que los Miembros deben permitir, o pueden denegar, el registro de signos que constituyen marcas de fábrica o de comercio y que por lo tanto, en principio, pueden registrarse. En ese contexto, el párrafo 4 del artículo 15 establece que "[l]a naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse" no puede "ser[] obstáculo para el registro de la marca". Esto significa que con respecto a un signo que pueda constituir una marca de fábrica o de comercio y además pueda registrarse, la naturaleza del producto o servicio al que se pretende aplicar no puede ser obstáculo para su registro.

7.1856. Señalamos que el sentido corriente del sustantivo "*obstacle*" (obstáculo) es "*something that stands in the way or that obstructs progress (lit. and fig.); a hindrance, impediment, or obstruction*" (algo que entorpece o que obstruye el progreso (*lit.* y *fig.*); estorbo, impedimento u obstrucción).[4228] Por lo general, las partes están de acuerdo con este sentido del término.[4229] Asimismo, señalamos que el objeto de la preposición "para" en "obstáculo para" es "registro de la marca". Igualmente, teniendo en cuenta las determinaciones que hemos formulado *supra* con respecto a las expresiones "marca de fábrica o de comercio" y "registro de la marca", la expresión "obstáculo para el registro de la marca" que figura en el párrafo 4 del artículo 15 se refiere, por tanto, a un impedimento o estorbo al registro de un signo o combinación de signos que, por lo demás, pueden constituir una marca de fábrica o de comercio y por lo tanto pueden registrarse, en el sentido del párrafo 1 del artículo 15.

[4227] Párrafo B 2) del artículo 6*quinquies.*

[4228] Oxford English Dictionary Online, definición de "*obstacle*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/129940?rskey=Bqmihq&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4229] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 187; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 276; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 186); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 184. Australia está de acuerdo en que "obstáculo" significa "estorbo" o "impedimento" en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 525.

7.3.2.3.1.4 Conclusión

7.1857. Tras determinar el sentido de los términos pertinentes, incluidas las expresiones "marca de fábrica o de comercio" y "registro de la marca" en el párrafo 4 del artículo 15, concluimos que debe entenderse que la obligación establecida en el párrafo 4 del artículo 15 de que la "naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse" no sea obstáculo para su registro significa que no puede denegarse el registro de signos o combinaciones de signos que, por lo demás, puedan registrarse como marca de fábrica o de comercio sobre la base de la "naturaleza del producto o servicio" al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse.

7.1858. Aplicando esta interpretación, analizaremos ahora la cuestión de si, como aducen los reclamantes, las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15.

7.3.2.3.2 Aplicación a las medidas TPP

7.1859. Como se explica en el párrafo 7.1819 *supra*, los reclamantes consideran que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC toda vez que:

a. impiden el registro de signos que no son intrínsecamente distintivos y no han adquirido aún carácter distintivo mediante su uso, pero que son "capaces de adquirir carácter distintivo mediante su uso";

b. impiden que los signos no verbales nuevos que no son intrínsecamente distintivos adquieran carácter distintivo mediante su uso y, en consecuencia, que lleguen a ser susceptibles de registro en relación con los productos de tabaco; y

c. reducen la protección que se deriva del registro para las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco a causa de la naturaleza del producto.[4230]

7.1860. Analizamos estos aspectos sucesivamente.

7.3.2.3.2.1 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15 toda vez que funcionan de forma que impiden el registro de signos que son capaces de adquirir carácter distintivo mediante el uso

7.1861. La República Dominicana aduce que el sentido corriente del término "capaces" en la expresión "capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas" que figura en la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 indica que la definición de lo que debe poder constituir una marca de fábrica o de comercio incluye los signos que no han adquirido aún carácter distintivo mediante su uso, pero tienen "la 'capacidad'" de hacerlo en el futuro. La República Dominicana aduce que, en consecuencia, la obligación que se establece en el párrafo 4 del artículo 15 de no denegar el registro de marcas de fábrica o de comercio sobre la base de la naturaleza del producto se extiende a los signos que no son intrínsecamente distintivos y que no han adquirido aún el carácter distintivo, pero lo adquirirían mediante el uso en el mercado.[4231]

7.1862. La República Dominicana aduce que su interpretación está respaldada por el hecho de que el párrafo B ii) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) se refiere a las "marcas de fábrica o de comercio ... desprovistas de todo carácter distintivo".[4232]

7.1863. Australia considera que la definición del párrafo 1 del artículo 15 excluye del alcance del término "marca de fábrica o de comercio" los signos que no sean intrínsecamente distintivos y que no hayan adquirido aún carácter distintivo mediante su uso, y que, por consiguiente, la obligación que se establece en el párrafo 4 del artículo 15 no se extiende a tales signos.[4233]

[4230] Este argumento solo lo formula Cuba, mediante su incorporación de la primera comunicación escrita de Ucrania. Véase la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428.

[4231] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 47-48. Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 239-241.

[4232] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 49.

[4233] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 302-304.

7.1864. Señalamos -como hace la República Dominicana[4234]- que el término "*capable*" (capaz) significa "*able to take in, receive, contain, or hold; having room or capacity for*" (apto para recoger, recibir, contener o sustentar; provisto de espacio o capacidad para algo).[4235] En el contexto del párrafo 1 del artículo 15, como se ha analizado anteriormente, la definición incluida en la primera frase se refiere a signos que, en ese momento particular, son capaces de distinguir bienes o servicios y que, por lo tanto, se considera que podrán constituir una marca de fábrica o de comercio. De conformidad con la segunda frase, los Miembros tienen la obligación de considerar que tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio. En nuestra opinión, esta obligación no abarca los signos que solo tienen *posibilidades de desarrollar esta capacidad* en el futuro. Más bien, como se señala en la descripción que hace el Órgano de Apelación de los "criterios relativos al carácter distintivo", la existencia de una capacidad para distinguir bienes o servicios en el momento de la evaluación es la base misma de la definición de los signos que deben poder registrarse. Esta capacidad puede existir porque los signos o combinaciones de signos en cuestión están provistos "como tales" de la capacidad para distinguir los bienes o servicios pertinentes o porque pueden haberla "adquirido mediante su uso".

7.1865. En nuestra opinión, esta interpretación también es compatible con el hecho de que el párrafo 1 del artículo 15, en su tercera frase, permite expresamente a los Miembros supeditar el registro de signos o combinaciones de signos que *no* sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes a la adquisición de tal carácter distintivo mediante su uso:

> Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso.

7.1866. *A contrario*, esto implica que el párrafo 1 del artículo 15 no impone a los Miembros la obligación de hacer susceptibles de registro los signos o combinaciones de signos que no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes y que no hayan adquirido esta capacidad mediante su uso.

7.1867. A este respecto, también señalamos la observación del Órgano de Apelación de que "la referencia que se hace en el párrafo 2 del artículo 15 al párrafo 1 del artículo 15 deja claro que los 'otros motivos' por los que se puede denegar el registro de una marca de fábrica o de comercio son motivos *diferentes de* los ya mencionados en el párrafo 1 del artículo 15, tales como la falta de carácter distintivo intrínseco de los signos, la falta de carácter distintivo adquirido mediante el uso...".[4236] Esta explicación confirma además que, en virtud del párrafo 1 del artículo 15, la "falta de carácter distintivo" del signo o combinaciones de signos en cuestión puede constituir un motivo válido para denegar el registro como marca de fábrica o de comercio.

7.1868. Por consiguiente, no estamos convencidos de que el uso del término "capaces" en la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 implique que el término "marca de fábrica o de comercio" en el párrafo 4 del artículo 15 incluya los signos que no sean intrínsecamente distintivos y que no hayan adquirido aún carácter distintivo mediante su uso.[4237]

[4234] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 48.

[4235] Oxford English Dictionary Online, definición de "*capable*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/27354?redirectedFrom=capable&>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4236] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 158. (las cursivas figuran en el original)

[4237] El empleo de la formulación "[c]ualquier signo ... *capa[z]* de distinguir", en lugar de "[c]ualquier signo ... *que distinga*" en la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 puede entenderse teniendo en cuenta el contexto de las negociaciones de los artículos. La obligación determinante de lo que debe poder constituir un marca de fábrica o de comercio en el Acuerdo sobre los ADPIC da cabida a los dos enfoques principales relativos al registro de marcas de fábrica o de comercio destacados en aquel momento: 1) El enfoque del *primer usuario*, empleado sobre todo en países con tradición de *common law*, en el que el registro estaba siempre supeditado al uso y, por lo tanto, las marcas de fábrica o de comercio ya distinguían bienes y servicios en el mercado en el momento de solicitar el registro y 2) el enfoque del *primer solicitante*, común en los países de tradición jurídica romanista, donde el uso no era una condición para el registro y, por lo tanto, los signos distintivos podían registrarse como marcas de fábrica o de comercio aunque no se hubiesen utilizado nunca en el mercado. La formulación de la prescripción relativa al carácter distintivo de la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 abarca ambos casos al exigir que los signos sean "*capaces* de distinguir" bienes o servicios de diferentes empresas en el caso de que se apliquen a bienes y servicios en el mercado en ese momento. A este

7.1869. Recordamos la constatación que hemos formulado *supra* en el párrafo 7.1831 de que el término "marca de fábrica o de comercio" en el párrafo 4 del artículo 15 se refiere a signos o combinaciones de signos que cumplen la prescripción relativa al carácter distintivo establecida en la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 y que los Miembros, por lo tanto, están obligados a considerar que podrán constituir marcas de fábrica o de comercio. Así pues, el alcance del párrafo 4 del artículo 15 no se extiende a los "signos" como tales y, en particular, como se ha analizado *supra*, no se extiende a los signos que carecen de capacidad de distinguir (aunque puedan ser capaces de adquirir el carácter distintivo posteriormente con el tiempo y así llegar a cumplir la norma de poder constituir una "marca de fábrica o de comercio"). La elección de los redactores de usar el término "marca de fábrica o de comercio" y no "signo" en esta disposición no es, en nuestra opinión, involuntaria. Más bien, refleja la intención de que la obligación que impone el párrafo 4 del artículo 15 se aplique con respecto a aquellos signos que podrán constituir una marca de fábrica o de comercio, definidos en el párrafo 1 del artículo 15.

7.1870. Habida cuenta de la distinción sustantiva entre un "signo" y una "marca de fábrica o de comercio" en el contexto del artículo 15 y la sucesiva distinción entre la condición de poder constituir una "marca de fábrica o de comercio" y posteriormente ser registrada como "marca de fábrica o de comercio", en nuestra opinión, no hay circularidad o incompatibilidad terminológica - como indican los reclamantes[4238]- en el párrafo 4 del artículo 15 cuando prevé que la naturaleza del producto o servicio al que la marca ha de aplicarse no puede ser obstáculo para el "registro de la marca".

7.1871. La República Dominicana hace referencia a la sección B del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) en apoyo de su interpretación, señalando que esta disposición hace referencia a la posibilidad de que una marca de fábrica o de comercio debidamente registrada en otro Miembro esté "desprovista de todo carácter distintivo". No obstante, de la naturaleza de la obligación, de la estructura de esta disposición y de su texto se desprende claramente, como se expone *supra*[4239]*,* que el término "marca de fábrica o de comercio" en la sección B del artículo 6*quinquies* se refiere a una marca de fábrica o de comercio "regularmente registrada en el país de origen"[4240], es decir, en un Miembro diferente del Miembro donde se reclama la protección. En cambio, las circunstancias en las que se permiten denegar el registro o la invalidación tendrían que estar presentes en el Miembro *donde se reclama la protección*[4241], que es el destinatario de la obligación prevista en el artículo 6*quinquies*. En otras palabras, en los casos en que una marca de fábrica o de comercio esté debidamente registrada en un Miembro, el párrafo B 2) del artículo 6*quinquies* permite que otro Miembro rehúse su registro si está desprovista de todo carácter distintivo o es descriptiva o un nombre genérico[4242], *en su territorio*.[4243]

7.1872. Por consiguiente, discrepamos del argumento formulado por la República Dominicana de que esta disposición apoya la tesis de que el término "marca de fábrica o de comercio" en la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 deba incluir los signos que no sean intrínsecamente

---

respecto, el Acuerdo sobre los ADPIC mantuvo la neutralidad del Convenio de París (1967). Véase G.H.C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, *as Revised at Stockholm in 1967* (Guía para la Aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Revisado en Estocolmo en 1967) (OMPI, 1969) (Bodenhausen, texto íntegro) (Prueba documental DOM-79), página 15 ("En el campo de las marcas de fábrica o de comercio, el Convenio no dispone si el derecho a la marca se adquiere por medio del registro o por el uso, o por ambas cosas").

[4238] Véanse los párrafos 7.1797 y 7.1798 *supra*.

[4239] Véase el párrafo 7.1848 *supra*.

[4240] Véase Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 114 ("'*Las marcas de fábrica o de comercio reguladas por el presente artículo*' son las marcas de fábrica o de comercio que están *regularmente registradas* en el *país de origen* y que, *en lo que respecta a los signos que las componen*, tienen que ser aceptadas para el depósito y protegidas con sujeción a las disposiciones que se examinarán ". (las cursivas figuran en el original)).

[4241] Véase Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 115 ("El segundo motivo permitido para rehusar o invalidar marcas de fábrica o de comercio reguladas por el artículo consta de tres posibilidades: se aplica a toda marca de fábrica o de comercio que, en el país donde se reclama la protección (1) esté *desprovista de todo carácter distintivo* (2) sea *descriptiva,* o (3) constituya un *nombre genérico*". (sin cursivas en el original, sin subrayar en el original)).

[4242] Véase Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 115.

[4243] Tal lectura es además compatible con el carácter de territorialidad de los derechos de propiedad intelectual y el principio de independencia de la protección consagrado en el artículo 6 del Convenio de París (1967). Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 8.79.

distintivos y que no hayan adquirido aún carácter distintivo mediante su uso. Al contrario, constatamos que, al salvaguardar el derecho de los Miembros a *rehusar* el registro y la protección sobre la base de la falta de carácter distintivo, aun cuando otro Miembro haya registrado una marca de fábrica o de comercio en su jurisdicción, el párrafo B 2) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) es plenamente compatible con una lectura de la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC en el sentido de que no exige que se considere que los signos que no sean distintivos puedan constituir una marca de fábrica o de comercio. El hecho de que el término "marca de fábrica o de comercio" se utilice en este contexto es adecuado, a nuestro entender, ya que el término "marca de fábrica o de comercio" en el contexto de la sección B del artículo 6*quinquies* se refiere a una marca de fábrica o de comercio ya registrada y reconocida como tal en su país de origen. Conforme a la sección B del artículo 6*quinquies*, la condición de marca de fábrica o de comercio registrada en el país de origen no se convierte sistemáticamente en una posibilidad de registro en otra jurisdicción.

7.1873. Habida cuenta de lo anterior, concluimos que la obligación que impone a los Miembros la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 de considerar que los signos que sean "capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas" podrán constituir un marca de fábrica o de comercio no exige a los Miembros hacer que puedan registrarse como marcas de fábrica o de comercio los signos que no sean intrínsecamente distintivos y que no hayan adquirido aún carácter distintivo mediante su uso. Como consecuencia, el término "marca de fábrica o de comercio" empleado en el párrafo 4 del artículo 15 no abarca los signos que no cumplan la prescripción relativa al "carácter distintivo" que figura en el artículo 15.

7.1874. Por consiguiente, concluimos que las medidas TPP, al funcionar de forma que impiden el registro de determinados signos no intrínsecamente distintivos que no hayan adquirido aún carácter distintivo mediante su uso en los productos de tabaco, no infringen el párrafo 4 del artículo 15.

7.3.2.3.2.2 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15 toda vez que impiden que determinados signos adquieran carácter distintivo mediante su uso

7.1875. Todos los reclamantes aducen que, si bien la legislación australiana sobre marcas de fábrica o de comercio permite en general que los signos no distintivos adquieran carácter distintivo mediante su uso para poder registrarse, el hecho de que se prohíba el uso de signos no verbales en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos significa que los signos no verbales nuevos que no sean intrínsecamente distintivos no tienen la oportunidad de adquirir carácter distintivo mediante su uso en tales productos y, por lo tanto, topan con obstáculos para el registro basados en la naturaleza del producto por ser productos de tabaco, en infracción del párrafo 4 del artículo 15.

7.1876. En apoyo de su alegación, los reclamantes aducen que cuando un Miembro ejerce la opción prevista en la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15 de supeditar la posibilidad de registro de los signos que no sean intrínsecamente distintivos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso, tal Miembro infringiría el párrafo 4 del artículo 15, leído a la luz del párrafo 1 del artículo 15, si, al mismo tiempo, restringe la posibilidad de que el solicitante de una marca de fábrica o de comercio use el signo en un producto determinado a fin de que adquiera el carácter distintivo únicamente a causa de la naturaleza del producto.[42444245,]

[4244] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 239. Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 283; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 183); y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 188 y 190. *Cf.* la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 48 (donde se afirma que el párrafo 1 del artículo 15 permite a los Miembros supeditar el registro de signos que no sean intrínsecamente distintivos al carácter distintivo adquirido mediante su uso, lo que indica que los Miembros también pueden optar por registrar signos que no sean intrínsecamente distintivos como marcas de fábrica o de comercio sin haber adquirido efectivamente carácter distintivo mediante el uso).

[4245] Señalamos que Honduras formuló su argumento en la primera comunicación escrita del modo siguiente:

> Cuando un Miembro exija el uso para registrar *signos* que no sean intrínsecamente distintivos, pero al mismo tiempo restrinja la posibilidad de que el solicitante de una marca de fábrica o de

7.1877. Australia responde que los signos no distintivos no están incluidos en el término "marca de fábrica o de comercio" que figura en el párrafo 4 del artículo 15. Además, el párrafo 4 del artículo 15 no contienen ninguna obligación de que los Miembros permitan el uso de tales signos no distintivos de manera que lleguen a ser suficientemente distintivos para poder considerarse marcas de fábrica o de comercio y poder registrarse.[4246] Australia considera que el criterio relativo al "carácter distintivo" establecido en la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 se aplica con independencia de cómo vaya a lograrse el carácter distintivo y que un signo que no haya adquirido carácter distintivo "simplemente no puede constituir una 'marca de fábrica o de comercio'".[4247] Si un signo cumple efectivamente los requisitos para ser una marca de fábrica o de comercio, aunque sea para un producto de tabaco, esa marca se registrará en Australia.[4248]

7.1878. Este aspecto de la alegación, que es común a todos los reclamantes, se refiere a las consecuencias de la prohibición, enunciada en las medidas TPP, del uso de signos no verbales en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco.[4249]

7.1879. Señalamos que las medidas TPP descritas anteriormente[4250] prohíben el uso de marcas verbales estilizadas y marcas figurativas y compuestas en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco. La Ley TM, por su parte, establece que una solicitud de registro como marca de fábrica o de comercio de un signo que no sea intrínsecamente distintivo debe rechazarse si el signo no ha adquirido carácter distintivo mediante su uso antes de la fecha de presentación de la solicitud.[4251] Los reclamantes observan que, como resultado del efecto combinado de estas disposiciones, los signos "nuevos" que no sean intrínsecamente distintivos no podrán adquirir tal carácter distintivo mediante su uso y, por lo tanto, no podrán registrarse en relación con productos de tabaco.[4252] También señalan que el artículo 28 de la Ley TPP no resuelve esta cuestión, ya que las ficciones jurídicas relativas al uso creadas por esta disposición no abarcan el uso que se necesita para que los signos que no sean intrínsecamente distintivos adquieran carácter distintivo.[4253]

7.1880. Si bien reconocen que los Miembros pueden *optar* por supeditar la posibilidad de registrar los signos que no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes al carácter distintivo adquirido mediante su uso[4254], los reclamantes consideran importante que

---

comercio utilice esa *marca de fábrica o de comercio* en un producto determinado a fin de que adquiera carácter distintivo únicamente a causa de la naturaleza del producto (*in casu* los productos de tabaco), ello constituiría una infracción del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, a la luz de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 15.

Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 193 (las cursivas no figuran en el original). Esta formulación parece apuntar a un argumento según el cual los signos no distintivos, que aún tienen que adquirir el carácter distintivo mediante su uso, son en sí mismos marcas de fábrica o de comercio, y la exclusión de su uso supone, por lo tanto, una infracción del párrafo 4 del artículo 15. Honduras aclaró en su segunda comunicación escrita que su argumento relativo al párrafo 4 del artículo 15 se centra en signos que pueden registrarse como marcas de fábrica o de comercio, "sin que la naturaleza del producto al que se aplican sea un obstáculo para su oportuno registro". Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 240.

[4246] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 302-304.

[4247] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 25. Véanse también la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 303; y la respuesta de Australia a la pregunta 27 del Grupo Especial, párrafo 94.

[4248] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 27.

[4249] Para un breve resumen del funcionamiento de las medidas TPP, véase el párrafo 7.1815 *supra*.

[4250] Para una descripción más detallada del artículo 28 de las medidas TPP, véase la sección 2.1.2.5 *supra*.

[4251] Ley TM (Prueba documental JE-6), artículos 41(2) y 41(6).

[4252] Observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 27 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 245; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 52; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 201); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 200.

[4253] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 245; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 214); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 199.

[4254] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 192; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 284; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 190); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 188.

Australia -en virtud de su legislación nacional- "*exige*"[4255] el uso para registrar signos que no sean intrínsecamente distintivos, y presentan pruebas relativas a la medida en que el "uso es un factor clave para el registro de marcas que no son intrínsecamente distintivas en el marco de la legislación australiana sobre marcas de fábrica o de comercio".[4256]

7.1881. Australia ha confirmado que "los signos no intrínsecamente distintivos que no hayan adquirido aún carácter distintivo mediante su uso y que no pueden utilizarse debido al funcionamiento de la Ley TPP, no adquirirán carácter distintivo mediante su uso y no podrán registrarse porque no se ajustan a la definición de 'marca de fábrica o de comercio'". Según su evaluación, "[e]ste resultado en compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC, porque los Miembros no están obligados en virtud de las disposiciones de ese Acuerdo a garantizar que los signos puedan usarse de modo que puedan llegar a ser suficientemente distintivos para poder ser considerados marcas de fábrica o de comercio y poder registrarse".[4257]

7.1882. Honduras presenta determinada correspondencia relativa a un intento fracasado de registrar la marca verbal "PLAIN PACKAGE" como marca de fábrica o de comercio en Australia para demostrar que las marcas que no son intrínsecamente distintivas no pueden registrarse como consecuencia de las medidas TPP.[4258] Sin embargo, esta correspondencia solo demuestra que las autoridades australianas en materia de marcas rechazan el registro de signos que no son intrínsecamente distintivos, a falta de pruebas de que el signo haya adquirido carácter distintivo mediante su uso. Además, puesto que la documentación se refiere al trato dado a la solicitud de una marca verbal, su pertinencia para apoyar una alegación que se refiere a marcas no verbales es limitada. La propia Honduras reconoce que, puesto que las medidas TPP no prohíben el uso de una marca verbal como "PLAIN PACKAGE en los productos de tabaco, el solicitante podría de hecho usar este signo en productos de tabaco y, con el tiempo, acumular pruebas del carácter distintivo adquirido por este signo para poder llegar a registrarse.[4259]

7.1883. Recordamos nuestra constatación de que el alcance de la prohibición enunciada en el párrafo 4 del artículo 15 viene definido por el sentido de las expresiones "marca de fábrica o de comercio" y "registro de la marca", que deben leerse de acuerdo con las definiciones que figuran en el párrafo 1 del artículo 15. Hemos establecido en la sección anterior que la obligación que impone el párrafo 1 del artículo 15 a los Miembros de considerar qué "podrá constituir una marca de fábrica o de comercio" no incluye los signos que no sean intrínsecamente distintivos y que no hayan adquirido aún carácter distintivo mediante su uso y que, por consiguiente, la prohibición que establece el párrafo 4 del artículo 15 no se extiende a tales signos.

7.1884. Como hemos analizado *supra*, las frases primera y segunda del párrafo 1 del artículo 15, respectivamente, imponen a los Miembros la obligación de considerar que los signos distintivos pueden constituir marcas de fábrica o de comercio, y de considerar que tales signos pueden registrarse. En cambio, la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15 ofrece a los Miembros la *opción* de supeditar la posibilidad de registro de los signos que no sean *intrínsecamente* distintivos al carácter distintivo adquirido mediante su uso.

7.1885. No encontramos en el texto del párrafo 1 del artículo 15 apoyo para la afirmación de los reclamantes de que el ejercicio de la opción prevista en la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15 modificaría el alcance de la definición de "marca de fábrica o de comercio" y por tanto

[4255] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 192-193. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 283; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 183); y la declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 55.

[4256] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 195-207. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 284-288; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorporan argumentos relativos al párrafo 4 del artículo 15 formulados en las primeras comunicaciones escritas de Honduras y la República Dominicana, entre otros); la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 192-193; y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 68.

[4257] Respuesta de Australia a la pregunta 27 del Grupo Especial, párrafo 94.

[4258] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 201-203 (donde se hace referencia al blog de S. Lester sobre política y derecho económico internacional (Prueba documental HND-47)). Honduras también ha presentado la respuesta de Australia a esta solicitud de marca de fábrica o de comercio como prueba documental. Véase la carta de IP Australia (Prueba documental HND-110).

[4259] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 204; y observaciones de Honduras sobre la respuesta de Australia a la pregunta 27 del Grupo Especial, página 13.

ampliaría el alcance de la prohibición establecida en el párrafo 4 del artículo 15, para el Miembro pertinente, de modo que incluyera signos que no son intrínsecamente distintivos y que no han adquirido aún carácter distintivo mediante su uso.

7.1886. Recordamos que la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 da una definición de lo que debe poder constituir una marca de fábrica o de comercio estableciendo la condición de que los signos deben cumplir la prescripción relativa al "carácter distintivo", es decir, el requisito de que los signos o combinaciones de signos en cuestión sean capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes.[4260] Al permitir que los Miembros supediten la posibilidad de registro al carácter distintivo que hayan *adquirido mediante su uso*, el texto de la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15 no señala una modificación del concepto de *carácter distintivo* en sí, sino que simplemente indica una *manera particular* en la que puede cumplirse la condición para constituir una marca de fábrica o de comercio, a saber, cumplir el criterio relativo al carácter distintivo definido en la primera frase del párrafo 1 del artículo 15.

7.1887. En particular, señalamos que, al describir el carácter distintivo al que los Miembros pueden optar por supeditar la posibilidad de registro, en la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15 se emplea la frase adjetiva "*adquirido* mediante su uso". El término "*acquired*" (adquirido) significa "*gained; obtained or secured, esp. through concerted effort or over a period of time*" (ganado; obtenido o conseguido, esp. mediante un esfuerzo coordinado o a lo largo de un tiempo).[4261] Una simple lectura del texto indica, por lo tanto, que los Miembros pueden supeditar la posibilidad de registro al carácter distintivo que se *haya adquirido* u *obtenido* mediante el uso antes del registro. Esta formulación no apoya una interpretación que incluya signos que sean solo "capaces de adquirir carácter distintivo mediante su uso"[4262] en el futuro.

7.1888. Como se ha explicado *supra*, la prescripción relativa al "carácter distintivo" establecida en la primera frase es la base de la definición de la "materia objeto de protección" establecida en el párrafo 1 del artículo 15:

> En el párrafo 1 del artículo 15 se indica qué signos o combinaciones de signos *pueden* constituir una marca de fábrica o de comercio. ... Esta definición se basa en el carácter distintivo de los signos como tales, o en su carácter distintivo adquirido mediante el uso. Tales signos, si permiten distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas, *pueden* registrarse como marcas de fábrica o de comercio.[4263]

7.1889. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que el alcance de la obligación prevista en la primera frase del párrafo 1 del artículo 15, determinado en la sección 7.3.2.3.1.1 *supra* y, por ende, el alcance de la obligación prevista en el párrafo 4 del artículo 15 con respecto a las "marcas de fábrica o de comercio", no se ven afectados ni modificados por la práctica nacional de un Miembro, aun cuando decida ejercer la opción que se ofrece en la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15 de supeditar la posibilidad de registro de los signos no intrínsecamente distintivos al carácter distintivo adquirido mediante su uso.

7.1890. El argumento de los reclamantes de que la prohibición del uso de signos no verbales funciona como un obstáculo para su registro como marcas de fábrica o de comercio implica que los obstáculos para *lograr el carácter distintivo mediante el uso* deberían estar abarcados por la prohibición relativa a los obstáculos para el *registro de la marca de fábrica o de comercio*, establecida en el párrafo 4 del artículo 15.

7.1891. Esto requeriría una interpretación del término "obstáculo" que incluyera no solo la existencia de estorbos e impedimentos para el propio acto de registro de la marca de fábrica o de comercio, sino también la existencia de estorbos e impedimentos que dificulta que los signos no distintivos -signos que no se exige que puedan registrarse como marcas de fábrica o de comercio-

---

[4260] Véase el párrafo 7.1829 *supra*.

[4261] Oxford English Dictionary Online, definición de "*acquired*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/1732?redirectedFrom=acquired#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4262] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 188.

[4263] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 154. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota a pie de página)

adquieran carácter distintivo mediante su uso a fin de cumplir los criterios u otras condiciones previas para poder constituir una marca de fábrica o de comercio y así posteriormente poder llegar a registrarse como marca de fábrica o de comercio.

7.1892. Al evaluar esta cuestión, recordamos la estructura gramatical del párrafo 4 del artículo 15, a saber, que el objeto de la preposición "para" en la expresión "obstáculo para" es "registro de la marca". En primer lugar, señalamos que el hecho de interpretar que el término "obstáculo" hace referencia no solo al "registro de la marca", sino también al uso de signos no distintivos socavaría el sentido exacto de los términos y la estructura gramatical utilizados al enmarcar el objeto de la prohibición del párrafo 4 del artículo 15. Hemos establecido que el sentido de las expresiones "marca de fábrica o de comercio" y "registro de la marca" define el alcance de la prohibición prevista en el párrafo 4 del artículo 15. Mientras que las expresiones "marca de fábrica o de comercio" y "registro de la marca" entrañan obligaciones solo con respecto a los signos que ya pueden registrarse como marcas de fábrica o de comercio, de conformidad con la primera frase del párrafo 1 del artículo 15, la interpretación propuesta por los reclamantes crearía para los Miembros la obligación de permitir el uso de signos que no son intrínsecamente distintivos y que no han adquirido carácter distintivo, de la misma manera para todos los tipos de bienes o servicios, a fin de permitir que tales signos adquirieran carácter distintivo mediante su uso.

7.1893. Hemos constatado[4264] que el artículo 15 contiene disposiciones interrelacionadas que, junto con el párrafo 1) del artículo 6 del Convenio de París (1967), incorporado por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC, definen las obligaciones de los Miembros en relación con las condiciones para el depósito y el registro de las marcas de fábrica o de comercio. Además, hemos constatado[4265] que el ejercicio por un Miembro de la opción de permitir el registro sobre la base del carácter distintivo adquirido mediante el uso no modifica el criterio relativo al carácter distintivo ni, por lo tanto, el alcance de la obligación relativa al registro de los signos prevista en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 15.

7.1894. En vista de nuestras constataciones anteriores, nos parece claro que el objeto y fin del párrafo 4 del artículo 15, leído en el contexto del párrafo 1 del artículo 15, es reglamentar las obligaciones de los Miembros relativas al registro de signos distintivos como marcas de fábrica o de comercio. El párrafo 4 del artículo 15 no tiene por objeto y fin reglamentar el *uso* de signos que no tengan aún la capacidad de distinguir bienes o servicios en el sentido del párrafo 1 del artículo 15. Por consiguiente, a nuestro entender, interpretar el párrafo 4 del artículo 15 en el sentido de que obliga a los Miembros a permitir el uso de signos no distintivos para que puedan adquirir el carácter distintivo con independencia de los productos o servicios a los que se han de aplicar no es compatible con el texto del párrafo 4 del artículo 15, ni con su objeto y fin, leído en el contexto del párrafo 1 del artículo 15.

7.1895. El hecho de que Australia permita, en virtud de su legislación nacional, el registro de signos que no son intrínsecamente distintivos, a condición de que hayan adquirido carácter distintivo mediante su uso, no puede implicar que, en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, tenga que permitirse el uso de tales signos en relación con todos los bienes y servicios, con independencia de la naturaleza de los bienes y servicios de que se trate. Una lectura contraria implicaría que, cuando un Miembro ejerciera la opción de permitir el registro de signos no intrínsecamente distintivos sobre la base del carácter distintivo adquirido mediante su uso, como permite expresamente el párrafo 1 del artículo 15, se privaría a sí mismo de la posibilidad de determinar las condiciones en las que los signos y combinaciones de signos pueden o no pueden usarse en relación con determinadas categorías de bienes o servicios. Esto es lo que da a entender Indonesia cuando aduce que los Miembros deberían recurrir a la reglamentación de los productos -como la prohibición de los productos- a fin de reglamentar productos peligrosos o adictivos.[4266]

7.1896. El hecho de adoptar la interpretación de los reclamantes conduciría al resultado ilógico de que los signos no distintivos -es decir, los signos que pueden o no llegar a poder constituir marcas de fábrica o de comercio mediante el uso, y con respecto a los cuales el Acuerdo sobre los ADPIC no formula ninguna obligación explícita- disfrutarían de un derecho de uso con independencia de los productos o servicios a los que se fueran a aplicar, mientras que las marcas de fábrica o de

[4264] Párrafos 7.1835 a 7.1847 *supra*.
[4265] Párrafo 7.1889 *supra*.
[4266] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 64-65.

comercio registradas, que son el principal objeto de reglamentación de las disposiciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio del Acuerdo sobre los ADPIC y a cuyos titulares el artículo 16 confiere derechos exclusivos, no disfrutan de tal derecho de uso.[4267] Además, según esta lógica, el derecho a usar una marca no registrada se extinguiría en el momento de su registro, justo cuando su carácter distintivo en el mercado se hubiera confirmado.

7.1897. Esta opinión es además compatible con el enfoque ampliamente reflejado en el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de París (1967) de que normalmente es responsabilidad de particulares, es decir, los solicitantes o los titulares de derechos en el contexto de las condiciones variables del mercado, cumplir los requisitos exigidos para el registro, la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual.[4268] Más allá del alcance de las obligaciones expresas establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC, en nuestra opinión, el Acuerdo no obliga a los Miembros a garantizar que los particulares estén en condiciones de cumplir dichos requisitos, ni a abstenerse de reglamentaciones por lo demás no incompatibles con los acuerdos abarcados que puedan afectar a las condiciones del mercado que determinan cuán fácil o difícil es para los particulares cumplir las prescripciones relativas al carácter distintivo como condición para el registro de una marca de fábrica o de comercio.

7.3.2.3.2.3 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15 toda vez que reducen la protección que se deriva del registro para las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco a causa de la naturaleza del producto

7.1898. Cuba, mediante la incorporación de los argumentos de Ucrania relativos al párrafo 4 del artículo 15[4269], aduce además que el término "registro" que figura en el párrafo 4 del artículo 15, en el "contexto holístico" de los artículos 15 y 16, "comprende necesariamente los derechos que se derivan del acto administrativo del registro"[4270] y que, por tanto, la prohibición de los obstáculos basados en la naturaleza de los productos y servicios a los que una marca de fábrica o de comercio han de aplicarse, se extiende más allá del acto del registro para abarcar todo el concepto de protección de la marca de fábrica o de comercio, estableciéndose así la obligación general de "conferir protección en iguales términos y condiciones en relación con las marcas de fábrica o de comercio no obstante la naturaleza del producto".[4271]

7.1899. Por consiguiente, Cuba alega que el párrafo 4 del artículo 15 dispone que las legislaciones nacionales no pueden establecer un sistema diferente para la protección de las marcas de fábrica o de comercio de los productos de tabaco en comparación con otros productos[4272], y afirma que esta obligación general se aplica igualmente a los derechos que los Miembros confieran más allá de las normas mínimas previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1.[4273] Aduce que, dado que las medidas TPP prohíben el uso de marcas de fábrica o de comercio no denominativas relativas al tabaco, la protección de dichas marcas se reduce en comparación con otras marcas de fábrica o de comercio que pueden seguir usándose, tanto en lo que respecta a los derechos mínimos previstos en el párrafo 1 del artículo 16 como en lo que respecta a los derechos adicionales que confiere la Ley TM de Australia más allá del nivel exigido en el Acuerdo sobre los ADPIC.[4274] Alega que, puesto que esta supuesta reducción del alcance de

[4267] Véanse los párrafos 7.1971-7.1978 *infra* donde se analizan los derechos conferidos en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el "derecho de uso".
[4268] Esto se refleja en varias disposiciones del Convenio de París (1967) y del Acuerdo sobre los ADPIC que exigen una "*application*" ("solicitud", "demanda") (por ejemplo, el artículo 6 del Convenio de París (1967) y el párrafo 3 del artículo 15, y los artículos 51, 52 y 59 del Acuerdo sobre los ADPIC) o una "*request*" ("a instancia", "petición", "solicitud[]") (artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) y el párrafo 3 del artículo 22, el párrafo 2 del artículo 23 y el artículo 46 del Acuerdo sobre los ADPIC).
[4269] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414.
[4270] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 187).
[4271] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 219).
[4272] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 216).
[4273] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 201 y 219).
[4274] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 209-211).

la protección se basa únicamente en la naturaleza del producto, constituye una infracción del párrafo 4 del artículo 15.[4275]

7.1900. Australia responde que el párrafo 4 del artículo 15 solo prohíbe los obstáculos para el registro de marcas de fábrica o de comercio y no se refiere a la naturaleza de la protección que se deriva del registro. Aduce que, si el párrafo 4 del artículo 15 tuviera por objeto abarcar la naturaleza de la protección otorgada a las marcas de fábrica o de comercio como resultado del registro, los redactores lo habrían indicado claramente.[4276]

7.1901. Señalamos que, a diferencia de los dos aspectos analizados *supra*, este aspecto de la alegación de Cuba no se basa en una alegación de que las medidas TPP crean obstáculos ilegítimos para el registro tal cuales, sino de que el nivel de protección otorgado a las marcas de fábrica o de comercio registradas conforme a las medidas TPP infringe el párrafo 4 del artículo 15. La cuestión que plantea este argumento es por tanto, en esencia, la de si el párrafo 4 del artículo 15 prohíbe cualquier obstáculo basado en la naturaleza de los productos o servicios no solo con respecto al acto específico del *registro* de una marca de fábrica o de comercio, sino que contiene también una obligación más general que exige a los Miembros no discriminar sobre la base de la naturaleza de los productos o servicios a los que las marcas de fábrica o de comercio han de aplicarse con respecto al alcance de la *protección* que otorgan a las marcas de fábrica o de comercio registradas en virtud de su legislación nacional.

7.1902. Al evaluar esta cuestión recordamos primero la observación preliminar que hemos expuesto en el párrafo 7.1853 supra de que el artículo 15 rige las condiciones en las que los Miembros pueden denegar, o deben permitir, el registro de la marca de fábrica o de comercio, que es la condición previa para el reconocimiento de los derechos mínimos que confiere el párrafo 1 del artículo 16. El alcance y el ámbito de estos derechos y, por lo tanto, la protección de la marca de fábrica o de comercio se rigen por las disposiciones del artículo 16.

7.1903. Además, recordamos nuestra constatación anterior de que la expresión "registro de la marca" que figura en el párrafo 4 del artículo 15 debe estar informada por la obligación prevista en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 15 de considerar que se pueden "registrar como marca de fábrica o de comercio" los signos que pueden constituir marcas de fábrica o de comercio.[4277] El término "*registration*" (registro) significa "*the action of registering or recording something; the process of being registered*" (acción de registrar o anotar algo; proceso por el que algo es registrado).[4278] Tal como están formulados, los textos del párrafo 4 del artículo 15 y de la segunda frase del párrafo 1 del artículo 15 no ofrecen ningún indicio de que el término "registro" pueda referirse a otra cosa que a la "acción de registrar" una marca de fábrica o de comercio. Cuba, por referencia a la comunicación de Ucrania, no presenta ningún argumento en apoyo de su alegación aparte de la afirmación de que "el término 'registro' puede también leerse de un modo más sustantivo en el sentido de que se refiere a los derechos derivados del registro".[4279]

7.1904. El contexto que ofrece el artículo 15, así como las disposiciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio del Convenio de París (1967) en las que se basa, confirma, en nuestra opinión, este sentido corriente del término "registro" en el párrafo 4 del artículo 15. Como hemos analizado *supra* y como se refleja en la evaluación realizada por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, el párrafo 4 del artículo 15 es una de las diversas disposiciones del artículo 15 que, considerada conjuntamente y en conjunción con el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio de París (1967), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, define los términos en que los Miembros pueden establecer las condiciones relativas al depósito y registro de las marcas de fábrica o de comercio. De nuevo, el uso de este término en estas disposiciones no es, en nuestra opinión, involuntario. Más bien, refleja el hecho de que estas disposiciones se refieren a las condiciones en que los Miembros pueden denegar o no el acto del registro de determinados signos "como marcas de fábrica o de comercio". Esta cuestión es

[4275] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 217).
[4276] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 309 nota 500.
[4277] Véase el párrafo 7.1852 *supra*.
[4278] Oxford English Dictionary Online, definición de "*registration*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/161313?redirectedFrom=registration#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.
[4279] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 187).

distinta, a nuestro juicio, de la cuestión del ámbito de los derechos que se derivarían de tal registro, una vez concedido.

7.1905. Confirma esta interpretación el título del artículo 15, "Materia objeto de protección"[4280], que puede contrastarse con el alcance de la protección sustantiva concedida a una marca de fábrica o de comercio registrada, que se aborda por separado bajo el título "Derechos conferidos" en el artículo 16. Si bien coincidimos con Cuba en que el registro es el "portal de acceso a la protección sustantiva" de una marca de fábrica o de comercio, ya que es la condición para que se otorguen al titular de la marca de fábrica o de comercio registrada[4281] los derechos definidos en el artículo 16, esto no implica que la obligación prevista en el párrafo 4 del artículo 15 relativa a las condiciones para el "registro" de una marca de fábrica o de comercio deba leerse en el sentido de que es aplicable más generalmente a la protección sustantiva de una marca de fábrica o de comercio una vez que está registrada. Los términos "registro" y "protección" no son sinónimos en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.1906. Esta lectura es acorde con el enfoque en que se basa el Convenio de París (1967), que en sí mismo no define el alcance de la protección sustantiva de una marca de fábrica o de comercio, salvo en algunos casos especiales.[4282] En cambio, se centra en exigir la aplicación del derecho nacional sustantivo de los Estados miembros a todos los nacionales de los países de la Unión de París[4283] exigiendo un trato nacional[4284] y limitando los motivos de denegación del registro procedimental de una de marca de fábrica o de comercio con respecto a dichos nacionales en los artículos 6 y 6*quinquies* del Convenio de París (1967), en los que se basa el artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, del modo descrito en los párrafos 7.1841-7.1855 *supra*. Si bien las disposiciones que rigen la etapa de procedimiento del registro son, por consiguiente, pertinentes para la *existencia* de la protección[4285], el alcance y el contenido de la propia protección sustantiva, una vez concedida, se rigen por otras disposiciones, entre ellas el artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y, en la medida en que otorguen mayor protección en su jurisdicción, por las legislaciones nacionales de los Miembros de la OMC.

7.1907. Señalamos a este respecto que, si bien el hecho de que un Miembro no otorgue los derechos mínimos exigidos en virtud del artículo 16 a los titulares de todas las marcas de fábrica o de comercio registradas constituiría una infracción de dicha disposición del Acuerdo sobre los ADPIC[4286], el párrafo 1 del artículo 1 permite, a discreción de los Miembros, una protección más amplia a las marcas de fábrica o de comercio que vaya más allá de lo exigido por el Acuerdo sobre los ADPIC, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.[4287]

[4280] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 155 ("[a]poya estas distinciones el hecho de que el título del artículo haga referencia a la materia "objeto de protección", no a la materia "que habrá de protegerse". De esta forma, el título del artículo 15 expresa la idea de que la materia a la que se refiere la disposición *puede* ser objeto de protección, pero no *tiene derecho* necesariamente a protección". (las cursivas figuran en el original)).

[4281] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 199). Véase también la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 38.

[4282] Véase Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 15 ("El Convenio tampoco define el alcance de la protección de una marca de fábrica o de comercio, salvo en unos pocos casos especiales").

[4283] Quedan asimilados a los nacionales de los países de la Unión aquellos nacionales de Estados que no sean miembros que estén domiciliados o tengan establecimientos industriales o comerciales efectivos y serios en el territorio de alguno de los países de la Unión. Convenio de París (1967), artículo 3.

[4284] Véase Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 12 ("En esta categoría entra la norma básica muy importante del Convenio de que los nacionales de cada Estado miembro gozarán en todos los demás Estados miembros, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a los nacionales de estos últimos Estados (artículo 2).").

[4285] Véase C. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement* (Oxford University Press, 2007), páginas 175-176, 182, 186, 223 y 388 (Observaciones de Correa acerca del Acuerdo sobre los ADPIC) (Prueba documental AUS-242), página 182.

[4286] Las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo de los párrafos 1 y 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se abordan en las secciones 7.3.3 y 7.3.4 *infra*, respectivamente.

[4287] La segunda frase del párrafo 1 del artículo 1 dispone que "[l]os Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo".

7.1908. Habida cuenta de lo que precede, y recordando nuestras constataciones anteriores[4288], constatamos que el párrafo 4 del artículo 15 limita los motivos de denegación de la etapa de registro de una marca de fábrica o de comercio, que los Miembros, por norma, están obligados a establecer para los signos que cumplan los requisitos de la segunda frase del párrafo 1 del artículo 15. Sin embargo, el párrafo 4 del artículo 15 no prescribe que el alcance y el contenido de la protección de la marca de fábrica o de comercio que se deriva de tal registro tengan que ser los mismos no obstante la naturaleza del producto o servicio al que las marcas de fábrica o de comercio se apliquen o puedan aplicarse.

7.1909. Confirma esta interpretación la historia de la negociación del artículo 7 del Convenio de París (1967), en el que está basado el párrafo 4 del artículo 15.[4289] El artículo 7 establece una obligación idéntica, limitada a los productos. En el párrafo 4 del artículo 15 la disposición se amplía a los servicios. El artículo 7 del Convenio de París (1967) dice así:

> La naturaleza del producto al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no puede, en ningún caso, ser obstáculo para el registro de la marca.

7.1910. El párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC amplía la aplicación de la norma prevista en el artículo 7 del Convenio de París (1967) a las marcas de fábrica o de comercio que se aplican a los servicios, además de a las que se aplican a los productos, mediante la inserción de las palabras "o servicio".

7.1911. Si bien la versión inicial del artículo 7 en el Acta de París (1883) del Convenio de París prohibía que la naturaleza del producto constituyera un obstáculo "*au dépôt de la marque*" (para el depósito de la marca)[4290], en la Conferencia de Revisión de la Haya de 1925[4291] fue adoptado el texto actual "registro de la marca", explicándose que los países con procedimientos de examen podrían de lo contario denegar el registro, aunque el depósito de la solicitud hubiese sido aceptado.[4292] En la Conferencia de Revisión de Lisboa de 1958 se rechazó una propuesta de ampliar el alcance de la prohibición a la renovación de las marcas de fábrica o de comercio y de introducir una referencia a un derecho exclusivo a usar la marca de fábrica o de comercio, ya que algunos participantes deseaban conservar la facultad de reglamentar las marcas de fábrica o de comercio de determinados productos de forma diferente.[4293] Tanto el cambio de la palabra "depósito" por "registro" aplicado en la Conferencia de La Haya como el fracaso de las propuestas de incluir la palabra "renovación" en la Conferencia de Lisboa subrayan el sentido específicamente procedimental que los Miembros de la Unión de París asignaron a los términos empleados en la disposición. La negativa a incluir la palabra "renovaciones" confirma que la formulación actual del

[4288] Párrafos 7.1837, 7.1852 y 7.1856.

[4289] Todas las partes hacen referencia al artículo 7 del Convenio de París (1967), el antecesor del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC. Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 186; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 273 nota 246; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 93 del Grupo Especial, párrafo 38; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 179); la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 183; y la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 299.

[4290] El texto original de esta versión del Convenio es en francés. El texto completo de la disposición pertinente dice así: "*La nature du produit sur lequel la marque de fabrique ou de commerce doit être apposée ne peut*, *dans aucun cas*, *faire obstacle au dépôt de la marque*" (La naturaleza del producto al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no puede, en ningún caso, ser obstáculo para el depósito de la marca). Acta de París (1883), artículo 7. Véase también Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 128 (donde se hace referencia a este texto del modo siguiente: "Este artículo aparecía ya en el texto original del Convenio de 1883, aunque entonces se refería al depósito y no al registro de una marca de fábrica o de comercio. La disposición fue modificada en este aspecto por la Conferencia de Revisión de la Haya".).

[4291] Comunicación presentada por la OMPI al Grupo Especial, de 5 de octubre de 2015, en respuesta a la solicitud de información fáctica formulada por el Grupo Especial, anexo 4, Extractos de las actas de la Conferencia de Revisión de La Haya (1925), segunda sesión plenaria, página 577.

[4292] Comunicación presentada por la OMPI al Grupo Especial, de 5 de octubre de 2015, en respuesta a la solicitud de información fáctica formulada por el Grupo Especial, anexo 4, Extractos de las actas de la Conferencia de Revisión de La Haya (1925), informe de la Comisión de Redacción, página 545.

[4293] Comunicación presentada por la OMPI al Grupo Especial, de 5 de octubre de 2015, en respuesta a la solicitud de información fáctica formulada por el Grupo Especial, anexo 6, Extractos de las actas de la Conferencia de Revisión de Lisboa (1958), informe de la Comisión de Redacción, páginas 694-703. Véase, por ejemplo, *ibid.* la página 703 ("*La Délégation du Danemark déclara ne pas pouvoir appuyer cette proposition*, *car elle désirait que l'on réservât le droit de réglementer les marques concernant les produits pharmaceutiques*" (La Delegación de Dinamarca declara no poder apoyar esta propuesta, ya que desearía que se reservase el derecho de reglamentar las marcas relativas a los productos farmacéuticos).

artículo 7 del Convenio de París (1967) -que se ha reproducido en el párrafo 4 del artículo 15 la parte pertinente- tiene un alcance restringido[4294] y se limita al acto del *registro* de la marca y no a la suerte posterior de la marca de fábrica o de comercio.[4295]

7.1912. Por consiguiente, concluimos que las consecuencias que las restricciones al uso de determinados signos en los productos de tabaco en virtud de las medidas TPP puedan tener por lo que se refiere al alcance y el contenido de la protección sustantiva otorgada a las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco afectadas no constituyen una infracción del párrafo 4 del artículo 15, párrafo que se refiere solo al registro y, por lo tanto, a la obtención de la protección por el acto del registro, que sigue existiendo para las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco en el marco de las medidas impugnadas.[4296]

7.3.2.3.3 Conclusión general

7.1913. Habida cuenta de lo que antecede, incluidas las constataciones que hemos expuesto en los párrafos 7.1831, 7.1857, 7.1873, 7.1874, 7.1894 y 7.1908 *supra*, concluimos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.3.3 Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.3.3.1 Introducción

7.1914. A continuación examinaremos las alegaciones de los reclamantes relativas a las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que tratan sobre los derechos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio, que se establecen en el artículo 16. En primer lugar, examinaremos las alegaciones basadas en el párrafo 1 del artículo 16 y después las basadas en el párrafo 3 de ese artículo.

7.1915. El párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Derechos conferidos", dispone lo siguiente:

> El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión. Los derechos antes mencionados se entenderán sin perjuicio de ninguno de los derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de los Miembros de reconocer derechos basados en el uso.

7.1916. Los reclamantes alegan que las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16 porque la prohibición de usar determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco reduce el carácter distintivo de las mismas y, por lo tanto, menoscaba la capacidad de demostrar que existe "probabilidad de confusión" con otras marcas y afecta a la capacidad del titular de los derechos para ejercer su derecho de impedir un uso no autorizado. Cuba, por referencia, sostiene además que las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16 al debilitar el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio no intrínsecamente distintivas y de ese modo hacer que puedan ser objeto de procedimientos de anulación. Indonesia, y Cuba por referencia, sostienen también que las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16 porque exigen el uso de marcas

[4294] Véase Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 128 ("El artículo que nos ocupa tiene un alcance más bien estricto, según se puso de manifiesto al no prosperar los intentos hechos en la Conferencia de Revisión de Lisboa de 1958 para darle una aplicación más amplia, esto es, extenderlo a las renovaciones de los registros y a la duración del derecho exclusivo al uso de la marca de fábrica o de comercio").

[4295] Esta opinión también es compatible con el contenido de la carta de L. Baeumer, OMPI (Prueba documental AUS-235), a la que remite Australia, y a la que se hace referencia *supra* en la nota 4066.

[4296] Como se ha expuesto anteriormente en esta sección, otras disposiciones de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC abordan el contenido de la protección que debe otorgarse a las marcas de fábrica o de comercio registradas.

engañosamente similares en bienes idénticos, con el consiguiente menoscabo del derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio de impedir un uso que sea probable que dé lugar a confusión.

7.1917. Australia solicita al Grupo Especial que rechace esas alegaciones en su totalidad.

7.3.3.2 Principales argumentos de las partes

7.1918. Honduras sostiene que las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC al reducir el alcance de la protección de la marca de fábrica o de comercio por debajo del nivel mínimo garantizado en virtud de ese párrafo.[4297] Honduras aduce que el alcance de la protección garantizada por el párrafo 1 del artículo 16 depende de la capacidad del titular para utilizar su marca y de la consiguiente fuerza de la marca en el mercado. Cuanto más intensivo sea el uso que se hace de la marca, más fuerte será la marca; y cuanto más fuerte sea la marca, mayor será su ámbito de protección respecto de los usos por terceros no autorizados.[4298] Honduras sostiene que las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado genérico menoscaban el "derecho exclusivo" del titular de la marca de fábrica o de comercio que Australia se comprometió a proteger en virtud del párrafo 1 del artículo 16 al limitar la capacidad de los titulares de esas marcas de fábrica o de comercio de impedir que terceros utilicen marcas similares en bienes similares de forma que ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.[4299]

7.1919. Honduras aduce que la pérdida de carácter distintivo reducirá con el tiempo el alcance de la protección y convertirá la marca de fábrica o de comercio original en un simple derecho sobre el papel, sin ningún valor comercial.[4300] En apoyo de esa idea, sostiene que la relación entre el uso y el carácter distintivo/alcance de la protección de una marca de fábrica o de comercio fue reconocido expresamente por el Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*.[4301] Honduras manifiesta que, a medida que se debilita el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio, también se reduce el universo de marcas de fábrica o de comercio similares que un consumidor podría confundir con la marca de fábrica o de comercio original. Esto, a su vez, significa que el titular de la marca de fábrica o de comercio tendrá menos oportunidades de ejercer su derecho a proteger su marca contra usos que den lugar a "probabilidad de confusión". Con el tiempo, el titular de la marca de fábrica o de comercio no será capaz de protegerse contra la invasión de otras marcas de fábrica o de comercio en el ámbito de protección de su marca, porque esas otras marcas no se considerarán ya similares a su marca original. Esa erosión de la protección de las marcas de fábrica o de comercio se producirá más rápidamente en el caso de las marcas que no sean intrínsecamente distintivas (por ejemplo, los colores o las combinaciones de colores), cuyo carácter distintivo depende enteramente del uso.[4302] Honduras hace referencia a las conclusiones del Profesor Dinwoodie, experto en que se apoyan los reclamantes, sobre la importancia del carácter distintivo, mantenido mediante el uso, para asegurar la observancia de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio en los diferentes ordenamientos jurídicos.[4303] Asimismo, Honduras sostiene que esa opinión es compatible con la explicación de la prueba de la "similitud susceptible de crear confusión" a la que se hace referencia en el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, según el cual, "la utilización intensiva incrementa el carácter distintivo de la marca".[4304]

7.1920. Honduras explica que su alegación se refiere específicamente al uso de signos similares en relación con bienes similares. Honduras sostiene que las medidas TPP tienen los efectos más perjudiciales en las marcas de diseño (o de imagen) y las marcas compuestas, que comprenden elementos de diseño y colores o una combinación de colores, y que, si no se usan, perderán inevitablemente su carácter distintivo a los ojos de los consumidores y, por consiguiente, perderán

[4297] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 250.
[4298] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 250.
[4299] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 217.
[4300] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 239.
[4301] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 241 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664).
[4302] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 243. Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 261.
[4303] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 244 (donde se hace referencia al informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1), párrafos 61-71).
[4304] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 245.

la fuerza de su protección.[4305] Honduras no excluye que pueda haber una infracción de esa disposición respecto del uso de signos idénticos en relación con bienes similares, o de otras situaciones posibles, pero no considera necesario basar su alegación en el marco del párrafo 1 del artículo 16 en todas las situaciones pertinentes previstas en esa disposición.[4306]

7.1921. Honduras precisa que, con la introducción de la Ley TPP, los consumidores dejarán de recordar la marca original, puesto que ya no se utiliza. En consecuencia, será considerablemente más fácil para el usurpador cumplir los requisitos del artículo 120(2) ya que, *a priori*, no podrá haber confusión a los ojos de los consumidores.[4307] Honduras sostiene que el artículo 28 de la Ley TPP no se ocupa del deterioro del carácter distintivo ni, por consiguiente, del alcance de la protección de las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco registradas resultante de la aplicación de la Ley TPP, y no reglamenta el mantenimiento de la protección de las marcas relativas al tabaco respecto de su posible uso por terceros.[4308]

7.1922. Honduras precisa que no ha aducido que los Miembros de la OMC no puedan adoptar una medida reglamentaria general, como la prohibición de un producto o de una publicidad, simplemente porque esa prohibición podría tener algún efecto secundario en la marca de fábrica o de comercio conexa.[4309] La reglamentación de la publicidad (incluso de los productos de tabaco) no afecta significativamente al carácter distintivo de la marca ni a la observancia de los derechos porque el titular de la marca de fábrica o de comercio puede seguir utilizando su marca en los productos y, por consiguiente, puede mantener el carácter distintivo y la reputación de la marca en el curso de operaciones comerciales. Según Honduras, en tal situación no hay infracción del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4310]

7.1923. Honduras afirma también que no ha alegado que haya un derecho positivo a usar una marca de fábrica o de comercio resultante del registro.[4311] En cuanto a la cuestión de "si el registro de una marca de fábrica o de comercio da derecho a usar esa marca, incluido el derecho a impugnar cualquier reglamentación o restricción sobre la venta del producto al que la marca ha de aplicarse"[4312], Honduras afirma que "en efecto, no existe tal derecho 'absoluto' a usar la marca de fábrica o de comercio".[4313] Honduras acepta que el párrafo 1 del artículo 16 es activado por determinadas situaciones en las que un tercero utiliza una marca de fábrica o de comercio idéntica o similar en relación con determinados productos sin el consentimiento del titular de la marca. El principal argumento de la alegación de Honduras es que las medidas TPP limitan la capacidad del titular de una marca de hacer valer ese derecho. Las medidas TPP hacen que la marca de fábrica o de comercio pierda poder distintivo, lo que menoscaba la capacidad del o de la titular de la marca para hacer valer sus derechos y reduce el conjunto de posibles medidas que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 16, el titular puede interponer contra el uso de una marca de fábrica o de comercio similar o idéntica por un tercero no autorizado.[4314]

7.1924. Honduras sostiene que el artículo 16 impone a los Miembros la obligación de garantizar a los titulares de marcas de fábrica o de comercio un nivel mínimo de derechos privados que les permita proteger eficazmente la función de distinción y de indicación de procedencia de sus marcas en el contexto de procedimientos por infracción. Si bien es cierto que esos derechos han de hacerse respetar con respecto a terceros del sector privado, la obligación del Miembro de la OMC en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC es garantizar que el titular de la marca de fábrica o de comercio registrada pueda hacerlo eficazmente, si lo desea. Según Honduras, los Miembros incumplen esa obligación si, por acción o por omisión, no aseguran que los titulares de marcas de fábrica o de comercio puedan hacer valer sus derechos, como ocurre en el caso de Australia por efecto de las medidas TPP.[4315]

[4305] Respuesta de Honduras a la pregunta 29 del Grupo Especial.
[4306] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 251.
[4307] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 248.
[4308] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 250.
[4309] Respuesta de Honduras a la pregunta 95 del Grupo Especial.
[4310] Respuesta de Honduras a la pregunta 95 del Grupo Especial.
[4311] Respuesta de Honduras a la pregunta 96 del Grupo Especial.
[4312] Respuesta de Honduras a la pregunta 96 del Grupo Especial.
[4313] Respuesta de Honduras a la pregunta 96 del Grupo Especial.
[4314] Respuesta de Honduras a la pregunta 96 del Grupo Especial.
[4315] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 258.

7.1925. Honduras sostiene además que las medidas TPP no pueden justificarse al amparo del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4316] En opinión de Honduras, las medidas en litigio dan lugar a una disminución significativa de los derechos conferidos por el párrafo 1 del artículo 16, y tienen un amplio ámbito de aplicación. En consecuencia, no pueden considerarse "excepciones limitadas" en el sentido del artículo 17.[4317] Añade que las medidas TPP no tienen en cuenta los intereses legítimos de los titulares de marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco, que comprenden el uso de la marca original del titular en relación con los bienes pertinentes.[4318]

7.1926. La República Dominicana manifiesta que al restringir severamente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, las medidas TPP disminuyen, y en algunos casos eliminan, la capacidad de los titulares de las marcas de ejercer los derechos exclusivos garantizados por el párrafo 1 del artículo 16, incluido el derecho de impedir que terceros utilicen signos similares o idénticos de manera que cree una probabilidad de confusión.[4319]

7.1927. En su opinión, el párrafo 1 del artículo 16 especifica tanto la obligación de los Miembros de la OMC -de otorgar a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas el derecho exclusivo de impedir el uso no autorizado- como la condición previa que debe satisfacerse (es decir, la probabilidad de confusión) para activar la obligación de un Miembro de la OMC de permitir que el titular de una marca de fábrica o de comercio impida ciertos usos por terceros.[4320] La República Dominicana sostiene que, con respecto a la condición previa, el párrafo 1 del artículo 16 establece que el uso de signos idénticos o similares para bienes idénticos o similares debe ser tal que surja una "probabilidad de confusión".[4321] Y argumenta que, con el tiempo, la imposición de restricciones severas a la capacidad del titular de una marca de utilizar su signo en el curso de operaciones comerciales alterará y eliminará la posibilidad de que surja la condición previa.[4322]

7.1928. La República Dominicana precisa que la capacidad de demostrar la existencia de confusión entre los consumidores en el marco del párrafo 1 del artículo 16, impidiendo así el uso no autorizado, depende del carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio. Como se explica en el Manual de la OMPI, "las marcas que tienen un carácter altamente distintivo corren un mayor riesgo de ser confundidas que las marcas cuyo sentido está asociado a los productos para los cuales fueron registrados". A su vez, el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio depende del uso que se haga de la marca. Mediante el uso en el comercio, los consumidores aprenden a relacionar la marca de fábrica o de comercio con el producto para el que ha sido registrado, reforzando el conocimiento y el carácter distintivo de la marca. Por ello, el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual indica lo siguiente: "Si la marca que ha sido infringida es utilizada, el ámbito de su utilización puede incidir en la determinación de la similitud susceptible de crear confusión".[4323] La República Dominicana sostiene, refiriéndose al informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, que "el uso por el titular de una marca de fábrica o de comercio de 'su propia marca en relación con los bienes y servicios pertinentes de sus empresas propias y autorizadas' es necesario para 'preservar ese carácter distintivo' de la marca 'de modo que pueda cumplir' su función".[4324] La República Dominicana añade que, según ha argumentado el Pleno del Tribunal Federal de Australia, en caso de que un elemento de una marca de fábrica o de comercio registrada haya adquirido gran reputación, ese hecho aumenta la posibilidad de que se constate que hay infracción cuando se utilice un signo similar. Por ello, el uso real en el mercado tiene una repercusión importante en la posibilidad de demostrar eficazmente que existe probabilidad de confusión con arreglo a las leyes australianas.[4325]

[4316] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 252.
[4317] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 255.
[4318] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 256 (no se reproduce la nota de pie de página)
[4319] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 295.
[4320] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 299.
[4321] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 300.
[4322] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 300.
[4323] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 307 (donde se cita el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, texto íntegro (Prueba documental DOM-65), párrafo 2.484).
[4324] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 303 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664).
[4325] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 308 (donde se hace referencia a los casos *Crazy Ron v. Mobileworld* (Pruebas documentales DOM-72, IDN-103) y *Louis Vuitton v. Sonya* (Prueba documental DOM-73)).

7.1929. La República Dominicana sostiene que, cuando una marca de fábrica o de comercio ya no sirve para distinguir los bienes o servicios a los que está asociada, la capacidad de demostrar la existencia de "probabilidad de confusión" causada por el uso de signos similares en bienes similares, es decir, el derecho esencial establecido en el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, disminuye drásticamente o desaparece. Al perder la capacidad de demostrar esta condición previa (es decir, la "probabilidad de confusión"), el titular de la marca de fábrica o de comercio pierde a su vez la capacidad de ejercer su derecho exclusivo de impedir el uso de esos signos similares en bienes similares.[4326] La República Dominicana detalla además en su segunda comunicación escrita que sus alegaciones en el marco del párrafo 1 del artículo 16 se centran principalmente en las siguientes situaciones posibles: a) uso de un signo idéntico en un bien que es similar a aquel para el que se ha registrado la marca de fábrica o de comercio; y b) uso de un signo similar en un bien que es similar a aquel para el que se ha registrado la marca de fábrica o de comercio.[4327]

7.1930. Según la República Dominicana, las medidas TPP provocan la "destrucción" de los derechos conferidos por el párrafo 1 del artículo 16 de la manera siguiente:

> 1) el menor uso o la falta de uso lleva a una reducción del carácter distintivo, o a la ausencia total de ese carácter (lo que normalmente daría lugar a la anulación de la marca de fábrica o de comercio, de no ser por las "ficciones jurídicas" de la Ley TPP);
>
> 2) al reducirse o no existir el carácter distintivo, los consumidores ya no pueden asociar la marca de fábrica o de comercio registrada con el producto para el cual se registró; y
>
> (3) cuando los consumidores dejan de asociar una marca de fábrica o de comercio registrada con los productos del titular de esa marca, es difícil, si no imposible, que el titular de la marca de fábrica o de comercio pueda demostrar que existe confusión en caso de uso de un signo idéntico o similar con bienes similares.[4328]

7.1931. La República Dominicana sostiene que, de esta forma, a través de la propia acción legislativa de Australia, la protección en virtud del párrafo 1 del artículo 16 de las marcas de fábrica o de comercio relativas a productos de tabaco en Australia disminuye, y posiblemente se pierde por completo. Por ejemplo, de no haber medidas TPP, una persona que es titular de una marca de fábrica o de comercio registrada de cigarrillos podría impedir el uso de un signo que sea "sustancialmente idéntico o engañosamente similar a" esa marca de fábrica o de comercio en relación con bienes "cuya descripción es la misma" o que están "estrechamente relacionados con" los cigarrillos, como son los encendedores o los fósforos.[4329] Sin embargo, aduce la República Dominicana, como resultado de las medidas TPP, la capacidad de los titulares de marcas de productos de tabaco de proteger sus marcas se reducirá, y tal vez se perderá, en virtud del mecanismo descrito *supra*, en infracción del párrafo 1 del artículo 16. Por consiguiente, Australia disminuye o anula la protección de las marcas de fábrica o de comercio, lo que impide al titular de una marca satisfacer la condición relativa a la confusión.[4330]

7.1932. La República Dominicana explica que sus "alegaciones en el marco del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se refieren por igual a las marcas de fábrica o de comercio intrínseca y no intrínsecamente distintivas. Al prohibirse la utilización, ambos tipos de marcas pierden su capacidad de distinguir, de forma que al final sus respectivos titulares no pueden seguir ejerciendo el nivel mínimo de derechos que debe otorgarse de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16".[4331] Según la República Dominicana, las marcas de fábrica o de comercio no intrínsecamente distintivas constituyen un ejemplo de cómo puede producirse esta infracción en la práctica. En el caso de los signos no intrínsecamente distintivos para productos de tabaco que se registraron antes de la promulgación de las medidas TPP y que actualmente son marcas de fábrica o de comercio registradas en Australia, el uso restringido de esas marcas contribuye a anular el carácter distintivo adquirido anteriormente mediante el uso, es decir, el carácter distintivo

[4326] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 302.
[4327] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, nota 62.
[4328] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 310.
[4329] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 311.
[4330] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 312.
[4331] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 30 del Grupo Especial, párrafo 140.

adquirido que permitió que fueran registrados como marcas de fábrica o de comercio en un principio.[4332]

7.1933. La República Dominicana sostiene además que Australia ha mantenido la condición formal de determinados signos como marcas de fábrica o de comercio registradas para productos de tabaco en virtud de ficciones jurídicas basadas en el artículo 28 de la Ley TPP. Sin embargo, esas ficciones mantienen la condición formal de los signos, pero no los derechos sustantivos que han de otorgarse a dichas marcas de fábrica o de comercio.[4333] La República Dominicana aduce que si, por falta de uso, una marca de fábrica o de comercio no puede seguir cumpliendo la función de "distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otras empresas", los derechos conferidos en relación con esa marca en virtud del párrafo 1 del artículo 16 disminuyen drásticamente o quedan reducidos a la inutilidad.[4334] Cuando se elimina ese carácter distintivo, alega la República Dominicana, el registro de tales marcas pierde su sentido por completo, no solo porque tales signos no pueden ser utilizados por el titular de la marca de fábrica o de comercio en el mercado, sino también porque no puede excluirse el uso por terceros no autorizados.[4335] La República Dominicana sostiene que "esas marcas de fábrica o de comercio registradas son simplemente cáscaras vacías despojadas de los atributos funcionales de las marcas de fábrica o de comercio".[4336]

7.1934. La República Dominicana aclara que no aduce que el párrafo 1 del artículo 16 establezca un derecho positivo de uso[4337] ni que el párrafo 1 del artículo 16 imponga a los Miembros la obligación de adoptar medidas que garanticen el mantenimiento o el fortalecimiento del carácter distintivo de una marca. Lo que aduce la República Dominicana es que el párrafo 1 del artículo 16 impone a los Miembros la obligación de no adoptar medidas que menoscaben o eliminen el derecho de exclusión de que goza el titular de una marca de fábrica o de comercio en virtud del párrafo 1 del artículo 16 impidiendo que una marca de productos objeto de comercio legítimo adquiera o mantenga un carácter distintivo.[4338] La República Dominicana sostiene que "existe la obligación de abstenerse de establecer reglamentaciones que *menoscaben* o *eliminen* el carácter distintivo esencial para ejercer el derecho de exclusión".[4339] Tal como explica la República Dominicana, sus argumentos se refieren a la obligación de Australia de abstenerse de adoptar restricciones al uso de marcas de fábrica o de comercio tan extremas que a la postre deniegan a un titular de la marca de fábrica o de comercio los derechos que le confiere el párrafo 1 del artículo 16.[4340] Remitiéndose al informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *México - Telecomunicaciones*, la República Dominicana sostiene que "el párrafo 1 del artículo 16 no puede interpretarse de forma que permita a los Miembros, mediante su propia reglamentación, eludir su obligación de otorgar los derechos exclusivos que han de conferirse de conformidad con esa disposición".[4341]

7.1935. La República Dominicana observa también que, según sus argumentos, "el *Acuerdo sobre los ADPIC* no entorpecería la capacidad de un Miembro de reglamentar o prohibir la disponibilidad, o el comercio, de un bien o un servicio determinado"[4342] porque, según sostiene, "la reglamentación de la disponibilidad de un bien o servicio queda fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC".[4343] La República Dominicana explica que este es también el motivo, por

[4332] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 313.
[4333] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 304.
[4334] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 301.
[4335] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 313.
[4336] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 303.
[4337] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 44.
[4338] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 47.
[4339] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 48 (las cursivas figuran en el original).
[4340] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 96 del Grupo Especial, párrafo 58.
[4341] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 71 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafos 7.241-7.2444). (El Grupo Especial entiende que, al citar el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *México - Telecomunicaciones*, la República Dominicana se refería a los párrafos 7.241-7.244)).
[4342] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 51.
[4343] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 51 (no se reproduce la nota de pie de página).

el que sus argumentos sobre la importancia del "uso" con arreglo a los artículos 15 y 16 se limitan al uso en productos objeto de comercio legítimo.[4344]

7.1936. Cuba, por referencia, incorpora los argumentos sobre el párrafo 1 del artículo 16 formulados por Honduras, la República Dominicana, Indonesia y Ucrania en sus primeras comunicaciones escritas, así como los argumentos formulados por Honduras, la República Dominicana e Indonesia en sus segundas comunicaciones escritas.[4345] Cuba sostiene, por referencia a la primera comunicación escrita de Ucrania, que las medidas TPP, al impedir cualquier oportunidad de utilizar marcas de fábrica o de comercio registradas de forma válida en relación con productos disponibles legítimamente, infringe el párrafo 1 del artículo 16 de dos modos. En primer lugar, las medidas TPP anulan la posibilidad de impedir el uso de signos similares en bienes similares dado el impacto adverso de las medidas en la fuerza de la marca y en la capacidad de demostrar la existencia de la confusión a la que se supedita el ejercicio de los derechos en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. En segundo lugar, las medidas TPP dan lugar a la pérdida del carácter distintivo de los signos que no son intrínsecamente distintivos, lo que a su vez conducirá a su invalidación y por ende a la eliminación de la protección prevista en el párrafo 1 del artículo 16.[4346]

7.1937. Con respecto al primer argumento, Cuba, por referencia, aduce que el alcance de la protección de una marca de fábrica o de comercio viene determinado por la fuerza de la marca, que depende de la amplitud de su uso a lo largo del tiempo. "Por lo tanto, la fortaleza en el mercado es esencial para establecer que ha habido infracción y, por consiguiente, para el alcance de la protección". Cuanto más fuerte es la marca, mayor es el alcance de su protección.[4347] Cuba sostiene que, al normalizar el aspecto de las marcas denominativas o marcas de fábrica o de comercio, la medida TPP limita el poder distintivo de la marca, y por tanto, compromete el derecho del titular de la marca de ejercer el derecho exclusivo que le confiere el artículo 16.1.[4348] Cuba, por referencia, explica que tras la introducción del empaquetado genérico, la fuerza de la marca de fábrica o de comercio se debilitará mucho porque los consumidores ya no verán la marca. La evaluación holística de la reputación y la fuerza de la marca, que es fundamental para la probabilidad de confusión y el análisis de la similitud, se reducirá a una simple comparación formal basada en el registro con respecto a una marca débil. La posibilidad de impedir el uso de signos similares en bienes similares se reducirá significativamente, limitándose a los signos casi idénticos en bienes casi idénticos.[4349]

7.1938. Cuba, por referencia, manifiesta que el alcance de los derechos conferidos por el artículo 16 y las condiciones específicas impuestas por el mismo son reflejo de la relación intrínseca y directa entre el uso de la marca de fábrica o de comercio por su titular y el alcance de los derechos conferidos. Por consiguiente, la necesaria interpretación efectiva de los tratados confirma, en el caso del texto del artículo 16, que sin una mínima oportunidad de utilizar la marca de fábrica o de comercio en el producto al que ha de aplicarse, el nivel mínimo de derechos garantizados conferido por el artículo 16 no está ya garantizado.[4350] Cuba, por referencia, sostiene que "no es sostenible una interpretación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC en su conjunto y del artículo 16 en particular en el sentido de que confiera únicamente un derecho negativo a impedir el uso por terceros de signos similares al signo objeto de una marca

[4344] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 51.
[4345] Véase la nota 4054 *supra*. Dado que hemos descrito por separado los argumentos pertinentes de los demás reclamantes, en la sección siguiente resumiremos únicamente los principales argumentos de Ucrania.
[4346] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 278). Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 94 del Grupo Especial.
[4347] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 279, en la que se cita el informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1), párrafo 64).
[4348] Respuesta de Cuba a la pregunta 29 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) y a la pregunta 96 del Grupo Especial.
[4349] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 280).
[4350] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 274).

de fábrica o de comercio".[4351] Cuba sostiene que el artículo 16 reconoce el derecho de uso y protege el uso de las marcas de fábrica o de comercio.[4352]

7.1939. Cuba, por referencia, llega a la conclusión de que las medidas TPP reducen el alcance de todos los derechos relativos a marcas de fábrica o de comercio registradas e impiden efectivamente a los titulares oponerse al uso de signos similares en bienes similares, lo que constituye una infracción del nivel mínimo de derechos que Australia ha de garantizar con arreglo al párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4353]

7.1940. Con respecto al segundo argumento, Cuba, por referencia explica que, como los signos no intrínsecamente distintivos no pueden registrarse, y su registro puede invalidarse por falta de carácter distintivo a menos que se usen en determinado contexto[4354], lo cual está prohibido por las medidas TPP, no hay base para que determinadas marcas figurativas no intrínsecamente distintivas obtengan o mantengan la condición de marcas de fábrica o de comercio. Por lo tanto, automáticamente se convertirán en genéricas.[4355] Asimismo, Cuba sostiene que ni el artículo 28 de la Ley TPP ni la Ley TMA resuelven esa cuestión, ya que no permiten que las marcas de fábrica o de comercio no intrínsecamente distintivas puedan obtener o mantener la protección garantizada en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.[4356] Por consiguiente, los titulares de marcas de fábrica o de comercio que hayan sido protegidas y usadas con anterioridad y que se beneficien del nivel mínimo de protección garantizado por el párrafo 1 del artículo 16 perderán o habrán perdido ya esa protección.[4357] Cuba sostiene, por referencia, que "al denegar esos derechos exclusivos mínimos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio consistentes en signos no intrínsecamente distintivos, Australia incumple la obligación que le impone el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC".[4358]

7.1941. Indonesia mantiene que Australia ha infringido el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC de dos modos: 1) la Ley TPP exige el uso de marcas engañosamente similares en bienes idénticos, tal como se definen en la ley australiana, menoscabando así el derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio a impedir el uso que sea probable que dé lugar a confusión; y 2) la Ley TPP impide que marcas válidamente registradas mantengan su carácter distintivo, disminuyendo así (y, con el tiempo, extinguiendo) la capacidad del titular de una marca válidamente registrada de impedir el uso no autorizado por terceros de marcas similares en bienes similares no abarcados por la Ley TPP.[4359]

7.1942. Con respecto al primer argumento, Indonesia reconoce que antes de la aplicación del empaquetado genérico, el régimen de marcas de fábrica o de comercio de Australia se ajustaba a las obligaciones asumidas por Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16 a efectos de conceder a los titulares de marcas de fábrica o de comercio el derecho exclusivo de impedir el uso no autorizado por terceros de signos idénticos o similares para bienes o servicios idénticos o similares en los casos en que tal uso diese lugar a probabilidad de confusión[4360] a través del artículo 120 de la Ley TM. Indonesia sostiene que, tras la implementación de las medidas TPP, los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas en relación con productos de tabaco "se encuentran en la extraña situación de estar *legalmente obligados* a presentar sus marcas de fábrica o de comercio de manera 'engañosamente similar' a las de otras marcas de tabaco, al tiempo que se coarta su capacidad de *impedir* el uso por terceros de marcas que sean

[4351] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 228, en el que se cita el informe de Schwebel (Prueba documental UKR-2), párrafo 3).
[4352] Respuesta de Cuba a la pregunta 99 del Grupo Especial.
[4353] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 294).
[4354] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 285).
[4355] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 288).
[4356] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 289).
[4357] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 292).
[4358] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 293).
[4359] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 213.
[4360] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 214.

engañosamente similares a sus propios productos".[4361] Indonesia sostiene además que, "como las medidas [T]PP de Australia son obligatorias, Australia ha dejado a los titulares de marcas de fábrica o de comercio sin ningún recurso".[4362] "Debido al carácter obligatorio de esta medida, Australia ha privado a los titulares de marcas de fábrica o de comercio del derecho a excluir los usos de marcas similares cuando tales usos den lugar a probabilidad de confusión, en contradicción directa con la obligación que le impone el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC".[4363]

7.1943. Indonesia aduce que las marcas de fábrica o de comercio, incluidos los colores, los diseños y las imágenes objeto de marcas de fábrica o de comercio, son esenciales para el establecimiento y el mantenimiento de las marcas. Esas marcas no verbales refuerzan el carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio correspondiente a una marca. Esto es especialmente cierto, según Indonesia, cuando todos los productos son similares o idénticos, como es el caso de los cigarrillos.[4364] Refiriéndose a una lista de marcas verbales registradas en Australia relativas a productos de tabaco en las que figura la palabra "*gold*"[4365], Indonesia sostiene que podrían, en ausencia de todo tipo de letra, símbolo o color distintivo, fácilmente confundirse con la marca verbal "*Indonesian Gold*". En muchos casos, las marcas verbales por sí solas son insuficientes para diferenciar una marca de otra. Esto es especialmente cierto, según Indonesia, en el caso de las medidas TPP, conforme a las cuales todas las marcas verbales deben adoptar el formato prescrito (tipo de letra, tamaño, color, etc.). "Al despojar a las marcas de fábrica o de comercio de todas sus características distintivas, salvo una, Australia ha privado de sentido al derecho conferido por el párrafo 1 del artículo 16. En virtud de [las medidas TPP], el titular de una marca de fábrica o de comercio relativa al tabaco está obligado a convertirse a la vez en perpetrador *y* víctima de marcas engañosamente similares en relación con bienes idénticos. A ese respecto, el empaquetado genérico desvirtúa la finalidad misma de los derechos de propiedad intelectual".[4366]

7.1944. Indonesia manifiesta además que, al modificar la Ley TM e introducir el artículo 231A, "el Gobierno de Australia reconoce que el empaquetado genérico es contrario al normal funcionamiento de la legislación sobre marcas de fábrica o de comercio y propicia la proliferación de reglamentaciones que entorpecen aún más la función ordinaria de las marcas de fábrica o de comercio".[4367]

7.1945. Indonesia concluye que Australia ha infringido el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC al restringir la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de impedir que haya "probabilidad de confusión" con marcas de fábrica o de comercio casi idénticas. "Si se exige que las marcas relativas a productos de tabaco idénticos se presenten de manera prácticamente idéntica, como en el caso del empaquetado genérico, será considerablemente más difícil para los titulares de marcas de fábrica o de comercio ejercer, en el marco de la legislación australiana, su derecho de impedir los usos que sea probable que causen confusión, derecho que Australia *debe* garantizar a los titulares de marcas de fábrica o de comercio de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16".[4368]

7.1946. En respuesta al argumento de Australia de que las medidas TPP no exigen que determinadas marcas verbales se presenten de manera confusa debido a que el registro de esas marcas muestra que han sido consideradas capaces de distinguir los bienes del solicitante de la marca de los bienes de otras personas, Indonesia sostiene que "el simple hecho de que una marca de fábrica o de comercio esté registrada no significa que no pueda usarse nunca de manera que pueda dar lugar a probabilidad de confusión con otra marca de fábrica o de comercio registrada. De hecho, la [Ley TM] faculta al encargado del Registro para revocar el registro de una marca de fábrica o de comercio si 'es razonable revocar el registro, teniendo en cuenta todas las

[4361] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 214 (las cursivas figuran en el original).
[4362] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 93. Véase también la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 101.
[4363] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 101.
[4364] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 216. Indonesia añade que "los estudios indican que 'muchos fumadores son incapaces de distinguir entre cigarrillos similares' en ausencia de marcas de fábrica o de comercio". Ibid.
[4365] Véase la primera comunicación escrita de Indonesia, cuadro V.1.
[4366] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 217.
[4367] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 218.
[4368] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 219. (las cursivas figuran en el original)

circunstancias'. Entre esas circunstancias figura 'cualquier uso que se haya hecho de la marca de fábrica o de comercio' así como 'cualesquiera procedimientos judiciales pasados, en curso o previstos en relación con la marca de fábrica o de comercio'". Por consiguiente, según sostiene Indonesia, el mero hecho del registro no impide la posibilidad de su revocación posterior basada en un uso de la marca de fábrica o de comercio que induzca a confusión.[4369]

7.1947. Con respecto al segundo argumento, Indonesia mantiene que "además de exigir que marcas aplicadas a bienes idénticos tengan un aspecto engañosamente similar", las medidas TPP reducen el carácter distintivo global de las marcas al cabo del tiempo. La fuerza de una marca de fábrica o de comercio es inseparable de su capacidad de distinguir productos, lo que depende del uso. Las marcas que tienen un carácter altamente distintivo son confundidas más fácilmente con marcas similares o idénticas en relación con bienes similares o idénticos, lo que activa el derecho del titular de impedir el uso de tales marcas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16. En consecuencia, las marcas menos distintivas son menos susceptibles de ser confundidas con otras marcas, lo que significa que sus titulares tendrán menos capacidad para impedir el uso de marcas similares o idénticas en relación con bienes similares o idénticos.[4370] Indonesia sostiene además que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* "observó [que] el uso de una marca de fábrica o de comercio es necesario para preservar su carácter distintivo".[4371]

7.1948. Indonesia aduce que las medidas TPP darán inevitablemente por resultado la pérdida del carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio relacionadas con productos de tabaco porque restringen el uso de tales marcas en el curso normal de las operaciones comerciales. La pérdida de carácter distintivo, según manifiesta Indonesia, tendrá por efecto la incapacidad de los titulares de demostrar que existe probabilidad de confusión con marcas cada vez más similares aplicadas a productos cada vez más similares, en detrimento de los derechos garantizados por el párrafo 1 del artículo 16.[4372] Como resultado, según Indonesia, hay muchos productos conexos que no están abarcados por las medidas TPP y que ahora pueden exhibir marcas similares o idénticas como marcas de tabaco registradas sin el consentimiento del titular de la marca de fábrica o de comercio.[4373]

7.1949. Indonesia concluye que "la erosión gradual de la fuerza de las marcas de fábrica o de comercio es una destrucción inaceptable de la propiedad intelectual totalmente contraria a la finalidad del Acuerdo sobre los ADPIC. El hecho de que las marcas pierdan su carácter distintivo como resultado directo de la legislación nacional de Australia equivale a una denegación rotunda de derechos a las marcas distintivas por parte de Australia, en incumplimiento de sus obligaciones. Por consiguiente, Australia ha infringido el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC al menoscabar el carácter distintivo de las marcas y, por consiguiente, la capacidad de sus titulares de impedir el uso de marcas similares o idénticas en bienes similares o idénticos".[4374]

7.1950. En respuesta al argumento de Australia de que no hay un "derecho positivo de uso", Indonesia sostiene que el Acuerdo sobre los ADPIC prevé una oportunidad mínima de usar una marca de fábrica o de comercio registrada en relación con los bienes o servicios pertinentes.[4375] Añade que cualquier excepción a esa norma debe ser limitada y tener en cuenta los intereses legítimos de los titulares de marcas de fábrica o de comercio y de los terceros (por ejemplo, los consumidores) en lo que respecta al uso de esas marcas.[4376] Indonesia explica que la oportunidad mínima de uso de las marcas de fábrica o de comercio prevista por el Acuerdo sobre los ADPIC no es un derecho irrestricto de uso. Sin embargo, si se considera que el valor de las marcas de fábrica

[4369] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 96 (donde se cita la Ley TM (Prueba documental JE-6), artículos 84(1)(b) y 84(3)(a)-84(3)(b), páginas 83-84).
[4370] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 220.
[4371] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 90 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664). Véase también la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 222.
[4372] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 222.
[4373] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 223 (donde se hace referencia a los resultados de búsqueda en ATMOSS (Prueba documental IDN-62)).
[4374] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 223.
[4375] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 72.
[4376] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 72 (donde se hace referencia al artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC y el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664).

o de comercio procede únicamente de la capacidad de los titulares privados de marcas de fábrica o de comercio para utilizar esas marcas con objeto de distinguir sus bienes y servicios en el curso de operaciones comerciales, es totalmente lógico que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a marcas de fábrica o de comercio protejan también la oportunidad mínima de los titulares de las marcas de fábrica o de comercio para hacer uso de sus marcas.[4377] Indonesia mantiene además que, incluso en los mercados en los que no se ha establecido el "derecho de uso", el uso de las marcas de fábrica o de comercio es un factor que influye decisivamente en los árbitros encargados de las alegaciones por infracción.[4378] Indonesia considera que el interés legítimo del titular de una marca de fábrica o de comercio en usar su marca y la importancia del uso para aprovechar las ventajas que otorga el registro de una marca de fábrica o de comercio, aunque sean elementos esenciales en esta diferencia, no deberían confundirse con un "derecho positivo de uso" o un "derecho absoluto de uso". Aunque los Miembros pueden adoptar diversas medidas reglamentarias que repercutan en el uso de una marca de fábrica o de comercio, dirigidas a una marca de fábrica o de comercio o a los bienes y servicios a los que se aplica, "no puede ser cierto", según Indonesia, "que los derechos y obligaciones conferidos por el Acuerdo sobre los ADPIC no se vean afectados o menoscabados por una prohibición injustificada del uso de marcas de fábrica o de comercio en relación con toda una categoría de productos".[4379]

7.1951. Refiriéndose a la jurisprudencia nacional australiana sobre marcas de fábrica o de comercio, Indonesia sostiene que la ley australiana reconoce que el uso de una marca de fábrica o de comercio es un factor esencial en cualquier procedimiento por infracción. Por consiguiente, si el uso es fundamental para probar la infracción de una marca de fábrica o de comercio en Australia (mercado en el que no se reconoce el derecho positivo a usar una marca de fábrica o de comercio), es igualmente correcto, según Indonesia, constatar que la prohibición del uso "vacía de contenido" la protección otorgada por el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4380] Indonesia aduce también que el artículo 28 de la Ley TPP no repara la pérdida de carácter distintivo ni, por consiguiente, la pérdida de la protección otorgada a las marcas de fábrica o de comercio por el párrafo 1 del artículo 16 como resultado de las medidas TPP[4381], ya que trata únicamente sobre el mantenimiento en el Registro de registros de marcas de fábrica o de comercio que caen en desuso como resultado de las medidas TPP.[4382]

7.1952. Indonesia explica que no alega que los Miembros estén obligados con arreglo al párrafo 1 del artículo 16 a tomar medidas positivas para asegurar el carácter distintivo de las marcas. Es responsabilidad del titular de la marca de fábrica o de comercio ejercer su "libertad general de mercado" para reforzar y mantener su marca mediante su uso en el mercado. Sin embargo, según Indonesia, el párrafo 1 del artículo 16 obliga a los Miembros a abstenerse de adoptar medidas reglamentarias que limiten la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de ejercer su derecho a impedir el uso de signos similares o idénticos en bienes o servicios similares o idénticos que probablemente dé lugar a confusión. Las medidas TPP de Australia, sostiene Indonesia, hacen exactamente lo contrario al reducir considerablemente el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio relativas a tabaco prohibiendo su uso en el mercado, lo que menoscaba la capacidad de los titulares de esas marcas de emprender con éxito acciones por infracción al amparo de la legislación australiana sobre marcas de fábrica o de comercio. El registro por sí solo, afirma Indonesia, es insuficiente para preservar el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio.[4383]

7.1953. Indonesia aduce también que la manera y el contexto en que se usan las marcas de fábrica o de comercio, incluida su presentación comercial, es un elemento importante de las acciones por infracción de marcas de fábrica o de comercio en Australia[4384], y con arreglo al criterio del "recuerdo imperfecto" de Australia, los tribunales extraen conclusiones sobre lo que un consumidor suele recordar en relación con las marcas y comparan de qué forma se usan o se

[4377] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 14.
[4378] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 74.
[4379] Respuesta de Indonesia a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 16.
[4380] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 89.
[4381] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 92.
[4382] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 92.
[4383] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 91. Véase también la respuesta de Indonesia a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 19 ("Del texto de esa disposición se desprende claramente que el *Miembro* no está obligado a preservar o reforzar la marca. Esta responsabilidad corresponde únicamente al titular de la marca de fábrica o de comercio.") (las cursivas figuran en el original).
[4384] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 97.

pretenden usar las marcas en el mercado.[4385] Indonesia sostiene que, si bien las marcas verbales pueden haberse registrado sin ningún elemento de color o figurativo, rara vez se utilizan en el formato sencillo en el que se han registrado[4386], a menudo la gente no lee las palabras con detenimiento ni las pronuncia con claridad[4387], y los estudios han comprobado que el efecto del diseño de la etiqueta en la similitud percibida es más de siete veces mayor que el efecto del nombre de la marca.[4388] Indonesia manifiesta que, en consecuencia, no es difícil demostrar que las medidas TPP probablemente aumentarán el riesgo de confusión. En la presente diferencia, las marcas verbales que se permiten en el empaquetado del tabaco tienen que exhibirse con una presentación comercial idéntica. Sin otros elementos distintivos, la capacidad de las marcas verbales para distinguir los productos se reduce seriamente.[4389]

7.1954. Australia sostiene que las medidas TPP no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16, interpretado correctamente.[4390] Australia explica que, sobre la base del sentido ordinario de los términos del párrafo 1 del artículo 16, el derecho otorgado a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas es un derecho negativo, es decir, el derecho a detener u obstaculizar el uso por terceros de signos idénticos o similares en bienes idénticos o similares, hasta que lleguen al punto de venta y mientras se hallen en él, cuando tal uso cause o sea probable que cause confusión.[4391] Australia añade que esa interpretación del carácter negativo del derecho conferido por el párrafo 1 del artículo 16 es compatible con el contexto y con el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC[4392], con informes anteriores de grupos especiales y del Órgano de Apelación[4393], y con las opiniones de los principales comentaristas.[4394] Según Australia, el derecho otorgado por el párrafo 1 del artículo 16 no es un derecho positivo a usar una marca de fábrica o de comercio.[4395]

7.1955. Australia está de acuerdo con el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* en que el titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un "interés legítimo" en usar su marca para distinguir sus bienes o servicios de los de otras empresas en el curso de operaciones comerciales.[4396] Australia sostiene que el "interés legítimo" del titular de una marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca debe contrastarse con los "derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio" establecidos en el artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los "intereses legítimos" de los titulares de marcas de fábrica o de comercio no pueden situarse al nivel de los "derechos

[4385] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 97.
[4386] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 100.
[4387] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 97 (donde se hace referencia a *Tivo v. Vivo* (Prueba documental IDN-101), párrafo 165).
[4388] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 99 (donde se hace referencia a Aribarg *et al.* 2014 (Prueba documental DOM-224), página 663).
[4389] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 98.
[4390] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 317.
[4391] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 312.
[4392] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246.
[4393] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.611, nota 564 ("El párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC solo establece un derecho de contenido negativo a impedir a cualesquiera terceros que usen signos en determinadas circunstancias."). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186.
[4394] Véanse, por ejemplo, las observaciones de Correa acerca del Acuerdo sobre los ADPIC (Prueba documental AUS-242), página 186 ("El párrafo 1 del artículo 16 se refiere al derecho a excluir el uso en determinadas condiciones, que claramente se prevé como un derecho negativo, no como el derecho a usar la marca."); Carvalho, tercera edición, fragmentos presentados por Australia (Prueba documental AUS-236), página 249 ("Al igual que todos los demás derechos de propiedad industrial abarcados por el Acuerdo sobre los ADPIC, los derechos relativos a marcas de fábrica o de comercio se describen también básicamente de forma negativa. Los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio son derechos a excluir, no a usar".); y J. Malbon, C. Lawson y M. Davison, *The WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary* (Edward Elgar, 2014) (Prueba documental AUS-246), página 294 ("No existe un derecho positivo que se conceda al titular del registro para utilizar la marca de fábrica o de comercio. En consecuencia, los Miembros pueden imponer condiciones gravosas a la venta de los productos relacionados con la marca de fábrica o de comercio que, en efecto, tal vez impidan el uso de la marca de fábrica o de comercio registrada o limiten seriamente ese uso. Por ejemplo, las restricciones impuestas a la venta de productos de tabaco pueden restringir el uso de la publicidad relativa a la marca de fábrica o de comercio del producto.").
[4395] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 312.
[4396] Respuesta de Australia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 42.

conferidos por una marca de fábrica o de comercio".[4397] Australia concluye que la capacidad de usar una marca de fábrica o de comercio es una libertad general de mercado y no un "derecho" protegido en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.[4398] Australia sostiene que tanto si los reclamantes consideran que el párrafo 1 del artículo 16 impone a los Miembros una obligación positiva de garantizar el uso de una marca de fábrica o de comercio para asegurar que surja una probabilidad de confusión, como si consideran que impone a los Miembros una obligación negativa de no impedir el uso de una marca de fábrica o de comercio de modo que pueda surgir la probabilidad de confusión, sus argumentos no pueden conciliarse con su admisión de que el párrafo 1 del artículo 16 obliga a los Miembros a conferir a los titulares de marcas de fábrica o de comercio solo derechos de exclusión negativos.[4399]

7.1956. Habida cuenta de todo ello, Australia mantiene que la base de las alegaciones de los reclamantes es que si una marca de fábrica o de comercio no se usa, la "probabilidad de confusión" se reduce y, de ese modo, el derecho a impedir que terceros utilicen marcas de fábrica o de comercio similares o idénticas en bienes similares o idénticos disminuye.[4400] Ese argumento, según sostiene Australia, es "poco plausible"[4401], ya que el párrafo 1 del artículo 16 no exige a los Miembros que se aseguren de que surja una probabilidad de confusión para que los titulares de las marcas de fábrica o de comercio puedan impedir la confusión. Según Australia, no existe un "derecho de confusión" con arreglo al párrafo 1 del artículo 16.[4402]

7.1957. Con respecto al argumento de que el principio de interpretación efectiva de los tratados significa que el nivel mínimo de derechos exigido por el artículo 16 no se respeta sin una oportunidad mínima de usar una marca de fábrica o de comercio, Australia sostiene que "el principio de *effet utile* significa que el intérprete de un tratado no puede adoptar una interpretación que haga *jurídicamente* redundantes determinadas partes del tratado".[4403] Australia aduce que lo esencial del derecho establecido en el párrafo 1 del artículo 16 es disponer que los titulares de marcas de fábrica o de comercio pueden impedir el uso no autorizado en el curso de operaciones comerciales de signos similares o idénticos cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. Ese derecho protege la posición de los titulares de marcas de fábrica o de comercio en relación con otros comerciantes en el mercado.[4404] Australia añade que las medidas TPP tienen por efecto asegurar que las protecciones otorgadas en virtud de la Ley TM a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas, incluido el derecho de impedir infracciones se preserven completamente.[4405] Asimismo, Australia sostiene que, aun cuando algunos titulares de marcas de fábrica o de comercio puedan, de hecho, ejercer sus derechos de exclusión con mayor frecuencia que otros, esto no significa que el efecto jurídico del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se vuelva "redundante". El hecho de que pueda haber menos posibilidades de confusión como resultado de las medidas TPP no hacen inútiles los derechos conferidos por el artículo 16.[4406]

7.1958. Con respecto al argumento de los reclamantes de que las medidas TPP no podrían justificarse al amparo del artículo 17, Australia manifiesta que las medidas TPP no crean ninguna excepción a los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, que son derechos negativos de exclusión, y no comprenden el derecho a usar una marca. El artículo 17, concluye Australia, no abarca por tanto la medida en litigio.[4407]

7.1959. Con respecto a la alegación de Indonesia de que las medidas TPP exigen que los titulares de marcas de fábrica o de comercio presenten sus marcas de manera engañosamente similar, Australia sostiene que "si los nombres de marcas y variantes en cuestión han sido todos ellos registrados, el encargado del Registro ha determinado que esas marcas de fábrica o de comercio denominativas son de hecho capaces de distinguir los bienes del solicitante de la marca de los

[4397] Respuesta de Australia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 42 (no se reproduce la nota de pie de página).
[4398] Respuesta de Australia a la pregunta 90 del Grupo Especial, párrafo 23.
[4399] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 30.
[4400] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 314.
[4401] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 315.
[4402] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 315 (las cursivas figuran en el original).
[4403] Respuesta de Australia a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafo 99 (las cursivas figuran en el original).
[4404] Respuesta de Australia a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafo 101.
[4405] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 318.
[4406] Respuesta de Australia a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafo 103.
[4407] Respuesta de Australia a la pregunta 90 del Grupo Especial, párrafo 43.

bienes de otras empresas.[4408] Además, Indonesia no reconoce que, si *se diese* el caso de que un competidor usara una palabra en un producto de tabaco que fuera idéntica o similar a una marca de fábrica o de comercio registrada ya existente, de modo que creara una probabilidad de confusión (por ejemplo, si un competidor tratase de vender cigarrillos con el nombre de marca 'Marblerow'), entonces el titular de la marca de fábrica o de comercio podría ejercer sus derechos de exclusión negativos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16".[4409]

7.1960. Con respecto a la alegación de que las medidas TPP dan lugar a la pérdida del carácter distintivo de los signos no intrínsecamente distintivos, lo que a su vez llevará a su invalidación y por consiguiente a la eliminación de la protección en virtud del párrafo 1 del artículo 16, Australia sostiene que el artículo 28 de la Ley TPP dispone que el funcionamiento de esa Ley no impide el registro de una marca de fábrica o de comercio o el mantenimiento de ese registro. Australia manifiesta que, al asegurar que las marcas de fábrica o de comercio puedan registrarse y mantenerse en el registro, las medidas TPP no tienen efecto alguno en la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas de ejercer los derechos otorgados en virtud de la Ley TM de tratar de obtener reparación en caso de que un tercero use un signo idéntico o similar en el curso de operaciones comerciales cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.[4410]

7.3.3.3 Principales argumentos de los terceros

7.1961. El Canadá sostiene que el derecho conferido por el párrafo 1 del artículo 16 consiste únicamente en el derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio para impedir que terceros hagan uso no autorizado de signos idénticos o similares en bienes o servicios idénticos o similares cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.[4411] Según el Canadá, la historia de la negociación del párrafo 1 del artículo 16 muestra que en el texto no se incluyó el derecho de un titular a usar la marca de fábrica o de comercio.[4412] El Canadá sostiene que los Miembros de la OMC no están obligados en virtud del párrafo 1 del artículo 16, ni en otras partes del Acuerdo sobre los ADPIC, a preservar o reforzar la marca de fábrica o de comercio o la capacidad del titular de demostrar eficazmente que hay "probabilidad de confusión". Tal obligación haría efectivamente a los Miembros responsables de intereses privados que no pueden controlar, ya que la fuerza de una marca depende, en último término, de su uso y de las fuerzas del mercado, incluida la percepción de los consumidores.[4413] Según el Canadá, si se adopta la interpretación de los reclamantes, los Miembros tendrían poca flexibilidad para reglamentar, ya que numerosas medidas, como la prohibición o la restricción de la publicidad de los productos, podrían tener el efecto de reducir la fuerza de la marca.[4414]

7.1962. Nicaragua aduce que, al prohibir el uso de las marcas de fábrica o de comercio y permitir únicamente determinadas marcas verbales en un formato y un tipo de letra normalizados, las medidas TPP "infringen necesariamente el Acuerdo sobre los ADPIC en lo que respecta a la protección de los derechos de propiedad intelectual, como las marcas de fábrica o de comercio".[4415] Nicaragua sostiene que los derechos previstos en el artículo 16 "no tienen sentido" y son "vanos" si no van acompañados de una oportunidad razonable de usar la marca de fábrica o de comercio. Según Nicaragua, el principio de interpretación efectiva de los tratados no respalda la lectura que hace Australia de esa disposición.[4416]

7.1963. Noruega sostiene que el texto mismo del párrafo 1 del artículo 16 indica claramente que el derecho conferido a los titulares de marcas de fábrica o de comercio en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC no es un derecho de uso, sino un derecho exclusivo de impedir determinados usos por

[4408] (Nota del original) Si una persona está en desacuerdo con la decisión del encargado del Registro de registrar la marca de fábrica o de comercio, podrá oponerse al registro o solicitar la supresión del mismo de conformidad con la Ley TM. Véase la primera comunicación escrita de Australia, anexo D, párrafos 3-7.
[4409] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 31. (las cursivas figuran en el original)
[4410] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 317. Véase también la explicación por Australia del funcionamiento del artículo 28 de la Ley TPP en la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 267-271.
[4411] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 46.
[4412] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 47.
[4413] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 48.
[4414] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 49.
[4415] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 19.
[4416] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 25.

terceros.[4417] Reconociendo que los titulares de marcas de fábrica o de comercio pueden tener un interés legítimo en usar su marca, según confirmó el Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, Noruega mantiene que ello no significa, sin embargo, que ese interés figure entre los derechos establecidos en el párrafo 1 del artículo 16; y sostiene, por el contrario, que el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* declaró que "[d]ado que el artículo 17 crea una excepción a los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, los 'intereses legítimos' del titular de la marca de fábrica o de comercio tienen que ser algo distinto del pleno goce de esos derechos".[4418]

7.1964. Nueva Zelandia sostiene que las alegaciones de los reclamantes de que las medidas TPP reducen los derechos exclusivos de los titulares de marcas de fábrica o de comercio en virtud del párrafo 1 del artículo 16 son erróneas. Estima que el párrafo 1 del artículo 16 no otorga un derecho a usar la marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales como el titular considere oportuno, ni otorga un derecho positivo tal que un Miembro de la OMC esté obligado a permitir a titular de la marca de fábrica o de comercio usar su marca.[4419] En opinión de Nueva Zelandia, el Grupo Especial debe rechazar las alegaciones de los reclamantes en relación con el párrafo 1 del artículo 16.[4420]

7.1965. Singapur aduce que la tesis de los reclamantes de que la erosión o, en algunos casos, la pérdida de la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio de impedir el uso no autorizado de determinados signos debido a la pérdida del carácter distintivo que podría producirse como resultado de las medidas TPP infringe el párrafo 1 del artículo 16 es insostenible.[4421] Según Singapur, el sentido corriente del párrafo 1 del artículo 16 no respalda ese argumento[4422], que confunde erróneamente el interés legítimo de los titulares por preservar el carácter distintivo de sus marcas de fábrica o de comercio con el derecho conferido por el párrafo 1 del artículo 16.[4423]

7.3.3.4 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.1966. Los reclamantes aducen que la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio de demostrar la existencia de confusión en el mercado y por ende de infracción guarda correlación con el grado de carácter distintivo o de "fuerza" de la marca, que, según sostienen, está intrínsecamente relacionado con la capacidad del titular de la marca de fábrica o de comercio para usarla.[4424] Según los reclamantes, la prohibición por las medidas TPP de ciertos usos de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco da por resultado una reducción del carácter distintivo de las marcas, lo que menoscaba la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de impedir el uso por terceros de marcas similares o idénticas para bienes similares de forma que cree una "probabilidad de confusión".[4425] Honduras sostiene que el artículo 16 impone a los Miembros la obligación de garantizar a los titulares de marcas de fábrica o de comercio un nivel mínimo de derechos privados que les permita proteger eficazmente la función de distinción y de indicación de la procedencia de sus marcas en el contexto de procedimientos por infracción.[4426] La República Dominicana, Cuba, por referencia, e Indonesia aducen que el párrafo 1

[4417] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 32.
[4418] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 33 (donde se cita el informe *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.662).
[4419] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 32.
[4420] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 33.
[4421] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 28.
[4422] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 29.
[4423] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 30.
[4424] Véase la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 259. Véanse también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 171-172, 217 y 239-240; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 306-307; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 264-265); y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 220.
[4425] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 239-243; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 295; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 278); y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 220 y 222.
[4426] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 258. Véanse también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 294, en el que a su vez se menciona la "obligación positiva" de Australia de proteger los derechos mínimos conferidos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio por el párrafo 1 del artículo 16); y la respuesta de Indonesia a

del artículo 16 obliga a los Miembros a abstenerse de establecer reglamentaciones que menoscaben o eliminen el carácter distintivo esencias para ejercer los derechos relativos a la marca de fábrica o de comercio.[4427] Honduras, la República Dominicana e Indonesia sostienen que el interés del titular de una marca de fábrica o de comercio por usar la marca es una consideración importante con respecto a las alegaciones basadas en el párrafo 1 del artículo 16, pero no aducen que el párrafo 1 del artículo 16 confiera un "derecho d uso".[4428] Cuba aduce, por referencia, que el principio de interpretación efectiva de los tratados exige que los Miembros concedan una oportunidad mínima de usar una marca de fábrica o de comercio, ya que, de no ser así, no se garantizan los derechos mínimos conferidos por el párrafo 1 del artículo 16.[4429]

7.1967. Además, Cuba sostiene, por referencia, que las medidas TPP anulan la protección exigida por el párrafo 1 del artículo 16 para las marcas de fábrica o de comercio no intrínsecamente distintivas que hayan adquirido anteriormente carácter distintivo mediante el uso. La prohibición de determinados usos de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco causará, según Cuba, que los signos no intrínsecamente distintivos registrados pierdan su carácter distintivo y queden sujetos a procedimientos de anulación.[4430]

7.1968. Por último, Indonesia, y Cuba, por referencia, aducen que, al normalizar el aspecto del empaquetado del tabaco y de los productos de tabaco, las medidas TPP exigen el uso de "marcas [engañosamente] similares" en "productos idénticos", al tiempo que privan a los titulares de un recurso, menoscabando así el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio en virtud del párrafo 1 del artículo 16 de impedir el uso que sea probable que dé lugar a confusión.[4431]

7.1969. En primer lugar consideraremos el alcance de la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 16 pertinente para las alegaciones de los reclamantes, y después examinaremos sucesivamente los tres conjuntos de argumentos.

7.3.3.4.1 El alcance de la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 16

7.1970. Recordamos que el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Derechos conferidos", dispone lo siguiente:

> El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad

---

la pregunta 95 del Grupo Especial (donde se afirma que los Miembros están obligados a crear un "régimen jurídico o reglamentario en el que el titular de una marca de fábrica o de comercio pueda impedir el uso por terceros de signos idénticos o similares en bienes idénticos o similares cuando tal uso dé lugar a probabilidad de confusión").

[4427] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafos 44-45 y 47-48; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 65; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorporan los argumentos formulados en la segunda comunicación escrita de la República Dominicana). Véase también la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 91.

[4428] Respuesta de Honduras a la pregunta 99 del Grupo Especial; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 94 y 96 del Grupo Especial; y respuesta de Indonesia a la pregunta 94 del Grupo Especial. Pero véase la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 71-72 y 75 (donde se indica que el Acuerdo sobre los ADPIC prevé una "oportunidad mínima de uso", aun cuando no exista un derecho absoluto de uso). Cuba respalda y hace suyas las alegaciones, argumentaciones y pruebas de los demás reclamantes (véase la nota 4345 *supra*) con respecto a esa cuestión. Véase también, sin embargo, la respuesta de Cuba a la pregunta 99 del Grupo Especial (donde se sugiere que el artículo 16 reconoce un derecho a usar una marca de fábrica o de comercio).

[4429] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 274). Véase también la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 71-72 y 75 (donde se indica que el Acuerdo sobre los ADPIC prevé una "oportunidad mínima de uso", aun cuando no exista un derecho absoluto de uso).

[4430] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 285-293).

[4431] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 213; y primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora por referencia la primera comunicación escrita de Indonesia, con respecto a los argumentos relativos a su alegación en el marco del párrafo 1 del artículo 16).

de confusión. Los derechos antes mencionados se entenderán sin perjuicio de ninguno de los derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de los Miembros de reconocer derechos basados en el uso.

7.1971. Las partes convienen en que el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 formula un derecho "exclusivo" del titular de una marca de fábrica o de comercio a impedir determinados usos por terceros.[4432] Algunos reclamantes no contestan la afirmación de Australia de que este derecho exclusivo es un derecho "negativo"[4433], y todos han indicado que *no* alegan que el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 formula un derecho "positivo" de los titulares de marcas de fábrica o de comercio a usar sus marcas registradas.[4434] Sin embargo, algunos reclamantes han puesto en duda la utilidad y las consecuencias de etiquetar como "positivos" o "negativos" los derechos relacionados con el párrafo 1 del artículo 16.[4435] Honduras entiende que el párrafo 1 del artículo 16 exige que los Miembros garanticen un nivel mínimo de derechos privados que permita a los titulares de marcas de fábrica o de comercio ejercer el derecho de exclusión.[4436] La República Dominicana, Cuba, por referencia, e Indonesia sostienen que el párrafo 1 del artículo 16 obliga a los Miembros a abstenerse de establecer reglamentaciones que menoscaben o eliminen el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas.[4437] Según los reclamantes, el carácter distintivo y, por tanto, el alcance de la protección concedida en virtud del párrafo 1 del artículo 16 guardan relación con el uso.[4438] Los reclamantes sostienen que, al prohibir el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco, las medidas TPP menoscaban el carácter distintivo de esas marcas y limitan la capacidad de sus titulares de ejercer sus derechos en virtud del párrafo 1 del artículo 16.[4439]

[4432] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 171 y 218-229; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 299; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 261); respuesta de Cuba a la pregunta 96 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 214; y primera comunicación escrita de Australia, párrafo 311.

[4433] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 58; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 44; respuesta de Indonesia a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 15; y primera comunicación escrita de Australia, párrafo 312.

[4434] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 257; respuesta de Honduras a la pregunta 96 del Grupo Especial; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 44; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 63; y respuesta de Indonesia a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafos 15-16. Cuba respalda y hace suyas las alegaciones, argumentaciones y pruebas de los demás reclamantes (véase la nota 4345 *supra*) con respecto a esa cuestión. Véanse también, sin embargo, la respuesta de Cuba a las preguntas 94 y 99 del Grupo Especial (donde se indica que el párrafo 1 del artículo 16 reconoce un "derecho de uso"); y la respuesta de Cuba a la pregunta 96 del Grupo Especial. Véase asimismo la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 312.

[4435] Véanse la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 257-258; la respuesta de Honduras a la pregunta 96 del Grupo Especial; la respuesta de Cuba a la pregunta 96 del Grupo Especial; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 96 del Grupo Especial, párrafo 23.

[4436] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 258. Véase también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 259, en el que dice que "la prohibición total de la posibilidad de usar la marca de fábrica o de comercio ... elimina la posibilidad de ejercer los derechos privados conferidos por el artículo 16 y reduce necesariamente el nivel de protección por debajo del nivel mínimo garantizado").

[4437] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 48 ("existe la obligación de abstenerse de adoptar medidas reglamentarias que *menoscaben* o *eliminen* el carácter distintivo esencial para ejercer el derecho exclusivo" las cursivas figuran en el original)); primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 223, que dice que "el nivel mínimo de protección que los Miembros deben conferir con arreglo al artículo 16 consiste en permitir que los titulares de marcas de fábrica o de comercio ejerzan sus derechos privados vigentes y mantengan el carácter distintivo de sus marcas"); segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 91 ("el párrafo 1 del artículo 16 obliga a los Miembros a abstenerse de adoptar medidas reglamentarias que limiten la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de ejercer su derecho a impedir el uso de signos similares o idénticos en bienes o servicios similares o idénticos que probablemente dé lugar a confusión"); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 204 y 213.

[4438] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 239-246. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 301; la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 234-235); y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 204.

[4439] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 239-240; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 306; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la

7.1972. Este argumento se basa en la cuestión de si una reducción del carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio registrada afecta a los derechos que los Miembros deben otorgar al titular de la marca en virtud del párrafo 1 del artículo 16. Por consiguiente, debemos determinar en primer lugar el contenido de esos derechos, y después evaluar si el ejercicio de los mismos se vería afectado por una reducción del carácter distintivo.

7.1973. Volviendo, por lo tanto, al texto del párrafo 1 del artículo 16, observamos que el sentido corriente del verbo "*prevent*" (impedir) es "*to preclude, stop, or hinder*" (excluir, detener u obstaculizar) o "*to stop, keep, or hinder (a person or thing)* from *doing something*" (imposibilitar, frenar o dificultar *que* (una persona o cosa) haga algo).[4440] Asimismo, observamos que el objeto del verbo principal "impedir" de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 es "que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión".

7.1974. En consecuencia, según se deduce de la simple lectura del texto, la disposición 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.[4441] El texto de la disposición 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.

7.1975. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, al interpretar los principios establecidos en el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, constató lo siguiente:

> Estos principios responden al hecho de que en general el Acuerdo no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos. Esta característica fundamental de la protección de la propiedad intelectual ofrece de por sí a los Miembros libertad para lograr objetivos legítimos en materia de política pública, ya que muchas medidas destinadas a alcanzar tales objetivos quedan fuera del ámbito de los derechos de propiedad intelectual y no requieren una excepción en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.[4442]

7.1976. Con respecto al párrafo 1 del artículo 16, en particular, el Grupo Especial constató lo siguiente:

> El párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC solo establece un derecho de contenido negativo a impedir a cualesquiera terceros que usen signos en determinadas circunstancias.[4443]

7.1977. En el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, el Órgano de Apelación constató, con respecto al párrafo 1 del artículo 16, lo siguiente:

> Según nuestra interpretación, el artículo 16 confiere al *titular* de una marca de fábrica o de comercio registrada un nivel mínimo internacionalmente acordado de "derechos exclusivos" que todos los Miembros de la OMC deben garantizar en su legislación

primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 279-284); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 222.

[4440] Oxford English Dictionary en línea, definición de "*prevent*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/151073?rskey=CZwcU6&result=2#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017. (el resalte figura en el original)

[4441] La segunda frase del párrafo 1 del artículo 16 añade la condición de que se considere que hay probabilidad de confusión en caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos.

[4442] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246.

[4443] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.611, nota 564.

> interna. Estos derechos exclusivos protegen al titular contra toda violación de la marca de fábrica o de comercio registrada por terceras partes no autorizadas.[4444]

7.1978. Teniendo presente el sentido corriente del texto y en consonancia con resoluciones anteriores[4445], estamos de acuerdo con las partes[4446] en que el párrafo 1 del artículo 16 no establece un derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio a hacer uso de su marca registrada. Más bien, el párrafo 1 del artículo 16 se limita a prever el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio registrada a impedir determinadas actividades por terceros no autorizados en las condiciones establecidas en la primera frase de ese párrafo.

7.1979. Con respecto al alcance del derecho que los Miembros están obligados a conferir a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas en virtud del párrafo 1 del artículo 16, observamos que el titular de una marca de fábrica o de comercio debe gozar del derecho exclusivo de impedir:

a. que cualesquiera terceros, sin su consentimiento;

b. utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca;

c. cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.

7.1980. Al establecer las condiciones en las que el titular de la marca de fábrica o de comercio debe ser capaz de impedir las actividades de terceros, la disposición define simultáneamente lo que debe constituir, como mínimo, una infracción de una marca de fábrica o de comercio registrada. Si las actividades de un tercero no autorizado cumplen las condiciones establecidas en la primera frase del párrafo 1 del artículo 16, el titular de la marca de fábrica o de comercio tendrá derecho, con arreglo a la legislación nacional de un Miembro, a impedir esas actividades. Si las actividades de ese tercero no cumplen esas condiciones, quedan fuera del ámbito de aplicación del "derecho [...] de impedir" que los Miembros han de otorgar en virtud del párrafo 1 del artículo 16. En esencia, la obligación que impone el párrafo 1 del artículo 16 consiste en asegurar que existan derechos para obtener una reparación por tales actos de infracción. De lo cual se deduce que, para probar que las medidas TPP infringen la obligación contraída por Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16, los reclamantes tendrían que demostrar que, en el marco de la legislación nacional australiana[4447], el titular de la marca de fábrica o de comercio no tiene derecho a impedir las actividades de terceros que cumplan las condiciones establecidas en esa disposición.

7.1981. Teniendo en cuenta estas observaciones preliminares, pasamos a examinar los argumentos formulados por los reclamantes para apoyar su alegación de que las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16.

7.3.3.4.2 La cuestión de si las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16, porque la prohibición del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio reduce su carácter distintivo y por tanto la capacidad del titular de la marca de demostrar la existencia de probabilidad de confusión

7.1982. Los reclamantes aducen que, al prohibir el uso de marcas de fábrica o de comercio no denominativos en los productos de tabaco, las medidas TPP reducirán el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio no denominativas registradas, ya que los consumidores ya no asociarán esas marcas con los productos para los que se registraron. Esa reducción del carácter distintivo, según sostienen, limitará la capacidad del titular de los derechos de demostrar que existe "probabilidad de confusión", lo que es "condición previa" para ejercer los derechos previstos

---

[4444] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186 (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página).

[4445] Véanse el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186; y el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.611, nota 564.

[4446] Véase la nota 4428 *supra*, donde se señalan declaraciones contradictorias de Cuba.

[4447] En virtud del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros están obligados a "aplicar[...] las disposiciones del presente Acuerdo".

en el párrafo 1 del artículo 16[4448] y, por consiguiente, de impedir el uso no autorizado de signos similares o idénticos en productos similares[4449] en el mercado.

7.1983. Según Honduras, signos que en otro tiempo se habrían considerado similares a esas marcas de fábrica o de comercio relativas a productos de tabaco registradas podrían ahora usarse para productos similares -por ejemplo, accesorios relacionados con el tabaco como encendedores, fósforos, petacas o humidificadores[4450]- sin que el titular de la marca de fábrica o de comercio fuese capaz de impedir su uso no autorizado, debido a que no es ya probable que ese uso cause confusión con la marca original entre los consumidores y, por consiguiente, ya no constituye una infracción de esas marcas.[4451] Tal como ha resumido la República Dominicana, "al restringir severamente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, las medidas [TPP] disminuyen, y en algunos casos eliminan, ... el derecho de impedir que terceros utilicen signos similares o idénticos de manera que cree una probabilidad de confusión".[4452] Por consiguiente, según sostiene la República Dominicana, las medidas TPP reducen o eliminan la protección de las marcas de fábrica o de comercio, al impedir al titular de una marca satisfacer la condición relativa a la confusión.[4453]

7.1984. Australia manifiesta que, aunque el titular de los derechos tiene un interés legítimo en utilizar su marca de fábrica o de comercio, la capacidad de usar la marca es una libertad general de mercado, y no un derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 16.[4454] Aduce asimismo que el párrafo 1 del artículo 16 no establece un "derecho de confusión" que obligaría a los Miembros a asegurarse de que surja una probabilidad de confusión para que los titulares de las marcas de fábrica o de comercio puedan impedir el uso de signos similares.[4455] Por consiguiente, Australia sostiene que las medidas TPP no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16.

[4448] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 299; y primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 226. Véase también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 278, que señala que la capacidad de demostrar la existencia de confusión condiciona el ejercicio de los derechos previstos en el párrafo 1 del artículo 16). El Grupo Especial toma también nota de la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 259 (donde se hace referencia a la "probabilidad de confusión" como una "evaluación normativa" que siempre debe demostrar el titular de la marca de fábrica o de comercio en el contexto de un procedimiento por infracción), y de la respuesta de Honduras a la pregunta 168 del Grupo Especial (donde se hace referencia a esa evaluación como "un instrumento jurídico para determinar el alcance de la protección que ha de concederse a los titulares de marcas de fábrica comercio" y se señala que la "confusión real" no es el criterio aplicable).

[4449] Véanse los párrafos 7.1937, 7.1918, 7.1929, 7.1936-7.1939 y 7.1947-7.1949 *supra*. Los reclamantes centran básicamente sus alegaciones en el presunto efecto que el mecanismo descrito tendría en la capacidad para demostrar la existencia de confusión en los casos en que se usen signos idénticos o similares en productos *similares*. Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 310; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 32 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 263-265 y 280); y respuesta de Cuba a la pregunta 32 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde se respalda la respuesta de la República Dominicana). Véanse también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 239 y 248-249; la respuesta de Honduras a la pregunta 35 del Grupo Especial (donde se indica que su alegación con arreglo al párrafo 1 del artículo 16 se refiere específicamente al uso de signos similares en productos similares, pero que no excluye la posibilidad de que implique una infracción uso de un signo idéntico en un producto similar o de un signo similar en un producto idéntico); la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 220; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 29 del Grupo Especial, párrafos 31-33 (donde se alega que las medidas TPP "menoscaban la posibilidad de distinguir marcas verbales similares en productos idénticos", "menoscaban la capacidad de los titulares de derechos de impedir el uso de marcas verbales idénticas en productos similares" y "crean confusión entre las marcas verbales similares que figuran en productos similares que no puede ser impedida por los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas").

[4450] Respuesta de Indonesia a la pregunta 29 del Grupo Especial, párrafo 32, nota 28; y primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 235-236 y 249. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 311; y la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 32 del Grupo Especial, párrafo 148.

[4451] Respuesta de Honduras a la pregunta 29 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 234-236, 243 y 249; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 260.

[4452] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 295.

[4453] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 312.

[4454] Respuesta de Australia a la pregunta 90 del Grupo Especial, párrafo 23.

[4455] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 315.

7.1985. Con respecto a los efectos que, según se ha alegado, tendrían las medidas TPP en la *capacidad* del titular de la marca de fábrica o de comercio *de demostrar* que hay "probabilidad de confusión", observamos que los reclamantes no impugnan la forma en que se definen los criterios para determinar la existencia de infracción de las marcas de fábrica o de comercio en la legislación nacional de Australia, y no argumentan que las medidas TPP hayan afectado a la forma en que el sistema jurídico australiano evalúa si existe "probabilidad de confusión".[4456] Los reclamantes tampoco han alegado que las medidas TPP afecten a los medios de procedimiento o de prueba de que disponen los titulares de derechos en los procedimientos por infracción para demostrar que los criterios de infracción se cumplen realmente, y también parecen aceptar que, *cuando* esos criterios de infracción se cumplen, el titular de una marca de fábrica o de comercio tiene derecho a emprender acciones legales en Australia.

7.1986. Más bien, los reclamantes sostienen que las medidas TPP reducen el alcance efectivo del derecho, infringiendo el párrafo 1 del artículo 16 de dos formas: en primer lugar, la disminución del carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio afectadas hace que se reduzca el conjunto de signos que se consideran "similares" a determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco registradas [4457]; y en segundo lugar, la disminución del carácter distintivo hace que para los titulares de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco registradas sea más difícil establecer una "probabilidad de confusión" que antes de la introducción de las medidas.[4458] En otras palabras, los reclamantes sostienen que, en virtud de las medidas TPP, la situación fáctica de la infracción de marcas de fábrica o de comercio expuesta en la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 tendrá lugar con menos frecuencia y respecto de menos signos que antes, y que esto que constituye una reducción del derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio, en infracción del párrafo 1 del artículo 16.[4459]

7.1987. Por consiguiente, observamos, en aras de la claridad, que la situación descrita por los reclamantes como base para su alegación no consiste tanto en una reducción de la *capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de demostrar* que existe "probabilidad de confusión" como en una reducción de los casos en que surgiría una "probabilidad de confusión" en el mercado con respecto a marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco cuyo uso se ve afectado por las medidas TPP.

7.1988. Habida cuenta de lo anterior, observamos al empezar nuestro análisis que este argumento consta de dos partes, a saber: i) la alegación fáctica de que la prohibición por las medidas TPP del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio registradas dará lugar a una situación en la que estas marcas perderán su carácter distintivo y, por lo tanto, se reducirá la incidencia de situaciones en las que los titulares de derechos puedan demostrar que existe "probabilidad de confusión" entre las marcas de fábrica o de comercio registradas y signos similares o idénticos en productos similares; y ii) la afirmación de que esta consecuencia fáctica de

[4456] Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 305 (donde se reconoce que "en términos generales, en lo que se refiere a las marcas de fábrica o de comercio no relacionadas con el tabaco, que no resultan afectadas por las medidas [T]PP, Australia parece cumplir, a través de la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995*, la obligación que le impone el párrafo 1 del artículo 16 del *Acuerdo sobre los ADPIC* respecto de las marcas de fábrica o de comercio registradas. En particular, el artículo 120 de la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* dispone..."); y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 89 (donde se reconoce que "el artículo 120 de la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* de Australia implementa el artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC"). Véanse también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 248; y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 264).

[4457] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 170 y 243; y su segunda comunicación escrita, párrafo 260. Véase también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 280-281).

[4458] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 239 y 248-249; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 310; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 263-265 y 280); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 220.

[4459] Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 170 y 243-244; y su segunda comunicación escrita, párrafo 260. Véanse también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 263 (donde se hace referencia a la comunicación *amicus curiae* de MARQUES (Prueba documental DOM/HND/IDN-1), párrafos 4.5-4.6 (donde se sostiene que una "medida que impide que la marca mantenga su ámbito de protección o incremente su notoriedad y fuerza mediante el uso previsto es, por lo tanto, incompatible con los derechos conferidos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC")); y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora por referencia la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 280-281).

las medidas TPP reduce o elimina los derechos exclusivos de que ha de gozar el titular de la marca de fábrica o de comercio en el marco de la legislación nacional de Australia de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16.

7.1989. Con respecto a la primera parte, es decir, la conclusión fáctica en que se basa esta alegación, conviene examinar la relación existente entre las diferentes formas de uso de las marcas de fábrica o de comercio y la adquisición y el mantenimiento del carácter distintivo, y las consecuencias de la reducción del carácter distintivo para que se produzca la "probabilidad de confusión". El "uso" de una marca de fábrica o de comercio que es, en principio, pertinente para la adquisición y el mantenimiento del carácter distintivo no se limita a la utilización en el empaquetado de un producto, sino que más bien se extiende a una gama más amplia de actividades comerciales, publicitarias y promocionales. Las medidas TPP restringen o prohíben el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio registradas que se aplican al empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco, pero no restringen otros usos de las marcas de fábrica o de comercio, tales como la publicidad y la promoción, también importantes para adquirir y mantener el carácter distintivo.[4460] Aunque los usos afectados por las medidas TPP no son normalmente los únicos medios para establecer y mantener el carácter distintivo mediante el uso, en el contexto australiano, otras medidas, que no están en litigio en estos procedimientos, limitan o prohíben la publicidad y la promoción de productos de tabaco. Cualquier evaluación de los efectos de la reglamentación del empaquetado en la reducción de la probabilidad de confusión debería llevarse a cabo en ese contexto fáctico.

7.1990. También observamos que la conexión entre el carácter distintivo y la confusión dista de ser directa para cualquier marca de fábrica o de comercio y situación en particular. Como se señala en una resolución judicial citada por uno de los expertos de los reclamantes, el Profesor Dinwoodie[4461], "la cuestión de si es probable que el público confunda dos productos no tiene fácil respuesta".[4462] Además, el Profesor Dinwoodie observa lo siguiente:

> Delimitar con alguna precisión el alcance de los derechos protegidos por determinada marca de fábrica o de comercio es tarea muy difícil. Los límites exactos de la marca de fábrica o de comercio dependen de varios factores. Aunque los tribunales han tratado de objetivar y hacer algo más mecánico el proceso, el resultado sigue siendo que las fronteras de la protección son borrosas. Se trata de un problema generalizado del derecho de marcas.[4463]

7.1991. También observamos que, como se explica con mayor detalle *infra*[4464], el párrafo 1 del artículo 16 otorga protección frente a la infracción de marcas de fábrica o de comercio, es decir, en situaciones en las que el uso no autorizado de "signos similares o idénticos" en productos similares o idénticos daría lugar a "probabilidad de confusión". La "similitud de los signos" es pertinente para establecer la comparación entre un signo utilizado por terceros no autorizados y la marca de fábrica o de comercio registrada. Solo si un signo similar o idéntico se usa en bienes o servicios que cumplen el criterio adicional de ser "similares o idénticos" a aquellos para los que se ha registrado la marca, permite establecer un uso que está comprendido en el ámbito de aplicación

[4460] Véase, por ejemplo, el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, texto íntegro (Prueba documental DOM-65), párrafos 2.339-2.351.

[4461] En el informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1) se apoyan Honduras, la República Dominicana e Indonesia. Véanse la comunicación de Honduras al Grupo Especial de 8 de julio de 2015; las respuestas de la República Dominicana a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva, párrafo 1; y la comunicación de Indonesia al Grupo Especial de 8 de julio de 2015. Asimismo, Cuba ha incorporado por referencia todas "las alegaciones, argumentos y evidencias presentadas en las primeras comunicaciones escritas de la República Dominicana, Honduras, Indonesia y Ucrania". Véase la nota 4345 *supra*.

[4462] Informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1), párrafo 74, nota 148 (donde se hace referencia al Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, Bristol-Myers Squibb Co. v. McNeil-P.P.C., Inc., 973 F.2d 1033, 1043 (2d Cir. 1992)).

[4463] Informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1), párrafo 74. (no se reproduce la nota de pie de página) Véase también *ibid.* párrafo 76, donde se sostiene que "prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio asegurará, por lo tanto, que determinados comportamientos de terceros quedarán fuera del alcance de la protección actualmente garantizada a esa marca en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC", al tiempo que se reconoce que "dada la incertidumbre sobre el alcance preciso de la protección otorgada a las marcas, es imposible determinar cabalmente en abstracto qué usos específicos por terceros se permitirá que interfieran en los derechos del titular de la marca.").

[4464] Véanse los párrafos 7.1979-7.1980.

del párrafo 1 del artículo 16. Solo cuando dicho uso sea de tal naturaleza que "dé lugar a probabilidad de confusión" se establece una infracción. Por consiguiente, mientras que la "similitud de los signos" describe la sola dimensión de comparación entre dos signos, el criterio de "probabilidad de confusión" es más polifacética y depende, además, de la "similitud de los bienes y servicios" y de la naturaleza específica del uso. Por lo tanto, los dos criterios de "similitud de los signos" y de "probabilidad de confusión" no son idénticos. Habida cuenta de lo anterior, y a falta de otras explicaciones de los reclamantes a este respecto, no nos parece evidente la forma en que estos dos criterios distintos resultarían afectados individualmente, y no estamos convencidos de que su respectiva aparición en el mercado se vería necesariamente afectada de idéntica manera por la prohibición de usar determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco.

7.1992. Por consiguiente, una evaluación de la "probabilidad de confusión" respecto de una marca de fábrica o de comercio en una situación dada es una evaluación fáctica que conllevará un examen de las circunstancias específicas en cuestión, incluida la forma en que surge la posibilidad de confusión en el mercado específico de que se trate. En esa evaluación pueden intervenir múltiples factores. En este contexto, no resulta evidente cómo el funcionamiento de las medidas TPP -que se aplican de manera idéntica a todos los productos de tabaco- puede influir en la probabilidad de confusión que surge con respecto al uso de signos similares a las marcas de fábrica o de comercio afectadas para bienes idénticos o similares (incluidos los que están, ellos mismos, directamente sujetos a las prescripciones de las medidas TPP), ni cómo se evaluaría ese resultado en un caso concreto.

7.1993. En consecuencia, no estamos convencidos de que el funcionamiento de las medidas TPP tendría necesariamente los efectos que alegan los reclamantes en la existencia de "probabilidad de confusión", ni de cómo se evaluarían esos efectos en relación con una marca de fábrica o de comercio específica. Observamos, en cualquier caso, que solo tendremos que examinar la relación de causalidad entre las medidas TPP y esta consecuencia alegada si constatamos que tal resultado llevaría efectivamente a una infracción del párrafo 1 del artículo 16. Por lo tanto, empezaremos nuestro análisis con el segundo aspecto del argumento, es decir, la cuestión de si reducir los casos en que el titular de una marca de fábrica o de comercio podría impedir el uso no autorizado de marcas similares o idénticas en el mercado, porque ya no es probable que ese uso dé lugar a "probabilidad de confusión", lleva a una infracción del párrafo 1 del artículo 16. En las tres subsecciones siguientes examinaremos los argumentos de los reclamantes a ese respecto. Abordaremos la alegación fáctica en que se basa el argumento solo si resulta necesario sobre la base de ese análisis.

La cuestión de si el hecho de causar una reducción de los casos en que puede surgir una "probabilidad de confusión" constituye una infracción del párrafo 1 del artículo 16

7.1994. Según se ha descrito *supra*, los reclamantes sostienen que, cuando una marca de fábrica o de comercio no permite ya distinguir los bienes o servicios a los que está asociada, la capacidad de demostrar la existencia de "probabilidad de confusión" causada por el uso de signos similares para bienes similares "disminuye drásticamente o desaparece".[4465] Al perder la capacidad de demostrar la existencia de "probabilidad de confusión", el titular de la marca de fábrica o de comercio pierde, a su vez, la capacidad de ejercer su derecho exclusivo de impedir el uso de esos signos similares para bienes similares.[4466] Por lo tanto, en esencia, el argumento de los reclamantes se basa en el supuesto de que la infracción de la marca de fábrica o de comercio con respecto a las marcas relativas al tabaco afectadas por las medidas TPP ocurrirá con menos frecuencia y con respecto a menos signos que antes, y de que esto constituye una reducción del derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio incompatible con el párrafo 1 del artículo 16, ya que reduce la gama de signos similares cuyo uso por terceros no autorizados en el curso de operaciones comerciales puede impedir el titular de la marca de fábrica o de comercio.

7.1995. Australia aduce que el párrafo 1 del artículo 16 no exige a los Miembros que *se aseguren de* que surge una "probabilidad de confusión" para permitir al titular de la marca de fábrica o de comercio impedir el uso de signos similares. Sostiene que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 16,

[4465] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 302.
[4466] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 302.

no existe un derecho positivo a poder establecer la existencia de probabilidad de confusión.[4467] Honduras y la República Dominicana se oponen a esa caracterización de sus argumentos.[4468]

7.1996. Al evaluar si el hecho de causar una reducción de los casos en que surgirá una probabilidad de confusión, es decir, los casos en que se cumplirá un criterio de infracción, constituye una infracción del párrafo 1 del artículo 16, empezamos recordando[4469] que la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 establece la obligación de que los Miembros confieran a los titulares de marcas de fábrica o de derecho registradas el derecho exclusivo de impedir:

a. que cualesquiera terceros, sin su consentimiento;

b. utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca;

c. cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.

7.1997. Con arreglo a una simple lectura, la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 obliga a los Miembros a otorgar al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el "derecho exclusivo de impedir" que se produzcan las actividades que se ajustan a los criterios enunciados a continuación. El primer criterio especifica qué *actores* son objeto del derecho de impedir como "cualesquiera terceros, sin su consentimiento". El segundo criterio especifica la *actividad* de esos actores que constituye el objeto del derecho de impedir en estos términos: "utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca". El tercer criterio especifica que el "derecho a impedir" se extiende a la actividad especificada de los agentes identificados solo "cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión".

7.1998. De la estructura del texto se desprende claramente que estos criterios son *acumulativos* y, por lo tanto, todos ellos han de cumplirse para establecer las circunstancias fácticas en las que el titular de los derechos debe tener el derecho exclusivo de "imposibilitar" o "dificultar". Si uno de esos criterios no se cumple, la situación queda fuera del alcance del "derecho [...] de impedir" prescrito por el párrafo 1 del artículo 16 y no es necesario que constituya una infracción de la marca de fábrica o de comercio registrada con arreglo a las obligaciones del Miembro en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. Por ejemplo, el derecho que debe otorgarse en virtud del párrafo 1 del artículo 16 no se extiende a impedir el uso fuera del curso de operaciones comerciales, el uso en bienes o servicios que no sean similares, o el uso que no dé lugar a probabilidad de confusión.

7.1999. En síntesis[4470], los Miembros cumplen la obligación que les impone el párrafo 1 del artículo 16 si su legislación nacional otorga a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas el derecho exclusivo de impedir las actividades de terceros que correspondan a esos criterios. En la práctica, el ejercicio de este derecho privado depende de una evaluación de la naturaleza del mercado en el momento oportuno para determinar si se dan las circunstancias fácticas pertinentes, especialmente al evaluar la probabilidad de confusión. Sin embargo, la obligación de los Miembros de otorgar este derecho en sus ordenamientos jurídicos debe distinguirse del alcance de las actividades realizadas por los actores comerciales en sus mercados internos. El objeto de la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 16 es permitir que los titulares de los derechos se protejan frente a determinadas acciones de terceros en el curso de operaciones comerciales, *si* de tales acciones surgiera una probabilidad de confusión. Como se ha expuesto *supra*, y como ha descrito correctamente Honduras, ese derecho nace "cada vez que un tercero sin autorización utiliza la marca de fábrica o de comercio para bienes similares o idénticos y, como resultado de ese uso, surge una 'probabilidad' de confusión entre bienes o servicios diferentes".[4471] Si, como alegan los reclamantes, las medidas TPP dan lugar a situaciones en las

[4467] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 315.
[4468] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 259; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 64.
[4469] Párrafos 7.1979 y 7.1980.
[4470] Como se indica en el párrafo 7.1980 *supra*.
[4471] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 159. Véase también la respuesta de Honduras a la pregunta 168 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la "probabilidad de confusión" como "un

que tal "probabilidad de confusión" no se produce ya con respecto a determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco, las circunstancias previstas en el párrafo 1 del artículo 16, y frente a las cuales los Miembros deben otorgar protección en virtud de esa disposición, no han surgido.

7.2000. No hay nada en el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 que indique que -como los reclamantes dan a entender- los Miembros tengan obligación, no solo de otorgar protección cuando surja efectivamente una probabilidad de confusión, sino también de mantener las condiciones del mercado que harían posible que las circunstancias previstas en esa disposición, incluida la probabilidad de confusión, se produjesen realmente en una situación concreta. Más bien, los Miembros deben asegurar que, en caso de que se den efectivamente esas circunstancias, se otorgue el derecho de impedir tal uso. Por consiguiente, los Miembros pueden cumplir esta obligación con independencia de si se producen realmente actividades infractoras en el mercado, o de si, y en qué momento, los titulares de derechos optan realmente por ejercer ese derecho exclusivo y privado[4472] de que disponen. En otras palabras, la cuestión de si terceros no autorizados usan en efecto signos similares o idénticos en bienes o servicios similares en el mercado, y de si tal uso da o no lugar realmente a "probabilidad de confusión" entre los consumidores, carece de importancia para la evaluación de si un Miembro asegura que el titular de una marca de fábrica o de comercio disponga del derecho de impedir tales actos por terceros, en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 16.

7.2001. A la luz de esta interpretación, no estamos convencidos de que el hecho de causar una reducción de los casos en que puede surgir una "probabilidad de confusión" constituya una infracción del derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio de impedir tales infracciones por terceros prescrito por el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16. Esta interpretación es compatible con la finalidad de los derechos exclusivos conferidos por el párrafo 1 del artículo 16, que es proteger al titular de los derechos frente a las infracciones[4473] de sus marcas de fábrica o de comercio registradas.

7.2002. Concluir de otro modo ampliaría efectivamente el alcance del párrafo 1 del artículo 16 para abarcar un derecho adicional de protección frente a la reducción del carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio, o incluso un derecho de protección frente a un menor conocimiento de una marca de fábrica o de comercio entre los consumidores. Por las razones que se examinarán *infra*, no estamos convencidos de que el párrafo 1 del artículo 16 dé lugar a tales derechos.

> *La cuestión de si las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16 al menoscabar el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco registradas.*

7.2003. La República Dominicana, Cuba, por referencia, e Indonesia sostienen asimismo que, dada la importancia del carácter distintivo para la fuerza de una marca de fábrica o de comercio y para su observancia eficaz en el mercado[4474], el párrafo 1 del artículo 16 protege la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio de desarrollar y mantener[4475] el carácter distintivo de la marca por medios adicionales a las acciones previstas para casos de infracción por terceros. Concretamente, la República Dominicana, Cuba, por referencia, e Indonesia alegan que el párrafo 1 del artículo 16 impone a los Miembros la obligación general de abstenerse de adoptar medidas que menoscaben o eliminen el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio

constructo jurídico para determinar el alcance de la protección que ha de concederse a los titulares de marcas de fábrica comercio" y se señala que la "confusión real" no es el criterio aplicable).

[4472] En el preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC se reconoce "que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados". Véase también el párrafo 7.1897 *supra*.

[4473] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186.

[4474] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 311 (donde se cita el informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1), párrafo 61); primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 226, donde se cita el informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1), párrafos 55 y 57-58). Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 310 (donde se describe sucintamente el mecanismo por el que, según la República Dominicana, la reducción del carácter distintivo por falta de uso en virtud de las medidas TPP causa "la destrucción de los derechos conferidos por el párrafo 1 del artículo 16 del *Acuerdo sobre los ADPIC*").

[4475] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 47; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora por referencia la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 223); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 213.

y, con ello, menoscaben o eliminen la posibilidad de ejercer el derecho de exclusión garantizado por el párrafo 1 del artículo 16.[4476] En apoyo de este argumento, la República Dominicana e Indonesia hacen referencia[4477] a una constatación del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*:

> Por referencia al párrafo 1 del artículo 15 se entiende que las marcas de fábrica o de comercio tienen la función de distinguir los bienes o servicios de las empresas en el curso de operaciones comerciales. Cada titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un interés legítimo en preservar ese carácter distintivo, o capacidad para distinguir, de su marca de fábrica o de comercio de modo que pueda cumplir esa función. Esto incluye su interés en usar su propia marca en relación con los bienes y servicios pertinentes de sus empresas propias y autorizadas.[4478]

7.2004. Australia responde que "los únicos 'derechos conferidos' con respecto a los titulares de marcas de fábrica o de comercio son los derechos negativos de exclusión establecidos en el artículo 16, que protegen la posición de los titulares de marcas de fábrica o de comercio en relación con otros comerciantes en el mercado", y añade que "estos derechos negativos no delimitan la relación en materia de reglamentación pública entre los titulares de las marcas y los gobiernos soberanos".[4479] Australia sostiene además que los "intereses legítimos" de los titulares de marcas de fábrica o de comercio no pueden elevarse al nivel de los "derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio".[4480]

7.2005. Recordamos la constatación que hemos formulado *supra* de que el párrafo 1 del artículo 16 no contiene un derecho a usar una marca de fábrica o de comercio, y de que los Miembros cumplen la obligación enunciada en la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 otorgando al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el derecho exclusivo de impedir las infracciones de la marca de la manera descrita por los criterios establecidos en ese párrafo. Recordamos asimismo que el cumplimiento de esta obligación es independiente de si se producen realmente las infracciones de marcas de fábrica o de comercio en el mercado, o de si los titulares de los derechos optan realmente por ejercer el derecho de impedir de que disponen. Habida cuenta de ello, no encontramos en el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 indicación alguna de que los Miembros estén obligados a mantener el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas, o a abstenerse de establecer reglamentaciones que puedan afectar negativamente al carácter distintivo de tales marcas a través del uso. Si se da el caso de que el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio se reduce, como cuestión de hecho, esto podría significar que hay menos probabilidades de que se produzca una confusión impugnable. Sin embargo, si se produce, existen los derechos que confiere el párrafo 1 del artículo 16, y la obligación de los Miembros en virtud de esta disposición es asegurar que se disponga de tales derechos.

7.2006. Esta evaluación no es incompatible con la constatación hecha por el Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* de que el interés legítimo del titular en preservar el carácter distintivo de su marca de fábrica o de comercio incluye su interés en usar la marca en relación con los bienes y servicios pertinentes de sus empresas propias y autorizadas. Recordamos que el Grupo Especial formuló esa constatación en el contexto del artículo 17 al examinar lo que constituye los "intereses legítimos" que deben tenerse en cuenta para justificar una excepción limitada al amparo de esa disposición. A ese respecto, el Grupo Especial aclaró lo siguiente:

[4476] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 48; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 65; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorporan por referencia los argumentos formulados por la República Dominicana en su segunda comunicación escrita con respecto a la alegación basada en el párrafo 1 del artículo 16); y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 91.

[4477] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 301; y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 222. Véase también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 241.

[4478] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664.

[4479] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 228.

[4480] Respuesta de Australia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 42 (no se reproduce la nota de pie de página).

> Dado que el artículo 17 crea una excepción a los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, los "intereses legítimos" del titular de la marca de fábrica o de comercio tienen que ser algo distinto del pleno goce de esos derechos.[4481]

7.2007. El Grupo Especial encontró también apoyo para su constatación de que los "intereses legítimos" son distintos del goce de los derechos que les reconocen las disposiciones legales en el texto del artículo 17:

> Así lo confirma el uso de la expresión verbal "se tengan en cuenta", que es menos que "se protejan".[4482]

7.2008. Habida cuenta de lo anterior, entendemos que la constatación del Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* citada por la República Dominicana e Indonesia[4483] confirma simplemente que el interés del titular de la marca de fábrica o de comercio en preservar el carácter distintivo de su marca comprende su interés en usar su marca en relación con los bienes o servicios pertinentes, y que esos intereses deben ser tenidos en cuenta -no *protegidos* como un *derecho*- al examinar si una excepción en la legislación nacional de un Miembro al *derecho* exclusivo de *impedir* el uso que confiere el párrafo 1 del artículo 16 cumple los criterios relativos a las excepciones admisibles establecidos en el artículo 17. El Grupo Especial no "observó [que] el uso de una marca de fábrica o de comercio sea necesario para preservar su carácter distintivo", como sostiene Indonesia.[4484] En cualquier caso, tal observación no establecería un derecho positivo de uso que pudiera a su vez conformar una interpretación amplia del párrafo 1 del artículo 16. Por consiguiente, la constatación del Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* no respalda el argumento de la República Dominicana, Cuba, por referencia, e Indonesia de que el interés del titular de la marca de fábrica o de comercio en preservar el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio registrada, y su interés en usar la marca con ese fin, crea una obligación general en virtud del párrafo 1 del artículo 16 que exige que los Miembros se abstengan de adoptar medidas que menoscaben o eliminen el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio.

7.2009. La evaluación que precede es además compatible con el contexto del artículo 16 que proporcionan las demás disposiciones de la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC y, en particular, la pertinencia del carácter distintivo de los signos en esas obligaciones de los Miembros. Como hemos expuesto con detalle en la sección 7.3.2.3.1 *supra*, el artículo 15 formula obligaciones de los Miembros con respecto al registro de las marcas de fábrica o de comercio.[4485] Sin embargo, la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 15 de considerar que los signos distintivos son susceptibles de registro no significa que los Miembros tengan la responsabilidad de permitir que los signos no distintivos adquieran o mantengan un carácter distintivo o de crear un "derecho al carácter distintivo" para los titulares de marcas de fábrica o de comercio. Es responsabilidad de los solicitantes elegir, o -si está permitido[4486]- desarrollar mediante el uso, signos que cumplan la condición relativa al carácter distintivo en el contexto de las condiciones variables del mercado, con objeto de activar la obligación de los Miembros de considerar esos signos para su registro como marcas de fábrica o de comercio con arreglo al párrafo 1 del

[4481] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.662.

[4482] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.662.

[4483] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 301; y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 222.

[4484] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 90. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 301; y la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 222.

[4485] Recordamos que la primera frase del párrafo 1 del artículo 15 contiene la definición de lo que puede constituir una marca de fábrica o de comercio, al establecer la condición de que los signos deben cumplir el requisito de tener "carácter distintivo", es decir, el requisito de que los signos o combinaciones de signos en cuestión sean capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes. Al permitir que los Miembros supediten la posibilidad de registro al carácter distintivo *adquirido mediante el uso*, el texto del párrafo 1 del artículo 15, tercera frase, destaca una *manera particular* en la que puede cumplirse la condición necesaria para constituir una marca de fábrica o de comercio, a saber, que se satisfaga el criterio del carácter distintivo definido en la primera frase de ese párrafo. Véase el párrafo 7.1886 *supra*.

[4486] "Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso." Párrafo 1 del artículo 15, tercera frase.

artículo 15. Asimismo, recordamos nuestra constatación en ese contexto de que, fuera del alcance de las obligaciones expresas enunciadas en el Acuerdo sobre los ADPIC, a nuestro juicio, el Acuerdo no obliga a los Miembros a asegurar que los particulares estén en condiciones de cumplir los criterios previstos en el párrafo 1 del artículo 15, o abstenerse de reglamentaciones por lo demás no incompatibles con los acuerdos abarcados que puedan afectar a las condiciones del mercado pertinentes.[4487]

7.2010. Las mismas consideraciones son aplicables a nuestra evaluación del párrafo 1 del artículo 16. Una marca de fábrica o de comercio registrada tiene probabilidad de *ser* distintiva en la jurisdicción competente, ya que el carácter distintivo es condición para el registro de conformidad con el párrafo 1 del artículo 15. La decisión de registrar una marca de fábrica o de comercio se basa generalmente en una constatación con arreglo a la legislación nacional de que esa marca era (o ha llegado a ser) distintiva en esa jurisdicción en el momento de esa determinación. Como el texto del párrafo 1 del artículo 16 se refiere únicamente al "titular de una marca de fábrica o de comercio registrada", los derechos que confiere esta disposición comienzan a existir en el momento del registro. Por consiguiente, está claro que el párrafo 1 del artículo 16 no se refiere a la adquisición del carácter distintivo mediante el uso como un requisito previo para el registro. En lo que respecta a las marcas de fábrica o de comercio registradas, el párrafo 1 del artículo 16 no menciona el carácter distintivo, sino que identifica la "probabilidad de confusión" como uno de los criterios de infracción. Como en el marco del artículo 15, la obligación de un Miembro en virtud del párrafo 1 del artículo 16 es otorgar al titular de la marca de fábrica o de comercio el derecho de impedir las situaciones que cumplan los criterios de infracción. El párrafo 1 del artículo 16 no hace a los Miembros responsables de las condiciones en las que esos criterios de infracción, tales como la "probabilidad de confusión", pueden cumplirse, y menos aún los obliga a abstenerse de establecer reglamentaciones que puedan menoscabar la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio de mantener el carácter distintivo de un signo con objeto de satisfacer los criterios de "probabilidad de confusión".

7.2011. El elemento central del derecho conferido por el párrafo 1 del artículo 16 al titular de la marca de fábrica o de comercio es impedir un uso por terceros que dé lugar a "probabilidad de confusión" en el mercado. Su formulación refleja el fin del artículo 16, que es permitir emprender acciones contra las infracciones efectivas por terceros cuando los criterios fácticos establecidos en la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 se cumplen en una situación del mercado dada. Por consiguiente, el párrafo 1 del artículo 16 puede proteger la función de identificación de la procedencia de una marca de fábrica o de comercio registrada frente a determinadas acciones infractoras de terceros. Su finalidad no es proteger esa función contra el debilitamiento del carácter distintivo debido a otras razones, como los cambios en las condiciones del mercado, la inacción del titular de los derechos o los cambios en la percepción de los consumidores. El interés comercial del titular de una marca de fábrica o de comercio en una situación de mercado en la que su marca registrada puede utilizarse con éxito para detener el uso del mayor número posible de signos para bienes o servicios similares o idénticos, y el correspondiente interés en utilizar su marca de fábrica o de comercio, incluso con el fin de mantener o reforzar aún más su carácter distintivo, no es un *derecho* en virtud del párrafo 1 del artículo 16. Sin embargo, el Acuerdo sobre los ADPIC reconoce ese interés como un *interés legítimo* que debe tenerse en cuenta al considerar la admisibilidad de excepciones nacionales a los derechos exclusivos con arreglo al artículo 17. En la sección 7.3.5 *infra* examinaremos también su pertinencia para evaluar si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se complica injustificadamente con exigencias especiales en el sentido del artículo 20.

7.2012. Observamos que el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas y, por consiguiente, los casos en que puede producirse una "probabilidad de confusión" con signos similares en el mercado pueden variar legítimamente en función de diversos factores. A ese respecto, uno de los expertos de los reclamantes, el Profesor Dinwoodie[4488], señala lo siguiente:

> El alcance de la protección otorgada a una marca no tiene que ser estático. Evidentemente, como se prevé que el carácter distintivo de las marcas puede variar a lo largo del tiempo como resultado de condiciones sociales y comerciales legítimas, el alcance de la protección variará inevitablemente. Del mismo modo, una marca puede

[4487] Véase el párrafo 7.1897 *supra*.

[4488] Para una explicación de cómo se apoyan los reclamantes en ese informe de experto, inicialmente presentado por Ucrania, véase la nota 4461 *supra*.

> perder su carácter distintivo o su condición de marca notoriamente conocida como resultado de las percepciones cambiantes del mercado. No debe interpretarse que el Acuerdo sobre los ADPIC excluye cualquiera de esas evoluciones.[4489]

7.2013. Indonesia ha afirmado que no es obligación de los Miembros preservar o fortalecer la marca, sino que es "responsabilidad exclusiva" del titular de la marca de fábrica o de comercio ejercer su "libertad general de mercado" para reforzar y mantener la marca mediante su uso en el mercado.[4490] En nuestra opinión, esta responsabilidad comprende también ejercer los derechos del párrafo 1 del artículo 16 adoptando medidas con prontitud contra el uso potencialmente infractor de marcas idénticas o similares para bienes similares, que es el medio más directo de defender una marca de fábrica o de comercio frente a la pérdida de carácter distintivo frente al uso rival de signos por los competidores. Los reclamantes aceptan también que los Miembros pueden legítimamente adoptar diversas medidas reglamentarias que tengan algún efecto "secundario" o "indirecto" en el uso de una marca de fábrica o de comercio, como por ejemplo las prohibiciones de productos o de anuncios publicitarios.[4491] Sin embargo, la República Dominicana, Cuba, por referencia, e Indonesia sostienen que, con respecto a las medidas *destinadas específicamente a* reglamentar las marcas de fábrica o de comercio, los Miembros están obligados en virtud del párrafo 1 del artículo 16 a no menoscabar o eliminar la capacidad del titular de los derechos de "ejercer el derecho" de exclusión reduciendo el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio.[4492]

7.2014. Recordamos la constatación que hemos formulado *supra* de que una reducción de la incidencia de infracciones por la reducción del carácter distintivo no constituiría una reducción del derecho de impedir tales infracciones que debe otorgarse en virtud del párrafo 1 del artículo 16. Recordamos también nuestra valoración de que el párrafo 1 del artículo 16 no implica que los Miembros tengan la obligación general de no menoscabar el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas mediante medidas reglamentarias. Habida cuenta de todo ello, tampoco encontramos justificación para una distinción en el Acuerdo sobre los ADPIC entre las medidas reglamentarias que afectan a las marcas de fábrica o de comercio incidentalmente, que estarían permitidas, y las que lo hacen directamente, que estarían sujetas a una prueba más estricta.

7.2015. Observamos a ese respecto que el fragmento del informe del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* citado por la República Dominicana para apoyar tal distinción no corrobora la supuesta "opinión compartida" de que "el uso de los derechos de propiedad intelectual puede resultar incidentalmente entorpecido

---

[4489] Informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1), párrafo 117. El Profesor Dinwoodie añade que "se trata de proposiciones diferentes de la que se examina en este informe y en *Australia-Plain Packaging.* En este caso, el alcance de determinados derechos relativos a marcas de fábrica o de comercio se reducirá, y la condición de marcas notoriamente conocidas se perderá, no debido al funcionamiento del mercado, sino a causa de una legislación nacional que busca esos resultados." *Ibid*.

[4490] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 91; y respuesta de Indonesia a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 19.

[4491] Respuestas de Honduras a las preguntas 38, 40, 95 y 172 del Grupo Especial; respuestas de la República Dominicana a las preguntas 95, 96, 172 del Grupo Especial, párrafos 51, 59 y 197-198, respectivamente; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 259); respuestas de Cuba a las preguntas 95 y 172 del Grupo Especial; respuestas de Indonesia a las preguntas 95 y 172 del Grupo Especial, párrafos 21 y 35-36, respectivamente.

[4492] Los reclamantes utilizan variantes de esta formulación: "[L]os Miembros incumplen esa obligación si, por acción o por omisión, no aseguran que los titulares de marcas de fábrica o de comercio puedan hacer valer sus derechos, como ocurre en el caso de Australia por efecto de las medidas de empaquetado genérico." (Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 258); "[S]in embargo, existe la obligación de abstenerse de establecer reglamentaciones que *menoscaben* o *eliminen* el carácter distintivo esencial para ejercer el derecho exclusivo", respuesta de la República Dominicana a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafo 48 (las cursivas figuran en el original)); "Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 16 obliga a los Miembros a abstenerse de adoptar medidas reglamentarias que limiten la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de ejercer su derecho a impedir el uso de signos similares o idénticos en bienes o servicios similares o idénticos que probablemente dé lugar a confusión." (Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 91); y "Sin embargo, la prohibición total de la posibilidad de usar la marca de fábrica o de comercio como marca del producto al que ha de aplicarse y que está legalmente disponible elimina la posibilidad de ejercer los derechos privados conferidos por el artículo 16 y reduce necesariamente el nivel de protección por debajo del nivel mínimo garantizado." (Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 259)).

por medidas reglamentarias legítimas que 'quedan fuera del ámbito de los derechos de propiedad intelectual'".[4493] Más bien, el fragmento citado indica que, debido a que el Acuerdo sobre los ADPIC "prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos" no que se concedan "derechos positivos para explotar o utilizar", "muchas medidas destinadas a alcanzar ... objetivos [en materia de política pública] quedan fuera del ámbito de los derechos de propiedad intelectual y no requieren una excepción en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC".[4494] Esto confirma nuestra opinión de que, en ausencia de un derecho positivo de uso de una marca de fábrica o de comercio, las medidas reglamentarias que no afecten al derecho negativo de impedir los usos infractores no están prohibidas por el artículo 16. En cambio, las medidas que *sí* limitan el derecho de impedir previsto en el párrafo 1 del artículo 16 *sí infringen* el Acuerdo, tanto si lo hacen incidentalmente como directamente. Sin embargo, 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.

7.2016. El contexto del párrafo 1 del artículo 16 confirma también esa interpretación. El artículo 19 prevé expresamente medidas oficiales que pueden constituir un obstáculo al uso de la marca de fábrica o de comercio[4495], y el artículo 20 permite ciertas complicaciones en el uso de la marca de fábrica o de comercio por exigencias especiales.[4496] Ninguna de esas disposiciones distingue entre medidas que afecten incidental o directamente al uso de la marca de fábrica o de comercio. Habida cuenta de lo anterior, no estamos de acuerdo con la alegación de que el párrafo 1 del artículo 16 impone a los Miembros la obligación general de abstenerse de medidas reglamentarias que puedan afectar negativamente al carácter distintivo de determinadas marcas de fábrica o de comercio registradas, con independencia de que tales medidas afecten a las marcas incidental o directamente.

7.2017. A la luz de nuestras constataciones anteriores, no estamos de acuerdo con la República Dominicana en que Australia esté "eludiendo la obligación" que le impone el párrafo 1 del artículo 16.[4497]

7.2018. Dado que las medidas TPP no se han declarado incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16, la cuestión formulada por Honduras e Indonesia[4498] de si esas medidas son admisibles como "excepciones limitadas" al amparo del artículo 17 no se plantea.

[4493] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 96 del Grupo Especial, párrafo 59 y nota 62, donde se hace referencia al informe del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246:

> Estos principios responden al hecho de que en general el Acuerdo no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos. Esta característica fundamental de la protección de la propiedad intelectual ofrece de por sí a los Miembros libertad para lograr objetivos legítimos en materia de política pública, ya que muchas medidas destinadas a alcanzar tales objetivos quedan fuera del ámbito de los derechos de propiedad intelectual y no requieren una excepción en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.

[4494] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246.

[4495] El párrafo 1 del artículo 19 dispone lo siguiente:

> Si para mantener el registro se exige el uso, el registro solo podrá anularse después de un período ininterrumpido de tres años como mínimo de falta de uso, a menos que el titular de la marca de fábrica o de comercio demuestre que hubo para ello razones válidas basadas en la existencia de obstáculos a dicho uso. Se reconocerán como razones válidas de falta de uso las circunstancias que surjan independientemente de la voluntad del titular de la marca y que constituyan un obstáculo al uso de la misma, como las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes o servicios protegidos por la marca.

[4496] El artículo 20, en su primera frase, dispone lo siguiente:

> No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas.

[4497] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 71 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafos 7.241-7.2444. (El Grupo Especial entiende que, al citar el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *México - Telecomunicaciones*, la República Dominicana se refiere a los párrafos 7.241-7.244)).

La cuestión de si el párrafo 1 del artículo 16 obliga a los Miembros a conceder una oportunidad mínima de usar las marcas de fábrica o de comercio

7.2019. Cuba, por referencia, sostiene también que, puesto que el *mantenimiento del carácter distintivo* es la razón de ser de los derechos mínimos conferidos por el artículo 16[4499], el principio de interpretación efectiva de los tratados exige que los Miembros concedan una oportunidad mínima de usar las marcas de fábrica o de comercio, ya que, de no ser así, no se garantizan los derechos mínimos prescritos por el párrafo 1 del artículo 16.[4500] Cuba aduce que "el principio de interpretación efectiva de los tratados ('*effet utile*') apoya la conclusión de que los derechos conferidos no se respetan cuando se menoscaba la sustancia misma del derecho (es decir, distinguir productos), por ejemplo cuando el uso normal ya no es posible".[4501]

7.2020. Australia sostiene que "la 'sustancia misma" del derecho establecido en el párrafo 1 del artículo 16 es permitir que los titulares de marcas de fábrica o de comercio puedan impedir el uso no autorizado en el curso de operaciones comerciales de signos similares o idénticos cuando tal uso dé lugar a probabilidad de confusión"[4502] y que las medidas TPP "funcionan de tal modo que aseguran las protecciones otorgadas en virtud de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas, incluido el derecho de impedir infracciones se preserven completamente".[4503] Añade que, "aun cuando algunos titulares de marcas de fábrica o de comercio puedan, *de hecho*, ejercer sus derechos de exclusión con mayor frecuencia que otros, esto no significa que el *efecto jurídico* del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se vuelva "redundante". El hecho de que pueda haber menos posibilidades de confusión como resultado de la medida de empaquetado genérico del tabaco no hacen *inútiles* los derechos conferidos por el artículo 16".[4504]

7.2021. Observamos que Cuba no ofrece ni menciona más detalles sobre lo que, a su entender, requiere el principio de interpretación efectiva de los tratados. Australia hace referencia al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Canadá - Productos lácteos*.[4505]

7.2022. El principio de interpretación efectiva de los tratados o *effet utile,* que se ha aplicado en cierto número de casos en resoluciones de solución de diferencias en el marco de la OMC, guía al intérprete de los tratados para dar un sentido *jurídicamente operativo* a todas las disposiciones

[4498] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 252; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 72.

[4499] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 223) (sin cursivas en el original).

[4500] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 259 y 274). Aunque solo Cuba invoca expresamente el principio de interpretación efectiva de los tratados, otros reclamantes formulan argumentos similares al destacar la importancia del uso para preservar el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas. Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 239 ("Además, [...] la pérdida de carácter distintivo (entre otros motivos, debido a la falta de uso de la marca de fábrica o de comercio relativa al tabaco original) reducirá con el tiempo el alcance de la protección y convertirá la marca de fábrica o de comercio original en un simple derecho sobre el papel, sin ningún valor comercial."); primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 303 ("Al restringir severamente el uso de marcas de fábrica o de comercio registradas, las medidas [T]PP crean una clase de marcas de fábrica o de comercio en Australia que, con el tiempo, se vacía de todos los derechos sustantivos, incluido el derecho garantizado por el párrafo 1 del artículo 16 de impedir que otros utilicen signos similares para bienes o servicios similares. Más bien, esas marcas de fábrica o de comercio registradas son simplemente cáscaras vacías despojadas de los atributos funcionales de las marcas de fábrica o de comercio."); y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 204 ("A falta de uso efectivo de una marca de fábrica o de comercio por su titular (o por otros que tengan consentimiento del titular), el derecho de impedir el uso por terceros que dé lugar a probabilidad de confusión carece de sentido.").

[4501] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 259).

[4502] Respuesta de Australia a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafo 101.

[4503] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 318 (no se reproduce la nota de pie de página).

[4504] Respuesta de Australia a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafo 103 (las cursivas figuran en el original)

[4505] Respuesta de Australia a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafo 99.

aplicables de manera armoniosa[4506], de manera que no haga redundantes o inútiles cláusulas o párrafos enteros de un tratado.[4507]

7.2023. Al evaluar este argumento, observamos en primer lugar que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC establecen niveles mínimos[4508] de protección de las marcas de fábrica o de comercio y otros derechos de propiedad intelectual que los Miembros están obligados a aplicar. El artículo 16 forma parte de los siete artículos contenidos en la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC, titulada "Marcas de fábrica o de comercio", que -junto con las disposiciones pertinentes del Convenio de París (1967), incorporado por el párrafo 1 del artículo 2- rige las obligaciones de los Miembros relativas a las marcas de fábrica o de comercio.

7.2024. Como se ha expuesto *supra*, el párrafo 1 del artículo 16 contiene una obligación que exige que los Miembros concedan a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas el derecho exclusivo de impedir el uso de signos idénticos o similares para bienes o servicios idénticos o similares por terceros no autorizados, cuando tal uso dé lugar a probabilidad de confusión.[4509] También hemos establecido que, si bien las marcas de fábrica o de comercio registradas tienen probabilidad de ser distintivas -ya que, normalmente, el registrador de las marcas de fábrica o de comercio habría considerado que, en el momento del registro, esas marcas eran intrínsecamente distintivas o habían adquirido carácter distintivo mediante el uso en la jurisdicción competente[4510]- el párrafo 1 del artículo 16 en sí mismo no hace referencia al carácter distintivo, sino que simplemente establece los criterios fácticos que constituyen infracción de las marcas de fábrica o de comercio, que el titular de la marca debe tener el derecho de impedir.[4511] También hemos observado que el cumplimiento por los Miembros de esta obligación es independiente de si se produce realmente una infracción de la marca de fábrica o de comercio en el mercado, o de si los titulares de los derechos optan realmente por ejercer ese derecho de que disponen o en qué momento lo hacen.[4512]

7.2025. Aunque el Acuerdo sobre los ADPIC reconoce el interés legítimo del titular de los derechos en utilizar la marca de fábrica o de comercio registrada[4513], observamos que el funcionamiento jurídico del "derecho de impedir" establecido en el párrafo 1 del artículo 16 no requiere *per se* el uso de la marca registrada en sí misma. La segunda frase del párrafo 1 del artículo 16 facilita la aplicación de este derecho -con independencia del uso para fortalecer el carácter distintivo de la marca registrada- al establecer una presunción de probabilidad de confusión en los casos en que haya lo que se denomina "doble identidad", es decir, el uso de signos idénticos en bienes o servicios idénticos. Otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC permiten a los Miembros exigir el uso de la marca de fábrica o de comercio registrada como condición para mantener el registro[4514], pero esto no es una obligación, y la exigencia está supeditada a permitir cierto período de falta de uso antes de la anulación.[4515] Esto significa que, aun cuando los Miembros hayan optado por exigir el uso para mantener el registro de la marca de fábrica o de comercio, los derechos concedidos en virtud del párrafo 1 del artículo 16 deben reconocerse aunque no haya uso durante un período determinado. Además, el párrafo 1 del artículo 19 reconoce que los Miembros no pueden anular registros de marcas de fábrica o de comercio por motivos de falta de uso después de transcurrido ese período si hay "razones válidas basadas en la existencia de obstáculos a dicho uso".[4516]

[4506] Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 81.
[4507] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 27. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Productos lácteos*, párrafo 133.
[4508] El párrafo 1 del artículo 1, en sus frases primera y segunda, dispone que "[l]os Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo."
[4509] Véase el párrafo 7.1978 *supra*.
[4510] Véase la sección 7.3.2.3.2.1, relativa a las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 4 del artículo 15.
[4511] Véase el párrafo 7.2010 *supra*.
[4512] Véase el párrafo 7.2005 *supra*.
[4513] Véase el párrafo 7.2011 *supra*.
[4514] Acuerdo sobre los ADPIC, artículo 19.
[4515] Acuerdo sobre los ADPIC, artículo 19.
[4516] Se considera que tales "razones válidas de falta de uso" incluyen "las circunstancias que surjan independientemente de la voluntad del titular de la marca y que constituyan un obstáculo al uso de la misma,

7.2026. La evaluación *supra* indica, en nuestra opinión, que, si bien el uso de la marca de fábrica o de comercio registrada puede ser la situación habitual prevista en las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, la ausencia de ese uso no hace "jurídicamente inoperante" o redundante el derecho de exclusión establecido en el párrafo 1 del artículo 16. Como se ha indicado *supra*, el fin del párrafo 1 del artículo 16 es proporcionar al titular de la marca de fábrica o de comercio registrada -y, por lo tanto, ya distintiva- los medios esenciales para impedir la infracción por terceras partes no autorizadas.[4517] Aunque el hecho de impedir tales infracciones pueda contribuir también a defender el carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio registrada, no estamos de acuerdo con la alegación de Cuba de que la "sustancia misma" del derecho establecido en el párrafo 1 del artículo 16 sea la responsabilidad general de mantener el carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio.[4518] Si se tiene en cuenta que el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio varía en función de diversos factores del mercado[4519] -incluidos los que están fuera del control de los gobiernos de los Miembros o los titulares de las marcas- no es plausible suponer que los Miembros habrían asumido tal responsabilidad general.

7.2027. El uso de las marcas de fábrica o de comercio registradas se aborda en otras disposiciones de la Sección 2 de la Parte II. Entre ellas, figura el artículo 19, que prevé expresamente que los obstáculos al uso de las marcas de fábrica o de comercio pueden surgir independientemente de la voluntad del titular de la marca, incluso sobre la base de prescripciones gubernamentales. El artículo 20 prohíbe las exigencias especiales que compliquen injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, lo cual, inversamente, permite complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio en determinadas circunstancias.[4520] Observamos también que el interés del titular de una marca de fábrica o de comercio en usar su marca en relación con los bienes o servicios pertinentes se ha reconocido como parte de su interés legítimo en preservar el carácter distintivo de su marca en el contexto del artículo 17, y que, por lo tanto, debe tenerse en cuenta al evaluar la legitimidad de las excepciones a los derechos exclusivos otorgados por el párrafo 1 del artículo 16.[4521]

7.2028. Por consiguiente, al adoptar las disposiciones sobre marcas de fábrica o de comercio de la Sección 2 de la Parte II, los Miembros se han comprometido a otorgar un derecho mínimo de impedir la infracción por terceros a los titulares de signos que cumplan el requisito de carácter distintivo previsto en el párrafo 1 del artículo 15 y cuyo registro no haya sido denegado por los Miembros por alguno de los diversos motivos que pueden invocar conforme al artículo 15 y a las disposiciones pertinentes incorporadas del Convenio de París (1967).[4522] Los Miembros no han asumido la responsabilidad general de preservar el carácter distintivo de los signos, ni antes ni después de que tales signos se hayan registrado como marcas de fábrica o de comercio. La importancia del uso de una marca de fábrica o de comercio se reconoce en el Acuerdo sobre los ADPIC, condicionando las medidas que compliquen ese uso en el contexto del artículo 20 y reconociendo el interés del titular de los derechos en utilizar la marca de fábrica o de comercio a fin de mantener su carácter distintivo como factor para determinar las excepciones admisibles en el contexto del artículo 17. Al mismo tiempo, está claro que pueden existir y existen legítimamente obstáculos al uso de las marcas de fábrica o de comercio, y que los Miembros conservan la facultad de complicar el uso de las marcas de fábrica o de comercio en determinadas condiciones.

7.2029. En consecuencia, adoptar una interpretación del artículo 16 que exigiera a los Miembros salvaguardar una oportunidad mínima de usar la marca de fábrica o de comercio registrada no solo carece de fundamento en el texto de la propia disposición, sino que crearía una falta de armonía con las disposiciones de la Sección relativa a las marcas de fábrica o de comercio que: a) establecen expresamente las condiciones en las que el uso puede complicarse (artículo 20); y

---

como las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes o servicios protegidos por la marca". Párrafo 1 del artículo 19, segunda frase.

[4517] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186

[4518] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 259).

[4519] Véase el párrafo 7.2012 *supra*.

[4520] Véase la sección 7.3.5 *infra* sobre el artículo 20.

[4521] Véase el párrafo 7.2008 *supra*.

[4522], Para una evaluación detallada de las obligaciones de los Miembros con respecto al registro de las marcas de fábrica o de comercio contenidas en las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y las disposiciones incorporadas del Convenio de París (1967), véase la sección 7.3.2.3.1.2, sobre las alegaciones formuladas en el marco del párrafo 4 del artículo 15.

b) abordan las consecuencias de los obstáculos al uso (artículo 19). Esas disposiciones prevén claramente la posibilidad de impedir reglamentariamente el uso. Además, leer el artículo 16 en el sentido de que impone a los Miembros limitaciones a las reglamentaciones relativas al uso de marcas de fábrica o de comercio podría hacer *inútil* el propio artículo 20, que trata directamente sobre ese aspecto.

7.2030. A la luz de lo anterior, constatamos que la obligación de dar un sentido jurídicamente operativo a todas las disposiciones de la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC de manera armoniosa, sin hacer redundante ninguna de ellas, como exige el principio de interpretación efectiva de los tratados, no respalda una interpretación de que los derechos mínimos previstos en el artículo 16 exigen a los Miembros conceder una posibilidad mínima de utilizar una marca de fábrica o de comercio registrada.

Conclusión

7.2031. Recordando las constataciones que hemos formulado en los párrafos 7.2000, 7.2010 y 7.2030 *supra*, concluimos, en consecuencia, que la posibilidad de que se produzcan menos casos de "probabilidad de confusión" en el mercado no constituye, por sí misma, una infracción del párrafo 1 del artículo 16, porque el cumplimiento por los Miembros de la obligación de otorgar el derecho de impedir infracciones de marcas de fábrica o de comercio que prevé el párrafo 1 del artículo 16 es independiente de si tales infracciones se producen realmente en el mercado. El párrafo 1 del artículo 16 no exige que los Miembros se abstengan de medidas reglamentarias que puedan afectar a la capacidad de mantener el carácter distintivo de las diferentes marcas de fábrica o de comercio o de conceder una "oportunidad mínima" de usar una marca de fábrica o de comercio para proteger ese carácter distintivo.

7.2032. A la luz de esas constataciones, y como hemos indicado *supra*[4523], no consideramos necesario seguir examinando la alegación fáctica de los reclamantes de que la prohibición por las medidas TPP del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco reducirá de hecho el carácter distintivo de tales marcas, y conducirá a una situación en la que es menos probable que surja una "probabilidad de confusión" en el mercado con respecto a esas marcas de fábrica o de comercio.

7.3.3.4.3 La cuestión de si las medidas TPP infringen el artículo 16 porque hacen que los signos no intrínsecamente distintivos estén sujetos a procedimientos de anulación

7.2033. Cuba, por referencia, aduce que la prohibición de usar signos no verbales establecida en las medidas TPP causa la pérdida del carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas consistentes en signos no intrínsecamente distintivos que habían adquirido anteriormente carácter distintivo mediante el uso. Cuba sostiene que ni el artículo 28 de la Ley TPP ni la Ley TMA resuelven este problema[4524], y que "no hay base para que determinadas marcas no intrínsecamente distintivas como los colores o determinadas formas obtengan o mantengan la condición de marca de fábrica o de comercio, y automáticamente se convertirán en 'genéricas'".[4525] Debido a que esas marcas de fábrica o de comercio pueden invalidarse por falta de carácter distintivo y, de ese modo, los titulares de marcas que anteriormente estaban protegidas y se usaban podrían perder el nivel mínimo de protección garantizado por el artículo 16, las medidas TPP, según Cuba, infringen el párrafo 1 del artículo 16.[4526]

7.2034. Australia responde que el artículo 28 de la Ley TPP dispone que el funcionamiento de esa Ley no impide el registro de una marca de fábrica o de comercio o el mantenimiento del registro, y que, al asegurar que las marcas de fábrica o de comercio puedan registrarse y permanecer en el

[4523] Véase el párrafo 7.1993 *supra*.
[4524] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 289-291).
[4525] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 288).
[4526] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 285 y 292-293). Véase en el párrafo 7.1940 *supra* un resumen más pormenorizado de los argumentos de Cuba. En la sección 7.3.3.4.2 *supra* se examinan los argumentos de los reclamantes acerca de si las medidas TPP infringen el párrafo 1 del artículo 16 porque la prohibición del uso de ciertas marcas de fábrica o de comercio reduce su carácter distintivo y, por lo tanto, la capacidad del titular de la marca para demostrar que hay probabilidad de confusión.

registro, las medidas TPP no tienen efecto alguno en la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas para ejercer los derechos conferidos por la Ley TM de obtener reparación en caso de que un tercero utilice un signo idéntico o similar en el curso de operaciones comerciales cuando tal uso crea probabilidad de confusión.[4527]

7.2035. Al evaluar ese argumento, observamos que el artículo 28(3) de la Ley TPP establece disposiciones relativas a la revocación de las marcas de fábrica o de comercio registradas conforme al artículo 84A (1) de la Ley TM. Con arreglo a esos procedimientos, el Registrador de Marcas de Fábrica o de Comercio puede revocar el registro de una marca de fábrica o de comercio en caso de que la marca no debería haberse registrado, habida cuenta de todas las circunstancias que existían cuando se registró.[4528] Australia explica que el artículo 28(3) de la Ley TPP asegura que el funcionamiento de la Ley o "la circunstancia de que se impida a una persona, por esta Ley o al amparo de la misma, usar una marca de fábrica o de comercio en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco o en relación con él, o en los productos de tabaco"[4529] no impliquen que sea "razonable o apropiado" revocar el registro de la marca.[4530]

7.2036. Además, observamos que el artículo 28(4) de la Ley TPP contiene disposiciones relativas a la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio para oponerse a una solicitud de supresión de su marca de fábrica o de comercio registrada por motivos de falta de uso con arreglo al del artículo 100(1)(c) de la Ley TM. Australia explica que el artículo 28(4) asegura que "si hay una solicitud de supresión de una marca del registro basada en la falta de uso, se considera que un oponente a esa solicitud ha impugnado la solicitud si establece que el titular registrado habría usado la marca de fábrica o de comercio de no ser por el funcionamiento de la Ley TPP".[4531]

7.2037. Aunque puede considerarse que el funcionamiento del artículo 28 de la Ley TPP descrito *supra*, en ausencia de una impugnación específica de los reclamantes, asegura que el funcionamiento de las medidas TPP no conduce a la anulación del registro de una marca de fábrica o de comercio existente conforme a estos dos procedimientos, a nuestro entender, estos argumentos no abordan la alegación planteada por Cuba. La alegación de Cuba no se refiere a la revocación de registros por razones *ya presentes en el momento del registro*, abarcada por el procedimiento de revocación previsto en el artículo 84A de la Ley TM, ni a las solicitudes de supresión del registro *por motivos de falta de uso*, para las que son pertinentes los procedimientos establecidos en el artículo 100(1)(c) de la Ley TM. La alegación de Cuba se refiere más bien a los procedimientos de anulación destinados a anular marcas de fábrica o de comercio registradas porque han perdido su carácter distintivo a causa del supuesto funcionamiento de las medidas TPP.

7.2038. Recordamos las constataciones que hemos formulado *supra* de que el párrafo 1 del artículo 16 no implica el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio a mantener o desarrollar el carácter distintivo de la marca ni constituye una obligación general que exige a los Miembros abstenerse de adoptar medidas reglamentarias que puedan afectar negativamente al carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio. Con respecto a los elementos de esta alegación específica de Cuba, observamos además que el párrafo 5 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone expresamente que los Miembros "ofrecerán una oportunidad razonable de pedir la anulación del registro".[4532]

7.2039. Cuba no ha aportado, ni ha mencionado, otros argumentos o detalles sobre la forma en que, a su juicio, las marcas de fábrica o de comercio registradas que puedan haber perdido

[4527] Véase el párrafo 7.1960 *supra* para un resumen más pormenorizado de los argumentos de Australia.
[4528] El artículo 84A(1) de la Ley TM (Prueba documental JE-6) dispone lo siguiente:

> El Registrador podrá revocar el registro de una marca de fábrica o de comercio si está convencido de que: la marca de fábrica o de comercio no debería haberse registrado, habida cuenta de todas las circunstancias que existían cuando la marca se registró (con independencia de que el Registrador tuviera o no entonces conocimiento de ellas); y de que *es razonable revocar el registro*, *habida cuenta de todas las circunstancias* (sin cursivas en el original)

[4529] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), 28 (3)(b).
[4530] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 269.
[4531] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 270.
[4532] El párrafo 5 del artículo 15 dispone lo siguiente: "Los Miembros publicarán cada marca de fábrica o de comercio antes de su registro o sin demora después de él, y ofrecerán una oportunidad razonable de pedir la anulación del registro. Además los Miembros podrán ofrecer la oportunidad de oponerse al registro de una marca de fábrica o de comercio."

carácter distintivo por el funcionamiento de las medidas TPP que alega podrían suprimirse del registro con arreglo a la legislación australiana sobre marcas de fábrica o de comercio. Asimismo, observamos que, al margen de los argumentos relativos a las alegaciones sobre las que ya nos hemos pronunciado en la sección anterior, Cuba tampoco ha aportado argumentos específicos que expliquen por qué la anulación -procedimiento que debe establecerse en virtud del párrafo 5 del artículo 15- de una marca de fábrica o de comercio que pueda haber perdido carácter distintivo por la aplicación de una medida por lo demás no prohibida por el Acuerdo sobre los ADPIC constituiría una infracción del párrafo 1 del artículo 16.

7.2040. A la luz de nuestra interpretación del párrafo 1 del artículo 16 expuesta en las secciones anteriores, consideramos que Cuba no ha explicado de qué forma la anulación de una marca de fábrica o de comercio registrada que consista en signos no verbales no intrínsecamente distintivos y que pueda haber perdido carácter distintivo debido a la aplicación de las medidas TPP constituye una infracción del párrafo 1 del artículo 16.

7.3.3.4.4 La cuestión de si las medidas TPP menoscaban el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio de impedir el uso que sea probable que dé lugar a confusión al exigir el uso de marcas "engañosamente similares" en productos idénticos

7.2041. Indonesia y Cuba (por referencia) aducen que, al normalizar el aspecto del empaquetado del tabaco y de los productos de tabaco, las medidas TPP exigen el uso de "marcas [engañosamente] similares" en "productos idénticos", al tiempo que privan a los titulares de un recurso, menoscabando así el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio en virtud del párrafo 1 del artículo 16 de impedir el uso que sea probable que dé lugar a confusión.[4533]

7.2042. Indonesia aduce que las marcas no verbales, como los colores, los diseños y las imágenes, son esenciales para el establecimiento y el mantenimiento de una marca y refuerzan el carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio correspondiente a una marca, especialmente cuando todos los productos son similares o idénticos, como es el caso de los cigarrillos.[4534] Por consiguiente, sostiene Indonesia, las marcas verbales por sí solas son, en muchos casos, insuficientes para diferenciar una marca de otra si no hay tipos de letra, símbolos o colores que las distingan.[4535] Puesto que, conforme a las medidas TPP, todas las marcas verbales han de presentarse en un formato prescrito (tipo de letra, tamaño, color, etc.), Indonesia sostiene que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas relativas a productos de tabaco están legalmente obligados por las medidas TPP a presentar sus marcas de una manera que es "engañosamente similar" a las de otras marcas de tabaco.[4536] Indonesia añade que, como las medidas TPP de Australia son obligatorias, Australia ha dejado a los titulares de marcas de fábrica o de comercio sin ningún recurso y, por lo tanto, les ha privado del derecho a excluir los usos de marcas similares cuando sea probable que causen confusión, en contradicción directa con la obligación que le impone el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4537]

7.2043. Indonesia concluye que "Australia ha infringido el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC al restringir la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de impedir que haya "probabilidad de confusión" con marcas de fábrica o de comercio casi idénticas. Si se exige que las marcas relativas a productos de tabaco idénticos se presenten de manera prácticamente idéntica, como en el caso de las medidas TPP, será considerablemente más difícil para los titulares de marcas de fábrica o de comercio ejercer, en el marco de la legislación australiana, su derecho de impedir los usos que sea probable que causen confusión, derecho que

[4533] Véanse la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorporan los argumentos relativos al párrafo 1 del artículo 16 formulados en la primera comunicación escrita de Indonesia); y la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorporan los argumentos relativos al párrafo 1 del artículo 16 formulados en la segunda comunicación escrita de Indonesia).

[4534] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 216. Indonesia observa también que "los estudios indican que 'muchos fumadores son incapaces de distinguir entre cigarrillos similares' en ausencia de marcas de fábrica o de comercio".

[4535] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 217.

[4536] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 214-215.

[4537] Véase la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 93. Véase también en los párrafos 7.1942-7.1945 *supra* un resumen más detallado de los argumentos formulados por Indonesia en relación con esa alegación.

Australia *debe* garantizar a los titulares de marcas de fábrica o de comercio de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16".[4538]

7.2044. Australia responde que si los nombres de marcas y variantes en cuestión han sido todos ellos registrados, el encargado del Registro ha determinado que esas marcas de fábrica o de comercio denominativas son de hecho capaces de distinguir los bienes del solicitante de la marca de los bienes de otras empresas. Además, Australia sostiene que los derechos negativos de exclusión de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16 siguen existiendo en el marco de las medidas TPP, y que el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada puede, por consiguiente, seguir impidiendo que un competidor utilice, en un producto de tabaco, una palabra que sea idéntica o similar a una marca de fábrica o de comercio registrada ya existente de forma que cree una "probabilidad de confusión".[4539]

7.2045. Indonesia responde que el simple hecho de que una marca de fábrica o de comercio esté registrada no significa que no pueda usarse nunca de manera que pueda dar lugar a probabilidad de confusión con otra marca de fábrica o de comercio registrada y, por consiguiente, no impide la posibilidad de su revocación posterior sobre la base de un *uso* de la marca de fábrica o de comercio que induzca a confusión.[4540]

7.2046. Recordamos que las medidas TPP prohíben el uso de marcas de fábrica o de comercio y otras marcas en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco, a excepción de un nombre de marca, un nombre comercial o un nombre de variante, que pueden figurar en un lugar prescrito y con un tamaño, un tipo de letra y un color determinados.[4541] Las características de diseño de las marcas de fábrica o de comercio y otros signos, como los colores, el contenido gráfico, los tipos de letra imaginativos y los símbolos, están prohibidos. Por ello, casi todos los aspectos de la presentación y la apariencia de los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos están determinados por las disposiciones de la Ley TPP y del Reglamento TPP. La esfera de competencia de las empresas tabacaleras en lo que respecta a la apariencia del empaquetado del tabaco y los productos de tabaco se limita a la elección del nombre de la marca y la variante. Las medidas TPP se aplican por igual a los titulares de marcas de fábrica o de comercio denominativas y a las empresas que utilizan palabras potencialmente similares para identificar sus productos. Las medidas TPP no exigen que el nombre de la marca y la variante que las empresas tabacaleras pueden elegir para que aparezcan en el empaquetado del tabaco sean marcas de fábrica o de comercio registradas. Por consiguiente, las medidas TPP no exigen que los competidores utilicen determinada marca de fábrica o de comercio ni exigen o determinan que el nombre de la marca y de la variante que elija una empresa tabacalera deban ser similares -o engañosamente similares- a los de otras empresas tabacaleras. A la luz de estas observaciones, no estamos de acuerdo con la caracterización de Indonesia de que las medidas TPP "exigen el uso de marcas engañosamente similares en productos idénticos".[4542]

7.2047. Observamos además que, si bien las medidas TPP crean una situación en la que el aspecto global del empaquetado de productos de tabaco del mismo tipo (por ejemplo, los paquetes de cigarrillos) será prácticamente idéntico, excepto para el nombre de la marca y la variante, esta similitud prescrita del aspecto de productos competidores en el mercado no es el criterio sobre cuya base se evalúa la "probabilidad de confusión" en el contexto de la infracción de las marcas de fábrica o de comercio con arreglo al párrafo 1 del artículo 16. Más bien, el párrafo 1 del artículo 16 exige que los titulares de derechos deban poder impedir el uso no autorizado de signos que sean similares o idénticos a sus marcas de fábrica o de comercio registradas, cuando ese uso cree una "probabilidad de confusión". La evaluación con arreglo al párrafo 1 del artículo 16 de si el nombre de la marca o la variante infractor es similar o idéntico a una marca de fábrica o de comercio verbal *tal como está registrada,* y causa una probabilidad de confusión, no se ve en principio afectada por la introducción del requisito de que ahora la *propia* marca verbal registrada solo pueda utilizarse con el mismo tipo de letra que el signo infractor y en un empaquetado diseñado de idéntica manera. Dicho de otro modo, el hecho de que todas las palabras del nombre de la marca y la variante que figuren en los productos de tabaco tengan que utilizarse con el mismo tipo

[4538] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 219 (las cursivas figuran en el original).
[4539] Véase en el párrafo 7.1959 *supra* un resumen más detallado de los argumentos formulados por Australia a ese respecto.
[4540] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 96.
[4541] Véanse las secciones 2.1.2.3.3 y 2.1.2.4 *supra*.
[4542] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 213.

de letra y en productos idénticos no permite en sí mismo llegar a la conclusión de que las propias palabras son similares, y de que hay probabilidad de confusión entre ellas. Habida cuenta de ello, no nos convencen las afirmaciones de Indonesia de que las medidas TPP darían lugar necesariamente a una situación en la que hay probabilidad de confusión entre marcas de fábrica o de comercio "casi idénticas", en infracción del párrafo 1 del artículo 16.[4543]

7.2048. Esta evaluación no cambia porque Indonesia argumente que las marcas verbales por sí solas, en ausencia de tipos de letra, símbolos o colores distintivos, son insuficientes para diferenciar entre productos de tabaco por lo demás idénticos, y que las medidas TPP, al normalizar el aspecto de esos productos, menoscaban el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio de impedir el uso que sea probable que cause confusión, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16.[4544] A este respecto, observamos que la cuestión de si una palabra puede por sí misma distinguir los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas es determinante, con arreglo al párrafo 1 del artículo 15, para la cuestión de si esta palabra puede en sí misma registrarse como una marca de fábrica o de comercio para productos de tabaco y por tanto gozar de la protección exigida en virtud del párrafo 1 del artículo 16.[4545] Si las palabras sin características de diseño adicionales no son distintivas para los productos de tabaco, como Indonesia parece sostener, entonces esos signos no cumplen los criterios establecidos para poder ser registrados como marcas de fábrica o de comercio, y por consiguiente los Miembros no tienen la obligación de otorgar a sus titulares el derecho de impedir el uso no autorizado de signos similares o idénticos que cause una probabilidad de confusión.

7.2049. Por último, observamos que, si bien las medidas TPP introducen características de diseño obligatorias con respecto al aspecto de los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos, los titulares de marcas registradas relativas al tabaco siguen disponiendo del derecho de impedir infracciones de las marcas de fábrica o de comercio en Australia. Esto significa que el titular de una marca de fábrica o de comercio puede seguir impidiendo el uso como nombre de marca o variante de palabras que sean idénticas o similares a una marca de fábrica o de comercio registrada existente de manera que cree una probabilidad de confusión. Por consiguiente, no estamos de acuerdo con que el carácter obligatorio de las medidas TPP ha dejado a los titulares de marcas de fábrica o de comercio sin "ningún recurso "[4546] y por tanto ha privado a los titulares de marcas del derecho de impedir el uso de marcas similares cuando tal uso dé lugar a probabilidad de confusión. Indonesia no explica de qué forma su referencia a la posibilidad de revocación de una marca de fábrica o de comercio con arreglo a la Ley TM, que ha planteado en respuesta a los argumentos de Australia, es pertinente para esta evaluación.

7.2050. Para terminar, recordamos la observación que hemos formulado *supra*[4547] de que, para demostrar que las medidas TPP infringen la obligación contraída por Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16, los reclamantes tendrían que demostrar que, en el marco de la legislación nacional australiana, el titular de la marca de fábrica o de comercio no tiene derecho a impedir las actividades de terceros que cumplan las condiciones establecidas en esa disposición. A la luz de las observaciones que anteceden, consideramos que Indonesia y Cuba, por referencia, no han acreditado *prima facie* que las medidas TPP menoscaben el derecho conferido al titular de una marca de fábrica o de comercio por el párrafo 1 del artículo 16 al exigir el uso de marcas engañosamente similares en productos idénticos y al mismo tiempo privar a los titulares del recurso de impedir usos de signos similares que creen una "probabilidad de confusión".

7.3.3.4.5 Conclusión general

7.2051. Habida cuenta de lo que antecede, incluidas las constataciones que hemos formulado en los párrafos 7.2031, 7.2040 y 7.2050, concluimos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

[4543] Véase la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 219.
[4544] Véase la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 216-217 y 219.
[4545] En la sección 7.3.2.3.1.1 *supra*, relativa a las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 4 del artículo 15, puede consultarse una evaluación detallada del funcionamiento del requisito de carácter distintivo.
[4546] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 93. Véase también *ibid*. párrafo 101.
[4547] Véase el párrafo 7.1980 *supra*.

7.3.4 Párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.3.4.1 Introducción

7.2052. A continuación examinaremos las alegaciones formuladas por Cuba e Indonesia al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Derechos conferidos". Dicho párrafo dispone lo siguiente:

> El artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) se aplicará *mutatis mutandis* a bienes o servicios que no sean similares a aquellos para los cuales una marca de fábrica o de comercio ha sido registrada, a condición de que el uso de esa marca en relación con esos bienes o servicios indique una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca registrada y a condición de que sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada.

7.2053. El artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) dispone lo siguiente:

> 1) Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con esta.
>
> 2) Deberá concederse un plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha del registro para reclamar la anulación de dicha marca. Los países de la Unión tienen la facultad de prever un plazo en el cual deberá ser reclamada la prohibición del uso.
>
> 3) No se fijará plazo para reclamar la anulación o la prohibición de uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe.

7.2054. Cuba e Indonesia alegan que las medidas TPP infringen el párrafo 3 del artículo 16 porque impiden que las marcas de fábrica o de comercio de tabaco notoriamente conocidas existentes mantengan su condición de marca notoriamente conocida y porque impiden que otras marcas de fábrica o de comercio de tabaco registradas alcancen esa condición mediante el uso.

7.2055. Australia responde que no está obligada en virtud del párrafo 3 del artículo 16 a conceder al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho de utilizar su marca de forma que pueda mantener o adquirir la condición de marca notoriamente conocida, y solicita al Grupo Especial que rechace esas alegaciones en su totalidad.

7.3.4.2 Principales argumentos de las partes

7.2056. Cuba incorpora, por referencia, los argumentos relativos al párrafo 3 del artículo 16 formulados por Indonesia y Ucrania, y los formulados por la República Dominicana en calidad de tercero.[4548]

7.2057. Cuba aduce que las medidas TPP infringen el párrafo 3 del artículo 16 de dos formas independientes, pero relacionadas entre sí. *En primer lugar*, las medidas suprimen la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco que gozaban de la condición de marca notoriamente conocida antes de su imposición para mantener esa condición y seguir disfrutando de los derechos que Australia debe otorgarles en virtud del párrafo 3 del artículo 16. *En segundo lugar*, las medidas TPP suprimen la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio

[4548] Véase la nota ¡Error! Marcador no definido. *supra*. Dado que los argumentos de Indonesia se resumen *infra* en el marco de su propia alegación, en esta ocasión solo resumimos los argumentos de la República Dominicana y Ucrania que Cuba ha incorporado por referencia. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 316, y la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 74.

para adquirir la condición de marca notoriamente conocida, de forma que sencillamente no se les pueden conceder las protecciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 16.[4549]

7.2058. Cuba sostiene que el "uso de una marca de fábrica o de comercio es de suma importancia para la adquisición y el mantenimiento de la condición de marca notoriamente conocida".[4550] En apoyo de este argumento, cita[4551] la Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas aprobada por la Asamblea General de la OMPI y la Asamblea de la Unión de París en 1999, en la que se establece que, a la hora de determinar si una marca es notoriamente conocida:

> [L]a autoridad competente considerará la información que se le someta en relación con los factores de los que pueda inferirse que la marca es o no notoriamente conocida, incluida, aunque sin limitarse a ella, la información relativa a lo siguiente ... 2) la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier utilización de la marca; 3) la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier promoción de la marca, incluyendo la publicidad o la propaganda y la presentación, en ferias o exposiciones, de los productos o servicios a los que se aplique la marca; 4) la duración y el alcance geográfico de cualquier registro, y/o cualquier solicitud de registro, de la marca, en la medida en que reflejen la utilización o el reconocimiento de la marca.[4552]

7.2059. En consecuencia, argumenta, la capacidad de una marca de fábrica o de comercio registrada para ser "notoriamente conocida" y, por tanto, beneficiarse de los derechos que deben otorgarse en virtud del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, está supeditada al uso de esa marca de fábrica o de comercio. La no utilización puede impedir que una marca de fábrica o de comercio registrada que de otro modo habría llegado a ser "notoriamente conocida" alcance esa condición, y la falta de uso puede dar lugar a que una marca notoriamente conocida pierda esa condición.[4553] Cuba sostiene que, a causa de la legislación de Australia, resulta imposible que las marcas de fábrica o de comercio de los productos de tabaco cumplan las condiciones necesarias para adquirir o mantener la protección como marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas.[4554]

7.2060. Cuba, por referencia, explica que, en cuanto a la pérdida de derechos de las marcas de tabaco notoriamente conocidas existentes que se alega, el mecanismo funciona del siguiente modo:

> (1) La falta de uso de la marca de tabaco notoriamente conocida, o el uso en un formato especial, se traduce en una disminución de la notoriedad de esta marca en el sector pertinente del público, en el sentido del párrafo 2 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y del artículo 120(4) de la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995*;

[4549] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 315).

[4550] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 331 (subrayado en el original)). Véase también *ibid.* (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 305).

[4551] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 325). Véase también *ibid.* (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 305).

[4552] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 305, donde se cita la Recomendación Conjunta de la OMPI (Pruebas documentales DOM-78, IDN-76), artículo 2 (el subrayado es de Ucrania)).

[4553] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 328).

[4554] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 337 y 340). De modo análogo, Cuba aduce que "a raíz de la medida de empaquetado genérico impuesta por Australia resulta imposible demostrar las condiciones que dan lugar a la protección adicional que Australia está obligada a garantizar. Por consiguiente, Australia infringe el nivel mínimo garantizado de derechos que se confiere a los titulares de marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas en el marco del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC". *Ibid.,* (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 312).

(2) Al tener una menor notoriedad, con el tiempo la marca pierde su condición de marca "notoriamente conocida" en el marco de la legislación de Australia; y

(3) La pérdida de la condición de marca "notoriamente conocida" va necesariamente acompañada de una pérdida de la protección que debe otorgarse a esa condición, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, y que haya sido otorgada con anterioridad de conformidad con el artículo 120(3) de la Ley TM.[4555]

7.2061. Además, aduce que el titular de una marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida ya no podrá demostrar que el uso de un signo similar en bienes no similares indica que hay una "conexión" y afecta a sus "intereses", como exige el párrafo 3 del artículo 16, si el público ya no ve el signo notoriamente conocido en los bienes en cuestión y, por tanto, no puede establecer la conexión con dicho signo.[4556] De igual modo, será imposible demostrar el interés del titular de la marca de fábrica o de comercio en proteger la reputación de la marca si no se pueden utilizar los signos y su reputación desaparece.[4557]

7.2062. Cuba sostiene que, en el marco del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros de la OMC se comprometieron a proteger las marcas notoriamente conocidas frente a la "dilución", lo que protege contra la "difuminación progresiva" de la identidad de la marca.[4558] Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 16 de los ADPIC, Los Miembros tienen la obligación positiva de otorgar una protección eficaz a las marcas de fábrica o de comercio en general y a las marcas notoriamente conocidas en particular.[4559]

7.2063. Cuba, por referencia, puntualiza que, en cuanto a la adquisición de la condición de marca notoriamente conocida, el mecanismo funciona del siguiente modo:

(1) La falta de uso de la marca de tabaco, o su uso en un formato especial, impide la notoriedad de la marca de fábrica o de comercio en el sector pertinente del público, en el sentido del párrafo 2 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y del artículo 120(4) de la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995*;

(2) Si la marca no tiene la notoriedad suficiente, no puede adquirir la condición de marca "notoriamente conocida" en el marco de la legislación de Australia; y

(3) Sin la condición de marca "notoriamente conocida", la marca nunca podrá obtener la protección que debe otorgarse ante tal condición, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y del artículo 120(3) de la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995*.[4560]

7.2064. Cuba, por referencia, concluye que las graves restricciones del uso de las marcas registradas impuestas por las medidas TPP de Australia dan lugar a un incumplimiento de las obligaciones que corresponden a Australia en el marco del párrafo 3 del artículo 16, porque i) suprimen los "derechos negativos" que se concedieron previamente a las marcas que lograron la condición de notoriamente conocida antes de su imposición y ii) imposibilitan que ninguna otra

[4555] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 336 (subrayado en el original)). De modo análogo, Cuba aduce que, "[e]n consecuencia, la falta de visibilidad y uso de una marca de fábrica o de comercio en su día notoriamente conocida ocasionada por la medida de empaquetado genérico provocará la pérdida del ámbito de protección adicional de las marcas notoriamente conocidas frente al uso de signos similares en bienes no similares que se prevé en el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC". *Ibid.,* (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 307).

[4556] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 309).

[4557] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 309).

[4558] Informe de Dinwoodie (Prueba documental UKR-1), párrafos 20-21.

[4559] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 310).

[4560] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 339 (las cursivas figuran en el original)).

marca registrada de productos de tabaco adquiera esta condición en el futuro y, por tanto, ejerza los derechos que concede el párrafo 3 del artículo 16.[4561]

7.2065. En respuesta al argumento de Australia de que la interpretación de los reclamantes exigiría que los Miembros garantizaran el uso de las marcas de fábrica o de comercio e impediría que estos impusieran reglamentaciones legítimas, Cuba aclara, por referencia, que está de acuerdo con la caracterización que se hace del párrafo 3 del artículo 16 en el sentido de que confiere derechos negativos[4562], y que "no aduce que las limitaciones de la venta y la publicidad de productos nocivos estén prohibidas por el párrafo 3 del artículo 16. Antes bien, [su] posición ... es que un Miembro no puede, con su propio comportamiento, privar de sentido al párrafo 3 del artículo 16, por lo que respecta a las marcas de fábrica o de comercio de *productos comercializados legalmente*, al implementar una medida que imposibilita que los titulares de las marcas recurran a los derechos que deben otorgarse de conformidad con esa disposición".[4563]

7.2066. En respuesta al argumento de Australia de que el párrafo 3 del artículo 16 atañe solamente a la concesión de derechos negativos respecto de las marcas notoriamente conocidas, y no a la adquisición y el mantenimiento de la condición de marca notoriamente conocida, Cuba, por referencia, aduce que, "[c]omo las protecciones que deben otorgarse de conformidad con el párrafo 3 del artículo 16 se basan en la determinación de que una marca de fábrica o de comercio dada es "notoriamente conocida" en el sentido del párrafo 2 del artículo 16 (y del artículo 6*bis* del Convenio de París), los Miembros no pueden adoptar medidas que impidan que las marcas de fábrica o de comercio de los productos comercializados legalmente lleguen a ser (o sigan siendo) notoriamente conocidas. Por consiguiente, no se puede interpretar el párrafo 3 del artículo 16 de manera que conceda a los Miembros la posibilidad de anular por completo las protecciones negociadas para las marcas notoriamente conocidas. Si los negociadores del Acuerdo sobre los ADPIC (y del Convenio de París) se hubiesen propuesto permitir que los gobiernos gocen de facultades ilimitadas para impedir que las marcas de fábrica o de comercio lleguen a ser (o sigan siendo) notoriamente conocidas, como indica Australia, no habría habido motivo alguno para imponer obligaciones con respecto a las marcas notoriamente conocidas. Conforme a la interpretación de Australia, un Miembro podría sencillamente desentenderse de esas obligaciones y adoptar medidas para asegurarse de que las marcas perjudicadas nunca adquieran o mantengan la condición de marca notoriamente conocida".[4564] Ello, "en efecto, y de forma inadmisible, daría cabida a que esta disposición quedara excluida del Acuerdo sobre los ADPIC al antojo de los distintos Miembros" que, en consecuencia, tendrían "libertad para despojar a cualquier marca de fábrica o de comercio de su condición de marca notoriamente conocida, así como para impedir que cualquier otra marca de fábrica o de comercio adquiriese esa condición, sin que el párrafo 3 del artículo 16 resultara aplicable en absoluto".[4565]

7.2067. Indonesia aduce que las medidas TPP de Australia infringen el párrafo 3 del artículo 16 porque i) con el tiempo reducen la fuerza de las marcas de fábrica o de comercio de tabaco notoriamente conocidas, de forma que estas terminan perdiendo su condición de marca notoriamente conocida y los derechos de exclusión especiales que se les otorga en virtud de esa condición; y ii) impiden que las marcas de fábrica o de comercio de tabaco lleguen a ser notoriamente conocidas y, por lo tanto, imposibilitan que se hagan acreedoras a los derechos otorgados a las marcas notoriamente conocidas.[4566]

7.2068. Indonesia sostiene que la finalidad del párrafo 3 del artículo 16 es preservar el valor comercial de una marca notoriamente conocida en relación con un determinado bien o servicio. Esto por lo general se considera una protección frente a la dilución de las marcas notoriamente conocidas (es decir, el uso de una marca de una manera que menoscabe su reputación). La

[4561] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorpora la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 83). Véase la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 331).
[4562] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorpora la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 83).
[4563] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorpora la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 85 (las cursivas figuran en el original)).
[4564] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorpora la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 87).
[4565] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorpora la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 88).
[4566] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 102.

dilución de una marca notoriamente conocida suele dar lugar a una "devaluación del prestigio que se le atribuye, incluso en casos en que no hay probabilidad de confusión".[4567]

7.2069. Indonesia afirma que el uso es el único medio por el que una marca de tabaco puede llegar a ser notoriamente conocida y por el que una marca notoriamente conocida puede conservar sus derechos especiales como tal (es decir, la posibilidad de que los titulares de la marca impidan un uso en bienes o servicios no relacionados que sea probable que dé lugar a confusión). Aduce que la denominación "notoriamente conocida" no es estática. Hace falta un uso continuado a lo largo del tiempo. Cuando una marca notoriamente conocida cae en desuso, es solo cuestión de tiempo que deje de ser notoriamente conocida en los sectores pertinentes del público.[4568]

7.2070. En este contexto, Indonesia aduce que "[e]s de sentido común que una marca que no haya sido notoriamente conocida antes de la implementación del empaquetado genérico verá gravemente menoscabada su capacidad de alcanzar esa condición si no se utiliza en el mercado de Australia. Al impedir a los titulares de marcas válidamente registradas que estas reúnan los requisitos para alcanzar la condición de marca notoriamente conocida, el empaquetado genérico incumple la obligación de Australia de conceder protección a los productos de tabaco en el marco del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC".[4569]

7.2071. Indonesia sostiene que, aunque las medidas TPP exigen que Australia preserve el registro de marcas notoriamente conocidas conforme al artículo 28(3) de la Ley TPP, no impiden que en el futuro un tercero alegue que el titular de una marca de fábrica o de comercio ha perdido el derecho exclusivo respecto de su marca porque ha dejado de ser notoriamente conocida. En consecuencia, el empaquetado genérico infringe el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC "porque no concede a los titulares de marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas el derecho privado de acción frente a una infracción".[4570]

7.2072. Indonesia sostiene también que el artículo 27 de la Convención de Viena impide que Australia recurra a su propia legislación para evitar cumplir las obligaciones que le corresponden en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.[4571] Aduce que, a través de las medidas TPP, "la actuación de Australia ha postergado las condiciones que dan origen a sus obligaciones el marco del párrafo 3 del artículo 16. Esa actuación constituye un incumplimiento inadmisible de las obligaciones que le corresponden en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, que no se puede justificar con arreglo a la legislación interna de Australia".[4572]

7.2073. En respuesta a los argumentos de Australia de que el párrafo 3 del artículo 16 estipula únicamente derechos "negativos", Indonesia sostiene que, "[si] bien es cierto que el Acuerdo sobre los ADPIC no establece expresamente un 'derecho positivo de uso' o un 'derecho absoluto de uso', en efecto prevé una posibilidad mínima de utilizar una marca de fábrica o de comercio dentro de

---

[4567] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 229. (no se reproduce la nota de pie de página).

[4568] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 237. Véase también la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 228 ("Antes de la implementación del empaquetado genérico, el uso era el principal medio por el que las marcas de fábrica o de comercio de tabaco podían llegar a ser notoriamente conocidas, dado que están prohibidas la publicidad de los productos de tabaco y la exhibición de estos en los puntos de venta").

[4569] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 236.

[4570] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 238.

[4571] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 240. En apoyo de este argumento, Indonesia se remite a las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el asunto *Corea - Bebidas alcohólicas*, al aducir que:

> En ese asunto, Corea adujo que el Grupo Especial había incurrido en error al examinar la competencia potencial cuando evaluó los "productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" en el sentido del párrafo 2 del artículo III del GATT. Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que, como las medidas de Corea perturbaban las condiciones normales de competencia, el Grupo Especial había tenido razón en evaluar tanto las condiciones del mercado reales como las potenciales. Razonó que "{s}i uno podría basarse solamente en los casos actuales de sustitución, el objeto y fin del párrafo 2 del artículo III podría frustrarse mediante los impuestos protectores que la disposición está destinada a prohibir".

Ibid., párrafo 241 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 120).

[4572] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 242.

los límites del artículo 17 y del artículo 20. De hecho, el propio régimen jurídico de Australia demuestra la importancia del uso en la resolución de reclamaciones por infracción pese al hecho de que Australia no es una jurisdicción que prevea el 'derecho de uso'".[4573] Indonesia puntualiza que "el Acuerdo sobre los ADPIC parte del supuesto de que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas podrán utilizar esas marcas en relación con sus bienes y servicios en el curso de operaciones comerciales a condición de que los Miembros implementen medidas que 'estable[zcan] excepciones *limitadas* de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio'.[4574] Esas excepciones limitadas, sin embargo, i) deben 'ten[er] en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca'[4575]; y ii) no deben crear complicaciones 'injustificables' en forma de exigencias especiales.[4576] A diferencia de lo que afirma Australia, es evidente que esta interpretación no impediría a los Miembros implementar medidas que favorezcan un objetivo legítimo de política pública, 'siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el ... Acuerdo {sobre los ADPIC}'[4577]".[4578]

7.2074. Indonesia concluye que "las medidas [T]PP de Australia menoscaban los derechos conferidos por el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC al asegurar que las marcas de fábrica o de comercio de tabaco notoriamente conocidas pierdan su carácter protegido, definido en la jurisprudencia australiana, y al impedir que otras marcas de fábrica o de comercio de tabaco obtengan el reconocimiento necesario para alcanzar el nivel de protección más elevado otorgado a las marcas notoriamente conocidas".[4579]

7.2075. Australia aduce que, al igual que ocurre con el párrafo 1 del artículo 16, los derechos conferidos en virtud del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC (y del artículo 6*bis* del Convenio de París) son derechos negativos.[4580] Ello se deduce claramente del sentido corriente de los términos que figuran en esas disposiciones, interpretados en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin de los tratados en cuestión. El artículo 6*bis* obliga a los Miembros (bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado) a "rehusar o invalidar el registro y ... prohibir el uso" de una marca de fábrica o de comercio infractora. "El sentido corriente de estos términos ('*refuse*' (rehusar)[4581], '*cancel*' (invalidar)[4582] y '*prohibit*' (prohibir)[4583]) deja claro que esas disposiciones confieren a los titulares de marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas registradas el derecho negativo de impedir o detener determinadas acciones".[4584]

7.2076. Australia sostiene que "el párrafo 3 del artículo 16 *no* otorga a los titulares de marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas registradas el derecho positivo a utilizar sus marcas, o el derecho positivo a utilizar una marca hasta el momento en que *llegue a ser* notoriamente

[4573] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 104 (no se reproducen las notas de pie de página). Véase también la declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 44.

[4574] nota del original) Acuerdo sobre los ADPIC, artículo 17. (sin cursivas en el original).

[4575] (nota del original) Acuerdo sobre los ADPIC, artículo 17.

[4576] (nota del original) Acuerdo sobre los ADPIC, artículo 20.

[4577] (nota del original) Acuerdo sobre los ADPIC, párrafo 1 del artículo 8.

[4578] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 105. (el resalte es de Indonesia).

[4579] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

[4580] Véase el informe de Correa (Prueba documental AUS-16), párrafo 18 ("[E]l párrafo 3 del artículo 16 confirma y amplía la protección conferida por el Convenio de París frente al *uso por terceros* de marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas. Solo el pensamiento especulativo puede hacer que este derecho de exclusión se transforme en un derecho (positivo) de uso exigible *al Estado*". (las cursivas figuran en el original)).

[4581] (nota del original) La definición de "*refuse*" (rehusar) que ofrece el diccionario es, en la parte pertinente, "*decline acceptance or compliance; withhold permission*" (no aceptar o acceder a algo; denegar el permiso). (*The Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, L. Brown (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, Prueba documental AUS-245, página 2509).

[4582] (nota del original) La definición de "*cancel*" (invalidar) que ofrece el diccionario es, en la parte pertinente, "*... revoke an order or arrangements ...*" (... revocar un mandato o una disposición ...) (*The Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, L. Brown (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, Prueba documental AUS-243, página 336).

[4583] (nota del original) La definición de "*prohibit*" (prohibir) que ofrece el diccionario es, en la parte pertinente, "*[f]orbid (a thing) as by a command ... [p]revent or hinder ...*" (vedar (algo), por ejemplo, mediante una orden ... impedir o imposibilitar ...) (*The Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, L. Brown (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, Prueba documental AUS-245, página 2363).

[4584] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 324. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 34.

conocida".[4585] La posibilidad de utilizar una marca de fábrica o de comercio, incluso hasta el punto en que llegue a ser notoriamente conocida, es una libertad general de mercado, no un derecho de propiedad intelectual.[4586] Australia aduce que la materia protegida en el marco del párrafo 3 del artículo 16 son las marcas de fábrica o de comercio registradas notoriamente conocidas, no las marcas que pueden llegar a ser notoriamente conocidas en el futuro o las marcas que en su día fueron notoriamente conocidas. Por consiguiente, para acreditar *prima facie* una infracción en el marco del párrafo 3 del artículo 16, los reclamantes precisarían demostrar que, por lo que respecta a las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas registradas *actuales*, las medidas TPP impide a Australia rehusar, invalidar o prohibir el uso de una marca en las circunstancias descritas en el artículo 6*bis* del Convenio de París.[4587]

7.2077. Australia argumenta que la interpretación del párrafo 3 del artículo 16 que hacen los reclamantes no está respaldada por una interpretación de buena fe del texto y que "obligar a los Miembros a garantizar que puedan utilizarse todas las marcas de fábrica o de comercio de forma que en algún momento puedan llegar a ser 'notoriamente conocidas' impondría una carga imposible a los Miembros"[4588] y les impediría establecer reglamentaciones que limitasen las oportunidades de que las marcas llegaran a ser notoriamente conocidas (por ejemplo, prohibiciones del uso de productos peligrosos, o de su publicidad y promoción).[4589]

7.2078. Australia argumenta también que no hay nada en las medidas que impida que el titular de una marca de fábrica o de comercio se valga de las protecciones concedidas de conformidad con el párrafo 3 del artículo 16 a los titulares de marcas notoriamente conocidas registradas y que ninguno de los reclamantes ha aportado prueba alguna en contrario. Aunque con arreglo a la medida de Australia está prohibido el uso de determinados signos y marcas de fábrica o de comercio atractivos, ello no es pertinente a los efectos del párrafo 3 del artículo 16. Australia no está obligada en virtud de dicho párrafo a conceder al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho a utilizar su marca notoriamente conocida de forma que pueda mantener esa condición, ni está obligada a otorgar al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho a utilizar su marca de forma que pueda llegar a adquirir dicha condición.[4590]

7.2079. Australia sostiene que los reclamantes no han hecho una acreditación *prima facie* en el marco de una interpretación adecuada de esta disposición.[4591]

7.3.4.3 Principales argumentos de los terceros

7.2080. La Argentina aduce que "[c]on respecto a los artículos 16.1 y 16.3 ... como ha señalado el Órgano de Apelación ... los derechos conferidos por estos artículos son 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' y que estos derechos se relacionan menos con el derecho de uso del titular de la marca que con el derecho de impedir el uso ilegítimo por parte de quien no lo es. En este tenor, Argentina recuerda que entre las finalidades del registro de las marcas comerciales se encuentra la de evitar que un tercero ni las registre, ni las use y que son esos derechos de la exclusividad de las marcas comerciales los que estos artículos contemplan".[4592] Sostiene que "a efectos de determinar el alcance de ese derecho de exclusión, cabe preguntarse si, a partir de la entrada en vigencia del nuevo régimen, las marcas comerciales afectadas resultan protegidas tal y como han sido registradas, así como a la marca bajo el formato bajo el cual se le ha permitido el uso, por ejemplo en otros productos en el caso de las marcas notorias".[4593]

[4585] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 325. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 35-36.
[4586] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 328.
[4587] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 325. (las cursivas figuran en el original) Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 35-36.
[4588] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 329.
[4589] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 329.
[4590] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 331. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 36.
[4591] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 331.
[4592] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 26. (no se reproduce la nota de pie de página)
[4593] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 27.

7.2081. El Canadá aduce que "el párrafo 3 del artículo 16 no establece un derecho de usar una marca. De ello se desprende que la disposición tampoco protege la condición de 'notoriamente conocida' de la marca ni su capacidad de adquirir esa condición. Como se ha señalado *supra* en relación con el artículo 15 y el párrafo 1 del artículo 16, la constatación de que existe un derecho a 'hacer uso' en el marco del párrafo 1 del artículo 16 eliminaría, de hecho, la flexibilidad reglamentaria que los Miembros negociaron y preservaron deliberadamente en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. También desconocería el texto de esa disposición, el propósito que se perseguía expresamente con el artículo 7 y el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, así como las orientaciones establecidas en el párrafo 4 de la Declaración de Doha sobre la Salud Pública".[4594]

7.2082. El Canadá puntualiza que "[e]s evidente que un Miembro solo infringirá el párrafo 3 del artículo 16 si no protege las marcas de fábrica o de comercio 'notoriamente conocidas' registradas frente al uso no autorizado en bienes o servicios no similares en los casos en que su uso por terceros causaría un daño al titular de esas marcas. Una medida que impide al titular utilizar una marca 'notoriamente conocida' registrada o le limita su utilización no es una medida que infrinja el párrafo 3 del artículo 16".[4595]

7.2083. China sostiene que las cuestiones que debe abordar el Grupo Especial son las siguientes: i) si del párrafo 3 del artículo 16 puede inferirse un derecho de uso; ii) si la protección prevista en el párrafo 3 del artículo 16 se extendería a la adquisición y el mantenimiento de la condición de marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida; y iii) si el uso es una condición necesaria para adquirir y mantener la condición de marca notoriamente conocida.[4596]

7.2084. Los argumentos que la República Dominicana ha formulado en calidad de tercero de conformidad con el párrafo 20 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial se han resumido *supra* en el contexto de los argumentos esgrimidos por Cuba en el marco de esta alegación.[4597]

7.2085. Nueva Zelandia aduce que "[l]as alegaciones planteadas por los reclamantes al amparo del párrafo 3 del artículo 16, al igual que las planteadas al amparo del párrafo 1 de dicho artículo, son desacertadas. Los Miembros no tienen la obligación de otorgar al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho a utilizar la marca, de forma que adquiera o mantenga la condición de marca notoriamente conocida. Como la Ley TM de Australia protege las marcas notoriamente conocidas frente a la dilución solo si están registradas, y la Ley TPP garantiza que el propietario de productos de tabaco pueda registrar su marca de fábrica o de comercio de tabaco, no hay infracción del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por los motivos expuestos *supra*, los reclamantes no han acreditado *prima facie* una infracción del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y, en consecuencia, el Grupo Especial debería rechazar las alegaciones que han formulado en relación con esa disposición".[4598]

7.2086. Nicaragua aduce que, al impedir el uso de la marca de fábrica o de comercio, la medida TPP debilita tanto la marca que reduce su nivel de protección hasta situarlo por debajo del nivel mínimo garantizado por los párrafos 1 y 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4599] Discrepa de que el empaquetado genérico no afecte a los derechos conferidos por dichos párrafos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio por el hecho de que la marca siga estando registrada en Australia, y sostiene que los derechos establecidos en el artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC carecen de sentido y son vacuos si no van acompañados de la verdadera oportunidad de utilizar la marca de fábrica o de comercio.[4600]

7.2087. Singapur aduce que el párrafo 3 del artículo 16 toma como referencia el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967), en el que los derechos "son derechos negativos de rehusar o invalidar el registro, o de prohibir el uso. Estos no incluyen el derecho a utilizar una marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida registrada. La medida de empaquetado genérico no impide que el titular de una marca notoriamente conocida registrada ejerza esos derechos negativos

[4594] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 55.
[4595] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 56.
[4596] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafos 30-33.
[4597] Véanse el párrafo 7.2056 y la nota 4548 *supra*.
[4598] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 38-39.
[4599] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 15.
[4600] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafos 24-25.

garantizados por el párrafo 3 del artículo 16".[4601] Singapur precisa que, "[s]uponiendo, a efectos de argumentación, que la medida de empaquetado genérico pudiera afectar a la capacidad de una marca de fábrica o de comercio para mantener su condición de marca notoriamente conocida, el párrafo 3 del artículo 16 no impone a los Miembros la obligación de posibilitar que titular mantenga la condición de notoriamente conocida de la marca. De igual modo, el párrafo 3 del artículo 16 tampoco obliga a los Miembros a permitir el uso de una marca de fábrica o de comercio para que esta pueda adquirir la condición de marca notoriamente conocida. Una interpretación distinta no tendría en cuenta el sentido corriente del párrafo 3 del artículo 16 y del artículo 6*bis* del Convenio de París".[4602]

7.3.4.4 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2088. Como se expone *supra*, Cuba e Indonesia presentan fundamentalmente dos razones por las que consideran que las medidas TPP son incompatibles con las obligaciones de Australia en el marco del párrafo 3 del artículo 16.

7.2089. En primer lugar, aducen que la capacidad de una marca registrada para *seguir siendo* "notoriamente conocida" y beneficiarse así de los derechos que deben otorgarse conforme al párrafo 3 del artículo 16, depende del uso de esa marca. Argumentan que, como la publicidad y casi todas las demás formas de promoción están prohibidas en Australia, el uso en el producto y el empaquetado es el único medio por el que una marca notoriamente conocida puede conservar sus derechos especiales como marca notoriamente conocida. Sostienen que la prohibición de determinados usos de ciertas marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco notoriamente conocidas prevista en las medidas TPP hace que disminuya la notoriedad de las marcas y, en consecuencia, ocasiona la pérdida de su condición de marcas notoriamente conocidas, y de la protección conexa a tenor del párrafo 3 del artículo 16, que por consiguiente Australia no concede a los titulares de esas marcas.

7.2090. En segundo lugar, los reclamantes argumentan que, por las mismas razones, la prohibición de determinados usos de ciertas marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco prevista en las medidas TPP infringe el párrafo 3 del artículo 16 porque suprime la capacidad de esas marcas de *adquirir* en algún momento la condición de marca notoriamente conocida, de forma que no se les pueden conceder las protecciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 16.

7.2091. Australia responde que no está obligada en virtud del párrafo 3 del artículo 16 a conceder al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho a utilizar su marca notoriamente conocida de forma que pueda mantener esa condición, ni a conceder al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho a utilizar su marca de forma que esta pueda llegar a ser notoriamente conocida.

7.2092. En primer lugar, examinaremos el alcance de la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 16 en lo relativo a las alegaciones formuladas por los reclamantes y seguidamente abordaremos los dos aspectos de esas alegaciones de forma sucesiva.

7.3.4.4.1 Interpretación del párrafo 3 del artículo 16

7.2093. Recordamos que el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Derechos conferidos", dispone lo siguiente:

> El artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) se aplicará *mutatis mutandis* a bienes o servicios que no sean similares a aquellos para los cuales una marca de fábrica o de comercio ha sido registrada, a condición de que el uso de esa marca en relación con esos bienes o servicios indique una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca registrada y a condición de que sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada.

7.2094. El artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) establece lo siguiente:

[4601] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 33.
[4602] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 34.

> 1) Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con esta.
>
> 2) Deberá concederse un plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha del registro para reclamar la anulación de dicha marca. Los países de la Unión tienen la facultad de prever un plazo en el cual deberá ser reclamada la prohibición del uso.
>
> 3) No se fijará plazo para reclamar la anulación o la prohibición de uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe.

7.2095. Señalamos para empezar que el párrafo 3 del artículo 16 enuncia la obligación de los Miembros[4603] de aplicar el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) *mutatis mutandis* a una serie más amplia de circunstancias. El artículo 6*bis*, en virtud de su incorporación al Acuerdo sobre los ADPIC mediante el párrafo 1 de su artículo 2, enuncia en su primer párrafo la obligación de los Miembros de rehusar o invalidar el registro y de prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción susceptibles de crear confusión con una marca notoriamente conocida utilizada para productos idénticos o similares. Una marca notoriamente conocida se define como "una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio". Los Miembros deben cumplir esta obligación (de invalidar o rehusar el registro y de prohibir el uso de tal marca conflictiva), ya sea "de oficio, si la legislación del país lo permite" o "a instancia del interesado".

7.2096. El párrafo 3 del artículo 16 se basa en el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) y obliga a los Miembros de la OMC a aplicar la misma obligación *mutatis mutandis* a bienes o servicios[4604] *no similares* a aquellos para los cuales una marca de fábrica o de comercio ha sido registrada. El sentido corriente de la expresión "*mutatis mutandis*" es "*with the necessary changes; with due alteration of details*" (con los cambios necesarios; con los debidos cambios de detalle).[4605] En consecuencia, el párrafo 3 del artículo 16 contiene la obligación de que los Miembros apliquen la obligación prevista en el artículo 6*bis*, con los cambios necesarios, a bienes no similares si se cumplen dos condiciones acumulativas: a) que el uso de esa marca en relación con esos bienes o servicios indique una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca registrada y b) que sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada. El párrafo 3 del artículo 16, cuya infracción por las medidas TPP alegan Cuba e Indonesia, no contiene en sí mismo la definición de marca notoriamente conocida, ni el compromiso básico de los Miembros de proteger las marcas notoriamente conocidas. Antes bien, la obligación concreta enunciada en el párrafo 3 del artículo 16 es que los Miembros *también* rehúsen o invaliden el registro y prohíban el uso de las marcas de fábrica o de comercio que entren en conflicto con una marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6*bis* si estas se utilizan en bienes y servicios *no similares*, en los casos en que la marca notoriamente conocida haya sido

[4603] En consonancia con la jurisprudencia anterior de la OMC, entendemos que la referencia que se hace en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) a los países de la Unión de París en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC alude a los Miembros de la OMC, y la referencia a los nacionales de esos países alude a los nacionales de los demás Miembros de la OMC, como se definen en el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 132.

[4604] El párrafo 2 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC prevé la aplicación *mutatis mutandis* del artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) a los servicios.

[4605] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*mutatis mutandis*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/124299?redirectedFrom=mutatis+mutandis#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

registrada[4606] y se cumplan las dos condiciones acumulativas indicadas en el párrafo 3 del artículo 16.

7.2097. Las partes coinciden en que los derechos enunciados en el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) son "derechos negativos", es decir, derechos de *impedir* determinados actos o situaciones.[4607] Señalamos en primer lugar que, a diferencia de la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo 16[4608], las obligaciones establecidas en el primer párrafo del artículo 6*bis* de Convenio de París (1967) y en el párrafo 3 del artículo 16 no se enuncian como derechos de los titulares de marcas de fábrica o de comercio, sino como compromisos de los Miembros que, o bien se han de llevar a la práctica de oficio, o bien se han de activar a instancia del interesado. Los términos dispositivos de la obligación que figura en el artículo 6*bis* son "*refuse*" (rehusar) o "*cancel*" (invalidar) y "*prohibit*" (prohibir), en relación con los objetos "*the registration*" (el registro) y "*the use*" (el uso) de una marca de fábrica o de comercio, respectivamente. El sentido corriente de esos términos es "*decline to do something, to reject*" (negarse a hacer algo, rechazar)"[4609], "*to annul, repeal, render void*" (anular, revocar, dejar sin efecto)[4610] y "*to forbid (an action, event, commodity, etc.) by a command, statute, law, or other authority; to interdict*" (vedar (una acción, un acontecimiento, un producto, etc.) mediante una orden, una ley, una norma u otra disposición; inhibir)[4611], respectivamente. Por consiguiente, el texto del primer párrafo del artículo 6*bis* contiene el compromiso de los Miembros de la OMC de negar o anular el registro y de vedar el uso de una marca de fábrica o de comercio que esté en conflicto con una marca notoriamente conocida de la forma establecida en ese párrafo. El párrafo 3 del artículo 16 obliga a los Miembros a hacer extensiva esa obligación *mutatis mutandis* a las marcas de fábrica o de comercio conflictivas que se utilicen para bienes y servicios *no similares* con arreglo a las condiciones estipuladas en dicho párrafo.

7.2098. Así pues, teniendo en cuenta el sentido corriente del texto del artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) y del párrafo 3 del artículo 16, estamos de acuerdo con las partes[4612] en que el párrafo 3 del artículo 16 no establece el derecho positivo a hacer uso de una marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida, y solo prevé el compromiso de los Miembros de rehusar o invalidar el registro, y de prohibir el uso, de una marca de fábrica o de comercio que esté en conflicto con una marca notoriamente conocida registrada utilizada en bienes y servicios no similares en los casos en que a) el uso de esa marca en relación con esos bienes o servicios indique una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca registrada, y b) sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada.

7.2099. Por consiguiente, el Acuerdo sobre los ADPIC, junto con el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967), establece una dimensión específica de la protección de las marcas notoriamente conocidas, al definir las circunstancias de hecho que activan el compromiso de los Miembros de rehusar o invalidar el registro, y de prohibir el uso, de una marca conflictiva. Si concurren esas

[4606] Observamos que la obligación establecida en el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) no exige que la marca notoriamente conocida esté registrada en el país donde se reclama la protección.

[4607] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 83; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorporan, por referencia, todas las alegaciones, argumentos y pruebas presentadas en las segundas comunicaciones escritas de la República Dominicana, Honduras e Indonesia sobre el párrafo 3 del artículo 16); segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 104; y primera comunicación escrita de Australia, párrafo 324. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 34.

[4608] Véase la sección 7.3.3 *supra* (Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC).

[4609] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*refuse*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/161141?rskey=5G0anZ&result=3#>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4610] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*cancel*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/26916?rskey=fuNgAO&result=2#>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4611] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*prohibit*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/152255?rskey=w1i2rm&result=2#>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4612] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 83; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 414 (donde se incorporan, por referencia, todas las alegaciones, argumentos y pruebas presentadas en las segundas comunicaciones escritas de la República Dominicana, Honduras e Indonesia sobre el párrafo 3 del artículo 16); segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 104; y primera comunicación escrita de Australia, párrafo 324. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 34.

circunstancias, los Miembros deben responder de la forma prescrita, bien de oficio, bien a instancia del interesado. En consecuencia, para demostrar que las medidas TPP incumplen la obligación que corresponde a Australia en el marco del párrafo 3 del artículo 16, Indonesia y Cuba tendrían que demostrar que Australia, conforme a su legislación interna[4613], en este caso conforme a las medidas TPP, no prevé que se rehúse o invalide el registro, ni que se prohíba el uso, de una marca de fábrica o de comercio que esté en conflicto con una marca notoriamente conocida en los casos en que se cumplen las condiciones estipuladas en el artículo 6*bis* y el párrafo 3 del artículo 16.

7.2100. Teniendo presentes estas observaciones preliminares, pasamos a ocuparnos de los argumentos esgrimidos por los reclamantes.

7.3.4.4.2 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 16 porque impiden el mantenimiento de la condición de marca notoriamente conocida de ciertas marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco

7.2101. Cuba, por referencia, e Indonesia argumentan que, al prohibir el uso de marcas de fábrica o de comercio de tabaco notoriamente conocidas, o al prescribir su uso en un formato especial, las medidas TPP reducirán la notoriedad de esas marcas en el sector pertinente del público. Aducen que esto menoscabará la capacidad de los titulares de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas para demostrar que el uso de la marca conflictiva en bienes y servicios no similares indica *una conexión* con ellos, o que es probable que ese uso lesione sus intereses. Aducen también que esa menor notoriedad de la marca en el sector pertinente del mercado dará lugar, con el tiempo, a la pérdida de su condición de marca notoriamente conocida en el marco de la legislación de Australia, lo que a su vez se traduce en la pérdida de la protección que se debe conceder a esa condición de conformidad con el párrafo 3 del artículo 16. Por lo tanto, los reclamantes concluyen que, al postergar "las condiciones que dan origen a sus obligaciones el marco del párrafo 3 del artículo 16"[4614], las medidas TPP suprimen la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco que gozaban de la condición de marca notoriamente conocida antes de la imposición del empaquetado genérico para mantener esa condición y seguir disfrutando de los derechos que Australia debe otorgar en virtud del párrafo 3 del artículo 16.

7.2102. Australia aduce que la posibilidad de utilizar una marca de fábrica o de comercio, incluso hasta el punto en que llegue a ser notoriamente conocida, es una libertad general de mercado, no un derecho de propiedad intelectual. También sostiene que la materia protegida en el marco del párrafo 3 del artículo 16 son las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas registradas, no las marcas que pueden llegar a ser notoriamente conocidas en el futuro, o las marcas que en su día fueron notoriamente conocidas. Aduce que la protección de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas sigue existiendo tras la introducción de las medidas TPP, y que no está obligada en virtud del párrafo 3 del artículo 16 a conceder al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho a utilizar su marca notoriamente conocida de forma que esta pueda mantener esa condición. Australia sostiene que los reclamantes no han acreditado *prima facie* una infracción en el marco del párrafo 3 del artículo 16, puesto que no han demostrado que, por lo que respecta a las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas registradas *actuales*, las medidas TPP impidan a Australia rehusar, invalidar o prohibir el uso de una marca en las circunstancias descritas en el artículo 6*bis* del Convenio de París.[4615]

7.2103. Señalamos para empezar que, al igual que en el caso de la alegación formulada en el marco del párrafo 1 del artículo 16 que se examinó en la sección anterior[4616], este argumento se

[4613] De conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros tienen la obligación de "aplicar[ ] las disposiciones del presente Acuerdo".

[4614] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 242. Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 337 y 340. De modo análogo, Cuba aduce que "a raíz de la medida de empaquetado genérico impuesta por Australia resulta imposible demostrar las condiciones que dan lugar a la protección adicional que Australia está obligada a garantizar. Por consiguiente, Australia infringe el nivel mínimo garantizado de derechos que se confiere a los titulares de marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas en virtud del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 312).

[4615] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 325. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 35-36.

[4616] Véase el párrafo 7.1988 *supra*.

compone de dos partes, a saber: i) la afirmación fáctica de que la prohibición del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas registradas prevista en las medidas TPP se traducirá en una disminución de la notoriedad de las marcas hasta el momento en que estas ya no reúnan los requisitos para ser consideradas marcas notoriamente conocidas; y ii) la aseveración de que esta supuesta consecuencia fáctica de las medidas TPP (el menoscabo o la pérdida de la condición misma de marca notoriamente conocida) constituye un incumplimiento de las obligaciones que corresponden a Australia en el marco del párrafo 3 del artículo 16.

7.2104. Recordamos que, como se ha expuesto *supra*[4617], las medidas TPP regulan el aspecto de las marcas de fábrica o de comercio y de las "marcas"[4618] en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco de diversas formas. Con respecto al empaquetado para la venta al por menor, las medidas TPP permiten el uso de marcas verbales y marcas que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, siempre que se presenten de la forma prescrita por el Reglamento TPP. Prohíben el uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas, así como otros elementos decorativos, tanto en los productos de tabaco como en su empaquetado para la venta al por menor.[4619]

7.2105. Con respecto a la afirmación fáctica correspondiente a este aspecto de la alegación, y como cuestión preliminar, nos remitimos al análisis que, en el marco del párrafo 1 del artículo 16, hemos hecho de la relación entre las diferentes formas de uso de las marcas de fábrica o de comercio y la adquisición y el mantenimiento del carácter distintivo[4620], que a nuestro juicio es pertinente también en esta ocasión. Con respecto a la supuesta vinculación planteada por los reclamantes entre el uso de una marca de fábrica o de comercio en el empaquetado de un producto y el mantenimiento o la adquisición de la condición de marca notoriamente conocida, observamos que, si bien en el primer párrafo del artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) no se hace referencia expresa al uso como parte de la definición de marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida, se exige respecto de la marca que "la autoridad competente del país del registro o del uso [la] estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio".

7.2106. La redacción de esta disposición indica que es el grado de notoriedad de la marca (en un Miembro determinado) como ya perteneciente a una persona o una empresa en un Miembro de la OMC[4621], lo que determina su condición de marca notoriamente conocida en ese Miembro. El

[4617] Véanse las secciones 2.1.2.3.3 y 2.1.2.4 *supra*.

[4618] La definición de "marca" que figura en el artículo 4 de la Ley TPP dice así: "(a) incluye (sin limitación) cualquier línea, letra, cifra, símbolo, gráfico o imagen; pero (b) (salvo cuando se refiere a una marca de fábrica o de comercio) no incluye una marca de fábrica o de comercio".

[4619] A efectos de sus alegaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, los reclamantes (empleando términos un tanto diferentes) dividen las marcas de fábrica o de comercio en las siguientes categorías: i) marcas verbales; ii) marcas figurativas (o marcas de diseño (o de imagen), marcas de imagen); y iii) marcas compuestas (combinaciones de marcas, marcas combinadas). Hemos seguido la misma categorización en nuestro análisis. Por lo general, esas categorías reflejan la práctica general en materia de marcas de fábrica o de comercio, aunque en efecto la terminología varía y las opiniones sobre los límites entre las categorías también pueden diferir. Una "marca verbal" se registra cuando el contenido textual como tal se considera susceptible de ser protegido como marca de fábrica o de comercio, y se registra y se protege con independencia del tipo de letra o la forma de presentación. El término "Coca-Cola" es un ejemplo de una marca verbal de esa clase. Otras marcas de fábrica o de comercio pueden combinar contenido textual y gráfico. En consecuencia, cuando se presenta con un tipo de letra estilizado distintivo, la marca "Coca-Cola" también puede ser considerada distintiva en razón del contenido figurativo adicional. Es por ello por lo que "Coca-Cola" se ha registrado por separado como simple marca verbal y en cuanto material textual presentado con el tipo de letra estilizado distintivo empleado por esa empresa. El logotipo "*swoosh*" de Nike es un ejemplo de marca de fábrica o de comercio puramente figurativa ("de imagen" o "de dispositivo") (es decir, una marca sin contenido textual). El logotipo de "Starbucks Coffee" es un ejemplo de una marca compuesta, que incluye tanto material textual como elementos figurativos.

[4620] Véanse los párrafos 7.1989-7.1993 de la sección relativa al párrafo 1 del artículo 16 *supra*.

[4621] Aunque el artículo 6*bis* dispone que la marca debe ser notoriamente conocida "como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio", observamos que, a juicio de *Bodenhausen*, "será suficiente que la marca de que se trate sea notoriamente conocida *en el comercio* en el país en cuestión como marca que pertenece a determinada empresa, y no será necesario que también sea notorio que esa empresa puede beneficiarse del Convenio". Véase Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 92 (las cursivas figuran en el original). Consideramos que, como los argumentos esgrimidos por los reclamantes en el marco de esta alegación no se refieren a este matiz, no hace falta que

artículo 6*bis* no indica cómo ha de obtenerse ese grado de notoriedad. Observamos que en la segunda frase del párrafo 2 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se ofrecen más orientaciones al respecto, al indicarse que se ha de tener en cuenta la notoriedad en el sector pertinente del público, incluso la notoriedad obtenida como consecuencia de la promoción de esa marca.[4622]

7.2107. Aunque, como cuestión de hecho, todos los tipos de uso podrán en principio contribuir a esa notoriedad, ninguna de esas disposiciones identifica ningún tipo concreto de uso que pueda ser un requisito previo para obtener la condición de marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida en un país determinado. En particular, no se excluye que una marca de fábrica o de comercio pueda ser notoriamente conocida en un país sobre la base de la publicidad o el uso en el producto y el empaquetado en *otros* países, antes de ser registrada o incluso utilizada en un producto o empaquetado en el país en el que se reclama el reconocimiento de su condición de marca notoriamente conocida.[4623]

7.2108. Australia ha señalado que con arreglo a su legislación nacional relativa a la protección de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas, "[e]s posible que una marca de fábrica o de comercio sea 'notoriamente conocida en Australia' conforme a la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* (Cth) sin que se haya utilizado en Australia. Por ejemplo, puede ser notoriamente conocida en Australia sobre la base del uso en el extranjero".[4624]

7.2109. De ello se desprende que, si una marca de fábrica o de comercio puede adquirir la condición de marca notoriamente conocida en Australia sin haber sido registrada o utilizada en ese país, las marcas de fábrica o de comercio que ya son notoriamente conocidas y están registradas en Australia (que constituyen el objeto de este aspecto de la alegación) podrían mantener esa condición sobre la base del uso en el extranjero, incluso si se limita o prohíbe su uso en los productos y el empaquetado en Australia. Por consiguiente, no estamos convencidos de que el funcionamiento de las medidas TPP vaya a tener necesariamente la repercusión que suponen los reclamantes sobre el grado de notoriedad de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas existentes, o sobre la forma en que este se evaluaría en relación con una marca de fábrica o de comercio concreta.

7.2110. En cualquier caso, señalamos que solo precisaremos seguir examinando la afirmación fáctica de que las medidas TPP ocasionan el menoscabo o la pérdida de la condición de marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida si constatamos que ese menoscabo o pérdida en efecto constituiría una infracción del párrafo 3 del artículo 16. Al igual que en la sección anterior relativa al párrafo 1 del artículo 16, en primer lugar examinaremos si el menoscabo de la condición de marca notoriamente conocida de una marca de fábrica o de comercio, como resultado de las medidas TPP, constituiría una infracción del párrafo 3 del artículo 16. Volveremos a tratar la afirmación fáctica en que se basa este argumento solo si resulta necesario a partir de ese análisis.

---

formulemos una constatación respecto de si sería necesario que la notoriedad exigida incluya la de si la persona o empresa puede "beneficiarse del Convenio".

[4622] La segunda frase del párrafo 2 del artículo 16 dispone lo siguiente: "Al determinar si una marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida, los Miembros tomarán en cuenta la notoriedad de esta marca en el sector pertinente del público inclusive la notoriedad obtenida en el Miembro de que se trate como consecuencia de la promoción de dicha marca".

[4623] Véase Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 91:

> Una marca de fábrica o de comercio puede ser *notoriamente conocida* en un país antes de ser registrada en él y, habida cuenta de las posibles repercusiones de la publicidad en otros países, incluso antes de ser *utilizada* en ese país. *La cuestión de si* una marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida en un país ha de ser determinada por las autoridades administrativas o judiciales competentes de ese país. La Conferencia de Revisión de Lisboa celebrada en 1958 rechazó una propuesta según la cual el *uso* de una marca notoriamente conocida en el país en que se reivindicaba la protección *no* sería necesario para esa protección. Ello significa que un Estado miembro no está *obligado* a proteger las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas que no hayan sido utilizadas en su territorio, pero tendrá la potestad de hacerlo. En vista de la votación que tuvo lugar en la Conferencia de Lisboa, es probable que la gran mayoría de los Estados miembros adopte esa actitud. (no se reproducen las notas de pie de página; las cursivas figuran en el original).

[4624] Primera comunicación escrita de Australia, anexo D, párrafo 17, nota 1260 (donde se hace referencia a *ConAgra v. McCain* (Pruebas documentales AUS-489, CUB-89)).

7.2111. Al abordar esta cuestión, recordamos que el párrafo 3 del artículo 16, junto con el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 2, enuncia la obligación que incumbe a los Miembros de rehusar o invalidar el registro y de prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que esté en conflicto con una marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida registrada utilizada en bienes y servicios no similares en los casos en que a) el uso de esa marca en relación con esos bienes o servicios indique una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca registrada y b) sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada.

7.2112. En consecuencia, esas disposiciones establecen los criterios con arreglo a los cuales los Miembros han acordado otorgar una protección adicional a las marcas de fábrica o de comercio (a saber, frente al uso o registro de marcas conflictivas respecto de bienes y servicios *no similares*), aparte de los derechos otorgados por el párrafo 1 del artículo 16, que confiere protección únicamente frente al uso respecto de bienes o servicios *idénticos o similares*. Leídos conjuntamente, el artículo 6*bis* y el párrafo 3 del artículo 16 disponen que los Miembros están obligados a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio utilizada para bienes o servicios no similares en caso de que:

a. esa marca esté en conflicto[4625] con una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio; y

b. el uso de esa marca en relación con esos bienes o servicios indique una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca registrada; y

c. sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada.

7.2113. De la interacción entre las disposiciones y de la estructura del texto se deduce claramente que esos tres criterios son *acumulativos*, y por tanto es preciso que todos se satisfagan para establecer las circunstancias en las que se activa la obligación de los Miembros, bien de oficio, bien a instancia del interesado. Si no concurren esas circunstancias de hecho, nos hallamos fuera del ámbito de la obligación enunciada en el párrafo 3 del artículo 16 y no se activa la protección a la que los Miembros se han comprometido en dicha disposición.

7.2114. Al igual que ocurre con el párrafo 1 del artículo 16[4626], los Miembros cumplen la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 16 previendo en su legislación nacional la posibilidad de rehusar o invalidar el registro y de prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio cuando se cumplen esas condiciones. En la práctica, la cuestión de si se activa esta protección, ya sea de oficio o a instancia del interesado, depende de la evaluación que se realice de la naturaleza del mercado en el momento pertinente a fin de determinar si se satisfacen todos los criterios fácticos que activan la obligación. Debe trazarse una distinción entre la obligación de los Miembros de otorgar esa protección en el marco de sus sistemas jurídicos y el alcance de las actividades realizadas por los agentes comerciales en sus mercados internos. No hay nada en el texto del párrafo 3 del artículo 16 o del artículo 6*bis* que indique, como los reclamantes dan a entender, que los Miembros tengan la *obligación* de permitir o mantener la concurrencia de las circunstancias fácticas descritas en esas disposiciones. La cuestión de si de hecho la autoridad competente estima que una marca determinada es notoriamente conocida y si de hecho el uso de marcas conflictivas en bienes o servicios no similares indica o no una conexión con el titular de la marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida registrada no reviste importancia para la evaluación de si un Miembro garantiza que, si se dan esas circunstancias, se puede rehusar o invalidar el registro y prohibir el uso de tales marcas de fábrica o de comercio, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 16.

7.2115. Observamos que los reclamantes no impugnan el modo en que se definen los criterios para la protección de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas en la legislación

[4625] A los efectos de resolver las presentes diferencias, no es preciso formular una constatación sobre si los "cambios necesarios" que implica la aplicación *mutatis mutandis* del artículo 6*bis* en el marco del párrafo 3 del artículo 16 suponen que el requisito "susceptibles de crear confusión" que figura en el artículo 6*bis* sea *sustituido* por el requisito "indique una conexión" del párrafo 3 del artículo 16, o si hace falta que *ambos* concurran para que se active la obligación prevista en el párrafo 3 del artículo 16.

[4626] Véanse los párrafos 7.1999-7.2000 de la sección relativa al párrafo 1 del artículo 16 *supra*.

interna de Australia y no aducen que las medidas TPP hayan afectado a la forma en que el sistema jurídico australiano evalúa si una marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida. También parecen reconocer que, cuando se satisfacen los criterios, puede obtenerse la protección de una marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida en el marco de la Ley TM.[4627] Sin embargo, los reclamantes aducen que la menor notoriedad que tendrán en el mercado las marcas notoriamente conocidas registradas existentes como consecuencia de las medidas TPP dará lugar a una situación en la que los titulares de marcas notoriamente conocidas ya no podrán demostrar que el uso de signos conflictivos en productos no similares indica una conexión con ellos o que es probable que lesione sus intereses, y en la que posiblemente marcas de fábrica o de comercio que antes eran notoriamente conocidas dejen de ser consideradas como tales. Dicho de otra forma, los reclamantes alegan que la consecuencia de las medidas TPP que suponemos a efectos de argumentación, a saber, que la situación fáctica que activa la protección de una marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida descrita mediante los criterios enunciados en el párrafo 3 del artículo 16 y el artículo 6*bis* se producirá con menor frecuencia y respecto de un menor número de signos que antes, constituye una reducción de la protección de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas, lo que representa una infracción del párrafo 3 del artículo 16.

7.2116. Recordamos la evaluación que hemos realizado *supra* de que el párrafo 3 del artículo 16, junto con el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967), enuncia la obligación de los Miembros de rehusar o invalidar el registro y de prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que esté en conflicto con una marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida registrada utilizada en bienes y servicios no similares en caso de que se den determinadas condiciones fácticas. Recordamos también que el cumplimiento de esta obligación por los Miembros es independiente de la concurrencia efectiva de esas condiciones fácticas en el mercado. A la luz de esta lectura, y en consonancia con la evaluación del párrafo 1 del artículo 16 que hemos realizado *supra*[4628], discrepamos de que la disminución de la *concurrencia fáctica* en el mercado de las situaciones que activarían la protección de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas constituya una disminución de la *disponibilidad* de esa protección prescrita por el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967). Dicho de otra forma, si bien el párrafo 3 del artículo 16 y el artículo 6*bis* obligan a los Miembros a proteger las marcas de fábrica o de comercio que en la actualidad son notoriamente conocidas de la manera establecida en esas disposiciones, no les exigen otorgar esa protección a las marcas que no cumplen esos criterios o han dejado de cumplirlos, por lo que no hacerlo no constituye una infracción del párrafo 3 del artículo 16.

7.2117. Aceptar la interpretación contraria propuesta por los reclamantes conllevaría en efecto la obligación de los Miembros de asegurar medios para mantener la condición de las marcas notoriamente conocidas existentes en el mercado, una obligación que no solo resultaría imposible de conciliar con la prohibición de la mercadotecnia y la publicidad[4629], sino que además podría ser imposible de cumplir habida cuenta de los múltiples factores que pueden influir en la percepción social y, por ende, en la notoriedad de una marca de fábrica o de comercio en el mercado.[4630]

7.2118. Indonesia también aduce que el Acuerdo sobre los ADPIC prevé una posibilidad mínima de utilizar una marca de fábrica o de comercio dentro de los límites del artículo 17 y del artículo 20.[4631] Por lo que respecta a este argumento, recordamos nuestra constatación *supra* de que la obligación de dar un sentido jurídicamente operativo a todas las disposiciones de la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre el ADPIC de manera armoniosa, sin hacer redundante

[4627] Indonesia reconoce que "el artículo 120 de la *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* de Australia aplica el artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC". Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 89. Véase también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafos 299-302).

[4628] Véase el párrafo 7.2001 de la sección relativa al párrafo 1 del artículo 16 *supra*.

[4629] Obsérvese que tanto Cuba como Indonesia reconocen que la prohibición de la publicidad no constituye una infracción de los párrafos 1 y 3 del artículo 16. Véanse la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 259); la respuesta de Indonesia a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 21; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 172 del Grupo Especial, párrafos 35-36.

[4630] Véanse las consideraciones expuestas en los párrafos 7.2002 y 7.2026 de la sección relativa al párrafo 1 del artículo 16 *supra*, que juzgamos pertinentes también por lo que respecta a la variación del nivel de notoriedad de una marca de fábrica o de comercio en el mercado.

[4631] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 104. Véase también la declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 44.

ninguna de ellas, como exige el principio de interpretación efectiva de los tratados, no impone la interpretación de que los derechos mínimos previstos en el artículo 16 exigen a los Miembros conceder una posibilidad mínima de utilizar una marca de fábrica o de comercio registrada.[4632] Esta constatación se aplica igualmente al párrafo 3 del artículo 16.

7.2119. Cuba también aduce, por referencia, que un Miembro no puede, con su propio comportamiento, privar de sentido al párrafo 3 del artículo 16, al implementar una medida que impida a los titulares de marcas de fábrica o de comercio valerse de los derechos que deben otorgarse de conformidad con esa disposición.[4633] A este respecto, recordamos nuestras constataciones anteriores[4634] y consideramos que, del mismo modo que, en virtud de la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo 16, consistente en otorgar al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho de impedir una infracción, los Miembros no son *responsables* de mantener el carácter distintivo de los diferentes signos como condición previa para que se produzca una infracción[4635], en virtud de la obligación prevista en el párrafo 3 del artículo 16, consistente en otorgar protección a las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas frente a determinados usos, los Miembros tampoco son *responsables* de mantener la condición de marca notoriamente conocida de las distintas marcas de fábrica o de comercio para que sea aplicable esa protección adicional.

7.2120. El interés comercial del titular de una marca de fábrica o de comercio en una situación de mercado en que su marca reúne las condiciones para ser protegida como marca notoriamente conocida, y su consiguiente interés en utilizar la marca, incluso a efectos de mantener o seguir afianzando el nivel de notoriedad de esta en el mercado, está reconocido por el Acuerdo sobre los ADPIC como un *interés legítimo* que es preciso tener en cuenta al examinar la admisibilidad de las excepciones nacionales de los derechos exclusivos en el marco del artículo 17. En la sección 7.3.5 *infra*, también analizaremos su pertinencia para evaluar si se complica injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales en el sentido del artículo 20. Sin embargo, el interés en utilizar la marca de fábrica o de comercio no es un *derecho* que esté protegido en virtud del párrafo 3 del artículo 16.

7.2121. Por consiguiente, también en el contexto del párrafo 3 del artículo 16 concluimos que fuera del ámbito de las obligaciones expresas establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC, a nuestro juicio dicho Acuerdo no obliga a los Miembros a asegurarse de que los particulares estén en condiciones de cumplir esos criterios ni a abstenerse de adoptar reglamentos que no sean por lo demás incompatibles con los acuerdos abarcados y que puedan afectar a las condiciones de mercado que determinan cuán fácil o difícil es para los particulares cumplir esos criterios.

7.2122. Indonesia plantea el argumento de que el artículo 27 de la Convención de Viena impide que Australia recurra a su propio derecho para eludir el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.[4636] En vista de nuestras constataciones, no estamos convencidos de que, como indica Indonesia, Australia esté eludiendo las obligaciones que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2123. Recordando las constataciones que hemos formulado en los párrafos 7.2116, 7.2118 y 7.2121 *supra*, concluimos que la posibilidad de que las marcas de fábrica o de comercio que antes eran notoriamente conocidas tengan una menor notoriedad en el mercado no constituye, en sí misma, una infracción del párrafo 3 del artículo 16, porque el cumplimiento por los Miembros de la obligación de otorgar protección a las marcas de fábrica o de comercio en el marco del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y del artículo 6*bis* del Convenio de París (1967) es independiente de si las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas existen realmente en el mercado. Al margen de la obligación expresa en él enunciada, el párrafo 3 del artículo 16 no exige a los Miembros que se abstengan de adoptar medidas que puedan afectar a la capacidad de los titulares de los derechos de mantener la condición de marca notoriamente conocida de las

[4632] Véase el párrafo 7.2030 de la sección relativa al párrafo 1 del artículo 16 *supra*.
[4633] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 85-88.
[4634] Véanse el párrafo 7.2116 y los párrafos 7.2005 -7.2011 de la sección relativa al párrafo 1 del artículo 16 *supra*.
[4635] Véase el párrafo 7.2005 de la sección relativa al párrafo 1 del artículo 16 *supra*.
[4636] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 240-241 (donde se hace referencia al artículo 27 de la Convención de Viena y el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas Alcohólicas*, párrafo 120).

distintas marcas de fábrica o de comercio, ni que ofrezcan una "posibilidad mínima" de utilizar una marca de fábrica o de comercio en el mercado.

7.2124. En vista de estas constataciones, no precisamos seguir examinando la afirmación fáctica de los reclamantes de que la prohibición del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco impuesta por las medidas TPP de hecho reducirá la notoriedad de la marca notoriamente conocida en el mercado y dará lugar al menoscabo o la pérdida de la condición de marca de fábrica o de comercio notoriamente conocida de la manera que alegan los reclamantes.

7.3.4.4.3 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 16 porque impiden que determinadas marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco adquieran mediante el uso la condición de marca notoriamente conocida

7.2125. Cuba, por referencia, e Indonesia argumentan que, como el uso es el único medio por el que una marca de tabaco puede llegar a ser notoriamente conocida en Australia, la prohibición de determinados usos de ciertas marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco impuesta por las medidas TPP infringe el párrafo 3 del artículo 16 porque suprime la capacidad de esas marcas de adquirir en algún momento la condición de marca notoriamente conocida, de forma que no se les pueden conceder las protecciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 16. Al impedir a los titulares de marcas válidamente registradas que estas reúnan los requisitos para alcanzar la condición de marca notoriamente conocida, las medidas TPP incumplen la obligación de Australia de conceder protección a los productos de tabaco en el marco del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4637]

7.2126. Australia responde que no está obligada en virtud del párrafo 3 del artículo 16 a conceder al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho a utilizar su marca notoriamente conocida de forma que pueda mantener esa condición, ni está obligada a conceder al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho a utilizar su marca de forma que esta pueda llegar a ser notoriamente conocida.[4638]

7.2127. Recordamos la indicación de Australia[4639] de que una marca de fábrica o de comercio puede alcanzar la condición de marca notoriamente conocida en Australia únicamente sobre la base del uso en el extranjero, sin que haya sido utilizada en absoluto en Australia. En ese contexto, en la medida en que la adquisición de la condición de marca notoriamente conocida no depende del uso en Australia, no nos queda claro que las restricciones del uso de las marcas de fábrica o de comercio establecidas en las medidas TPP supriman la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco de adquirir la condición de marca notoriamente conocida en Australia, como alegan los reclamantes.[4640]

7.2128. Recordamos también la constatación que hemos formulado *supra*[4641] en el sentido de que el párrafo 3 del artículo 16 solo prevé el compromiso de los Miembros de rehusar o invalidar el registro, y de prohibir el uso, de una marca de fábrica o de comercio que esté en conflicto con una marca notoriamente conocida registrada utilizada en bienes y servicios no similares en los casos en que a) el uso de esa marca en relación con esos bienes o servicios indique una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca registrada, y b) sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada. Como se ha expuesto *supra*, ello no equivale a la obligación por parte de los Miembros de permitir o mantener la concurrencia de los criterios fácticos establecidos en esas disposiciones[4642], y la obligación prevista en el párrafo 3 del artículo 16 de otorgar protección a las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas frente a determinados usos no exige que los Miembros mantengan la condición de marca

[4637] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 236.
[4638] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 331. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 36.
[4639] Véanse los párrafos 7.2108- 7.2109 *supra*.
[4640] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 83. Véanse también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 428 (donde se incorpora la primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 331); y la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 102 y 106.
[4641] Véase el párrafo 7.2098 *supra*.
[4642] Véase el párrafo 7.2114 *supra*.

notoriamente conocida de las distintas marcas de fábrica o de comercio para que sea aplicable esa protección adicional.[4643]

7.2129. Recordamos asimismo nuestra constatación de que, al margen del alcance de las obligaciones expresas establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo no obliga a los Miembros a asegurarse de que los particulares estén en condiciones de cumplir esos criterios ni a abstenerse de adoptar reglamentos que no sean por lo demás incompatibles con los acuerdos abarcados y que puedan afectar a las condiciones de mercado que determinan cuán fácil o difícil es para los particulares satisfacer esos criterios. A nuestro modo de ver, esas constataciones se aplican igualmente en el contexto de la presente alegación. Por consiguiente, concluimos que, aun suponiendo que el funcionamiento de las medidas TPP dé lugar a situaciones en las que pueda ser menos probable que determinadas marcas de fábrica o de comercio registradas adquieran la condición de marca notoriamente conocida, ello no constituiría una infracción por Australia del párrafo 3 del artículo 16.

7.3.4.4.4 Conclusión general

7.2130. Habida cuenta de lo anterior, incluidas las constataciones que hemos formulado en los párrafos 7.2123 y 7.2129 *supra*, concluimos que Cuba e Indonesia no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.3.5 Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.2131. Pasamos ahora a las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Otros requisitos". Dicho artículo dice lo siguiente:

> No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Esa disposición no impedirá la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa.

7.2132. Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia alegan que las medidas TPP son incompatibles con el artículo 20 porque imponen "exigencias especiales", que "complican" el "uso" de marcas de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales"; además, ese uso se complica "injustificablemente".

7.2133. Australia pide al Grupo Especial que rechace esas alegaciones en su totalidad.

7.3.5.1 Panorama general de las alegaciones

7.2134. Honduras sostiene que es necesario establecer los siguientes elementos para determinar si una medida es incompatible con el artículo 20 (primera frase): a) las medidas en litigio constituyen exigencias especiales, que b) injustificadamente c) complican d) el uso de una marca de fábrica o de comercio e) en el curso de operaciones comerciales.[4644] A su juicio, las medidas TPP son exigencias especiales que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Asimismo, las medidas en litigio son, por su misma naturaleza, injustificables dado que restringen las marcas de fábrica o de comercio de una "manera particularmente generalizada y grave".[4645] Subsidiariamente, en caso de que el Grupo

[4643] Véase el párrafo 7.2119 *supra*.
[4644] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 276.
[4645] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 643. Honduras añade que esto se debe a que las medidas TPP i) son una restricción generalizada del uso de marcas de fábrica o de comercio y ii) frustran la función esencial de las marcas de fábrica o de comercio de distinguir los bienes o servicios de empresas distintas. Ibid., En su segunda comunicación escrita, Honduras describe las medidas TPP como la "complicación

Especial no esté de acuerdo con la opinión de Honduras de que las medidas en litigio son injustificables por su misma naturaleza, Honduras considera que incumbe a Australia demostrar que sus medidas son justificables.[4646]

7.2135. La República Dominicana sostiene que "[e]n lo que respecta a la estructura, el artículo 20 está formulado como una prohibición de las complicaciones del uso de una marca de fábrica o de comercio ('*[n]o se complicará ... el uso ... con exigencias especiales*'), y ese aspecto prohibitivo está sujeto a una excepción o reserva mediante la palabra 'injustificablemente'".[4647] El aspecto prohibitivo de la disposición establece una presunción en favor del uso de una marca de fábrica o de comercio sin complicaciones por medio de exigencias especiales. Si un Miembro complica el uso de una marca de fábrica o de comercio mediante la imposición de exigencias especiales, activa la obligación de asegurar que cualquier complicación es justificable.[4648] La República Dominicana aduce que "Australia se ha apartado de la presunción en favor del uso de marcas de fábrica o de comercio". En su opinión, "se ha apartado de manera radical y extrema, con la imposición de graves complicaciones en relación con el uso de todas las marcas de fábrica o de comercio para toda una clase de bienes", y "Australia no tiene base para acogerse a la excepción o reserva de que goza mediante la palabra 'injustificablemente'".[4649] La República Dominicana sostiene que las medidas TPP no cumplen el aspecto prohibitivo del artículo 20 porque "complican" el "uso" de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales" con "exigencias especiales", y que las complicaciones son "injustificables".[4650]

7.2136. Cuba sostiene que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio que figuran en las medidas TPP de Australia imponen "exigencias especiales" que "complican" el "uso de marcas de fábrica o de comercio" "en el curso de operaciones comerciales", y que dichas exigencias especiales son "injustificables".[4651]

7.2137. Indonesia sostiene que, para demostrar la existencia de una infracción del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, los reclamantes deben demostrar que un Miembro ha adoptado "exigencias especiales" que "complican" el uso de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales" sin justificación.[4652] Afirma que las medidas TPP son "exigencias especiales", comprendidas en la lista ilustrativa del artículo 20, que "complican el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" y que no están justificadas.[4653]

7.2138. Australia aduce que para establecer una infracción del artículo 20, un reclamante debe demostrar que el "uso" de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales" ha sido "injustificablemente" "complicado con exigencias especiales". Observa que no se discute que las medidas TPP imponen exigencias especiales al uso de marcas de fábrica o de comercio, al menos en algunos aspectos. A su juicio, las cuestiones que el Grupo Especial tiene ante sí son: 1) el alcance de las "exigencias especiales" en cuestión; 2) si los reclamantes han

---

suma", y sostiene que son injustificables por su misma naturaleza debido a que no hay una evaluación individual. Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 269-270.

[4646] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 643-644.

[4647] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 343 (el subrayado y las cursivas son de la República Dominicana).

[4648] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 344-345. El Grupo Especial pidió a la República Dominicana que aclarara su argumento sobre las estructura del artículo 20 citado *supra*, en particular si la expresión "no se" se refiere a "complicará" o a "complicará injustificablemente", y si tiene consecuencias en lo relativo al contenido sustantivo del artículo 20 o la carga de la prueba. La República Dominicana respondió que el argumento en cuestión se refiere a su posición sobre la carga de la prueba, y no afecta al contenido sustantivo del artículo 20. En cuanto a la estructura gramatical del artículo 20, la República Dominicana aduce que "el intérprete de un tratado no puede detener el proceso de interpretación concluyendo que, desde una perspectiva gramatical, las palabras 'no se' se refieren a 'complicará injustificablemente', y no a 'complicará' únicamente. Aunque este argumento estructural es una consideración pertinente para discernir la carga de la prueba, el intérprete de un tratado debe examinar también otros elemento del texto, el contexto y el objeto y fin". Véase la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 104 del Grupo Especial, párrafos 108 y 113.

[4649] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 346.

[4650] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 347-832.

[4651] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 363. Véase también *ibid*., párrafos 298 y 313.

[4652] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 248. Véase también la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 111.

[4653] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 249-363.

establecido que esas exigencias especiales "complican" el "uso" de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales"; y 3) en la medida en que los reclamantes hayan establecido la existencia de tal complicación, si han establecido además que las medidas TPP imponen esta complicación "injustificablemente".[4654]

7.3.5.2 Enfoque general del Grupo Especial

7.2139. Determinamos en primer lugar nuestro enfoque general para el examen de las alegaciones de los reclamantes, incluida la asignación de la carga de la prueba en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, con respecto a la cual las partes tienen opiniones diferentes.

7.3.5.2.1 Principales argumentos de las partes

7.2140. Honduras aduce que "[e]l texto y la estructura del artículo 20 demuestran que el uso sin complicaciones de una marca de fábrica o de comercio es la situación normal por defecto prevista en el Acuerdo sobre los ADPIC".[4655] Según Honduras, cuando un Miembro de la OMC quiere cambiar la situación por defecto de uso sin impedimentos, mediante exigencias especiales que complican el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, incumbe a ese Miembro asegurarse de que su complicación es justificable.[4656] Honduras sostiene que, en circunstancias excepcionales y sobre la base de la evaluación de cada marca de fábrica o de comercio según las circunstancias propias del caso, un Miembro puede complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio individual.[4657] Añade que "[l]a carga de demostrar que una medida es 'justificable' recae necesariamente en el Miembro que se aparta de la situación por defecto prevista en el Acuerdo sobre los ADPIC que, en el contexto de una diferencia sustanciada en la OMC, es el Miembro demandado".[4658] Honduras considera que esta opinión es compatible con el sentido corriente del término "justificable", que significa "*defensible*" (defendible) (es decir, "*capable of giving protective defence*" (que puede dar una defensa protectora), porque el sentido corriente de este término indica que corresponde al demandado la carga de "justificar" una medida comprendida en los ejemplos de "exigencias especiales" enumerados en el artículo 20".[4659] Honduras añade que la historia de la negociación del artículo 20 "indica que la misma razón de ser del término 'injustificablemente' era ofrecer a los Miembros un *derecho excepcional* que les permitiera perseguir objetivos de política pública".[4660] Según Honduras, un principio sobradamente conocido del derecho internacional público y de las normas de la OMC es que la carga de probar una excepción recae en el Miembro que invoca esa excepción.[4661] Honduras sostiene asimismo que, "cuando la restrictividad de una medida es particularmente grave y generalizada", esa medida debe ser considerada injustificable sin tener en cuenta otros factores. A su juicio, por su misma naturaleza, las medidas TPP socavan los principios esenciales del Acuerdo sobre los ADPIC y, por lo tanto, no pueden ser consideradas justificables en el sentido del artículo 20.[4662]

7.2141. La República Dominicana aduce que "[e]n lo que respecta a la estructura, el artículo 20 está formulado como una prohibición de las complicaciones del uso de una marca de fábrica o de comercio ('*[n]o se complicará ... el uso ... con exigencias especiales*'), y ese aspecto prohibitivo

[4654] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 336.
[4655] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 272.
[4656] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 273.
[4657] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 317. Véanse también los otros argumentos de Honduras sobre la cuestión de si la injustificabilidad de las exigencias debería evaluarse con respecto a marcas de fábrica o de comercio individuales, resumidos en los párrafos 7.2443-7.2449 *infra*.
[4658] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 318.
[4659] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 319 (donde se hace referencia a *Oxford Dictionaries online*, *British and World English*, definiciones de "*acquire*", "*by*", "*confusion*", "*course*", "*develop*", "*encumber*", "*identical*", "*justifiable*", "*likelihood*", "*nature*", "*necessary*", "*obstacle*", "*reasonable*", "*requirement*", "*right*", "*similar*" y "*trade*", <www.oxforddictionaries.com>, consulta realizada el 29 de septiembre de 2014 o el 3 de octubre de 2014 (*Oxford Dictionaries online*, fragmentos presentados por Honduras) (Prueba documental HND-31)) (no se reproducen las notas de pie de página).
[4660] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 320 (las cursivas figuran en el original).
[4661] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 320 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16, WT/DS33/AB/R).
[4662] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 321. Véanse también los otros argumentos de Honduras sobre el carácter grave de las restricciones, resumidos en el párrafo 7.2436 *infra*.

está sujeto a una excepción o reserva mediante la palabra 'injustificablemente'".[4663] La República Dominicana considera que la carga de la prueba funciona de manera similar en el marco del artículo 20 y en el marco del artículo XX del GATT de 1994, el artículo XVI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC: corresponde inicialmente al reclamante la carga de demostrar el aspecto prohibitivo de la disposición (es decir, que una medida entraña una complicación del uso con exigencias especiales); posteriormente, la carga de demostrar que la complicación es justificable se desplaza al demandado.[4664] A su juicio, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es diferente: el derecho de un Miembro a adoptar un reglamento técnico que restringe el comercio es una "presunción de partida", mientras que la presunción de partida en el marco del artículo 20 de Acuerdo sobre los ADPIC es que se puede usar una marca de fábrica o de comercio, sin complicaciones con exigencias especiales, para permitir que la marca de fábrica o de comercio cumpla su función básica de distinguir los bienes en el mercado.[4665] Además, un Miembro no debería tener derecho a imponer a otros Miembros la carga de demostrar la proposición negativa de que no hay fundamento para justificar la complicación que impone.[4666]

7.2142. Cuba sostiene que una vez establecido que una medida impone exigencias especiales que limitan el uso de marcas de fábrica o de comercio, la carga de justificar esas exigencias especiales se desplaza al Miembro de la OMC que aplica dicha medida. Esta asignación de la carga de la prueba es apropiada por diversas razones: i) las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio solo deberían estar permitidas en circunstancias excepcionales; y ii) no es adecuado exigir a un reclamante que identifique y refute una justificación de la que puede no tener conocimiento o que quizá no sea capaz de especificar.[4667]

7.2143. Cuba añade que "el artículo 20 no es una disposición que establezca una excepción... El artículo 20 impone la obligación positiva de no complicar injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio con exigencias especiales". Cuba aduce que esto significa que no se debería justificar provisionalmente ninguna exigencia, y que el reclamante debe establecer que la complicación es desproporcionada, ilimitada y, por lo tanto, indebidamente restrictiva. En este sentido, el artículo 20 combina la obligación positiva de abstenerse de imponer exigencias especiales con la posibilidad de que exista una excepción limitada a una disposición, pero en ambos casos impone la carga de la prueba al reclamante.[4668]

7.2144. Indonesia considera que es la parte que impone una complicación la que debe aportar la justificación. Sostiene que "[e]sta opinión refleja el entendimiento de que el artículo 20 constituye una prohibición general del uso de exigencias especiales que complican el uso de una marca de fábrica o de comercio, y prohíbe específicamente los tres tipos de exigencias especiales enumerados en la obligación". Añade que apoyan esa opinión decisiones de anteriores grupos especiales de la OMC en el sentido de que la carga de la prueba recae en la parte que invoca una excepción o una defensa afirmativa. De ello se sigue lógicamente también que la parte que impone la complicación es la parte que tiene acceso a la información y las pruebas que sirvieron de base para la justificación.[4669]

7.2145. Australia sostiene que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el reclamante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa.[4670] Aduce que el artículo 20, a diferencia del artículo 17, no se refiere a las excepciones de los derechos exclusivos que los Miembros deben conceder a los titulares de marcas de fábrica o de comercio de conformidad con el

[4663] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 343 (el subrayado y las cursivas son de la República Dominicana). En respuesta a la pregunta 40 del Grupo Especial, Honduras e Indonesia indican que coinciden con los argumentos de la República Dominicana que diferencian entre los elementos "prohibitivo" y de "excepción/reserva" del artículo 20, y con las consecuencias de esa distinción en la asignación de la carga de la prueba en el marco del artículo 20. Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 104 del Grupo Especial, citada en la nota 4648 *supra*.

[4664] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 369-372.

[4665] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 374 y nota 305.

[4666] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 375.

[4667] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 322.

[4668] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 102-103.

[4669] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 289-291 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*; y al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 26, WT/DS2/AB/R).

[4670] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 428 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16, WT/DS33/AB/R).

artículo 16. Más bien, concierne a las exigencias externas que los Miembros imponen al uso de marcas de fábrica o de comercio en la aplicación de una política pública. No hay nada en el Acuerdo sobre los ADPIC que exija a los Miembros que confieran un "derecho de uso" general a los titulares de marcas de fábrica o de comercio.[4671] Australia considera que el artículo 20 no es una excepción para medidas por lo demás incompatibles con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC. Aduce también que no cabe interpretar, como indica la República Dominicana, que la primera frase establece una prohibición que está después sujeta a una excepción en virtud de la palabra "injustificablemente". Antes bien, la primera frase del artículo 20 establece una obligación única y positiva: "[n]o se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales". Una complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales es incompatible con el artículo 20 solo si se demuestra que esa complicación es injustificable. Por consiguiente, establecer que una complicación es "injustificable" es un elemento de la acreditación *prima facie* que un reclamante debe hacer para demostrar que se ha infringido esta disposición.[4672]

7.2146. A juicio de Australia, el artículo 20 es similar a otras disposiciones de los acuerdos abarcados que exigen al reclamante que establezca que se ha cruzado algún umbral (con independencia de cómo se defina tal umbral). El artículo 20 no prohíbe todas las medidas que imponen complicaciones en relación con el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, sino únicamente aquellas medidas que "compliquen injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Del mismo modo que un reclamante debe demostrar, en el marco del párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF, que una demora es "indebida", un reclamante debe demostrar, en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que una complicación es "injustificable".[4673] La obligación de un reclamante de acreditar *prima facie* la injustificabilidad es todavía más evidente cuando, como en este caso, la medida en litigio ofrece una justificación para la complicación en el propio texto de la medida.[4674]

7.3.5.2.2 Principales argumentos de los terceros

7.2147. El Brasil sostiene que, si un Miembro de la OMC considera que otro Miembro ha adoptado una medida incompatible con la obligación que impone el artículo 20, tiene que aportar pruebas a su favor, mientras que el demandado sigue teniendo que demostrar lo contrario.[4675]

7.2148. El Canadá aduce que la estructura del artículo 20 establece una obligación positiva de los Miembros de no imponer exigencias especiales que compliquen injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio. La palabra "injustificablemente" que figura en el texto no crea una excepción (a diferencia del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC o el artículo XX del GATT de 1994), sino que más bien comprende un componente de la obligación. Así pues, el Canadá no está de acuerdo con los reclamantes en que se desplaza al Miembro demandado la carga de demostrar que una medida es "justificable". Según se indica en una nota de la Secretaría de la OMC, cuando las "pruebas de necesidad" figuran en una disposición por la que se establece una obligación, la carga de probar que la medida en litigio no satisface el requisito de necesidad recae en la parte reclamante. Lo mismo es cierto en el caso del artículo 20 y el elemento "injustificablemente". Es decir, el reclamante debe demostrar, como parte de su acreditación *prima facie*, que la medida en cuestión es "injustificable". Una vez hecha esa acreditación *prima facie*, compete al demandado presentar argumentos y pruebas suficientes para refutarla.[4676]

7.2149. La Unión Europea aduce que, en lo que respecta a la asignación de la carga de la prueba, dividir la obligación del artículo 20 parece artificial en lo que concierne a la obligación según la cual

[4671] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 406.
[4672] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 428. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 179.
[4673] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 429-430.
[4674] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 431.
[4675] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafo 34. Véase también *ibid*., párrafo 49.
[4676] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 75 (donde se hace referencia a Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional, "Las pruebas de necesidad en la OMC", Nota de la Secretaría, S/WPDR/W/27/Add.1, 18 de enero de 2011, párrafos 6-7 (que actualiza el documento S/WPDR/W/27, de 2 de diciembre de 2003)).

"[n]o se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales". De acuerdo con el Órgano de Apelación, "la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa". Corresponde pues al reclamante acreditar *prima facie* que el demandado ha incumplido la obligación según la cual "[n]o se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales".[4677]

7.2150. Nueva Zelandia sostiene que un reclamante debe demostrar cada uno de los siguientes elementos para establecer una infracción del artículo 20: la medida en litigio impone *exigencias especiales* al uso de marcas de fábrica o de comercio; las exigencias especiales *complican* el *uso* de una marca de fábrica o de comercio *en el curso de operaciones comerciales*; y la medida en litigio impone la complicación *injustificablemente*.[4678]

7.2151. Noruega aduce que el Acuerdo sobre los ADPIC no establece el derecho a usar una marca de fábrica o de comercio, y que en gran medida la regulación del uso y la explotación de los derechos de propiedad intelectual la llevan a cabo los Miembros a nivel interno. Por lo tanto, el "uso" no es un principio fundamental del Acuerdo sobre los ADPIC, y no hay "presunción de uso con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC".[4679] Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 20 no está formulado, y no funciona, como una excepción a ningún "derecho de uso". Además, contrariamente a lo que aduce la República Dominicana, el artículo 20 no está estructurado como una prohibición con una excepción incorporada.[4680] Más bien, Noruega coincide con la posición de Australia de que la mejor caracterización del artículo 20 es "una única obligación positiva", del mismo modo que el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF.[4681] Sobre esta base, Noruega sostiene que la carga de la prueba en el marco del artículo 20 recae en los reclamantes, e incluye hacer una acreditación *prima facie* que abarque todos los elementos del criterio jurídico relativo al término "injustificablemente".[4682]

7.2152. Singapur sostiene que está firmemente establecido que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el reclamante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. En este sentido, el artículo 20 es una disposición que impone una obligación positiva -no complicar injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio con exigencias especiales- más que una excepción que pueda ser invocada como defensa frente a una alegación de infracción. Aunque en el artículo se hace referencia al criterio "injustificablemente", de ello no se desprende, como indican los reclamantes, que se desplace al demandado la carga de justificar la medida cuando se han establecido los demás elementos de la alegación de infracción del artículo 20. Corresponde a los reclamantes la carga inicial de hacer una acreditación *prima facie* con respecto a todos los elementos de la alegación de infracción del artículo 20, entre ellos que la medida es una complicación injustificable. Solo cuando se ha hecho esto puede presumirse que lo alegado es cierto, y se desplaza al demandado la carga de refutar esa presunción. Si los reclamantes solo establecen algunos de los elementos de la alegación no se establece una presunción.[4683]

7.2153. Turquía considera que la obligación prevista en el artículo 20 es de naturaleza positiva más que excepcional. La utilización de la palabra "injustificablemente" en el artículo 20 no cambia la naturaleza positiva de la obligación. Turquía cree que la lógica del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC puede aplicarse de manera similar al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. El Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* estableció que la carga de la prueba incumbe a la parte que alega una infracción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Turquía considera que este enfoque arroja luz sobre la determinación de la carga

[4677] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 37 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16, WT/DS33/AB/R).
[4678] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 44 (las cursivas figuran en el original).
[4679] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 70 (donde se cita la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 316).
[4680] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 71 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 343).
[4681] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 72 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 428-430).
[4682] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 73.
[4683] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 38 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16, WT/DS33/AB/R).

de la prueba en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4684] Subraya también que, como señaló el Grupo Especial que se ocupó de la diferencia *Argentina - Medidas relativas a la importación*, "[l]a colaboración de las partes en una diferencia es esencial para que un grupo especial pueda cumplir su función de hacer 'una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido'".[4685]

7.3.5.2.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2154. Recordamos que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC dice lo siguiente:

> No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Esa disposición no impedirá la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa.

7.2155. Interpretamos que las dos frases del artículo 20 exponen una única obligación. El elemento central de esta obligación se enuncia en su primera frase, que prohíbe las exigencias especiales que "complican injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. La segunda frase, donde se identifica un tipo de exigencia que ha de considerarse admisible, matiza esta obligación.

7.2156. Con arreglo a una lectura sencilla de su texto, sería necesario establecer los siguientes elementos para constatar un incumplimiento de la obligación central que figura en la primera frase del artículo 20:

a. la existencia de "exigencias especiales";

b. que esas exigencias especiales "complican" "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales"; y

c. que lo hacen "injustificablemente".

7.2157. Estudiaremos con mayor detalle cada uno de esos tres aspectos *infra*. Antes de hacerlo, sin embargo, nos ocupamos de la carga de la prueba en el marco del artículo 20.

7.2158. En consonancia con la práctica de diversos tribunales internacionales, el Órgano de Apelación ha hecho suyo el principio de que la parte que alega un hecho -sea el reclamante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente. La carga de la prueba incumbe a la parte, sea el reclamante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa.[4686] Análogamente, incumbe a la parte que invoca, en su defensa, una disposición que constituye una excepción a la obligación que supuestamente no se ha cumplido (es decir, el demandado) la carga de probar que se cumplen las condiciones establecidas en la excepción.[4687]

7.2159. Por lo que respecta al nivel requerido de la prueba, el Órgano de Apelación ha aclarado que la parte en la que recae la carga de la prueba debe presentar pruebas suficientes para acreditar *prima facie* que lo que alega es cierto. Según el Órgano de Apelación, la acreditación *prima facie* es "aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante que

[4684] Comunicación presentada por Turquía en calidad de tercero, párrafos 24-25 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.381).
[4685] Comunicación presentada por Turquía en calidad de tercero, párrafo 27 (donde se citan los informes del Grupo Especial, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 6.31).
[4686] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16, WT/DS33/AB/R.
[4687] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 18, WT/DS33/AB/R.

efectúe la acreditación *prima facie*".[4688] Un vez efectuada la acreditación *prima facie*, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que no la satisfará a menos que aporte pruebas suficientes para refutar la alegación, refutando así la presunción.[4689] Por consiguiente, la tarea de un grupo especial consistirá en examinar todas las pruebas obrantes en el expediente y decidir si el reclamante, como parte a la que incumbe la carga de la prueba, le ha convencido de la validez de sus alegaciones hasta el punto de hacer una acreditación *prima facie*, y si el demandado ha refutado esa acreditación *prima facie* de forma suficiente.[4690]

7.2160. La cuantificación precisa y la determinación del tipo de pruebas que se necesitará para establecer una presunción de que lo que se afirma es cierto (es decir, lo que es necesario para hacer una acreditación *prima facie*) variará para cada medida, para cada disposición y para cada caso.[4691] El Órgano de Apelación ha explicado que "[u]na acreditación *prima facie* de las alegaciones tiene que basarse en 'pruebas *y* argumentos jurídicos' aportados por la parte reclamante con respecto a *cada uno* de los elementos de la reclamación". Esto significa que la "parte reclamante no puede limitarse a presentar pruebas y esperar que el Grupo Especial extraiga de ellas el fundamento de una incompatibilidad con el régimen de la OMC. Tampoco puede limitarse a invocar hechos sin relacionarlos con su argumentación jurídica".[4692]

7.2161. En consonancia con esos principios generales sobre la carga de la prueba, las partes coinciden en que corresponde a los reclamantes acreditar *prima facie* que las medidas TPP equivalen a exigencias especiales que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en el sentido del artículo 20.[4693]

7.2162. Sin embargo, las partes discrepan sobre a cuál de ellas incumbe la carga de la prueba con respecto a si ese uso se complica "injustificablemente". Los reclamantes opinan que, una vez que hayan demostrado que las medidas TPP equivalen a exigencias especiales que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en el sentido del artículo 20, se desplazará al demandado la carga de demostrar que la complicación es justificable.[4694] La República Dominicana e Indonesia consideran que el artículo 20 establece una prohibición general de las complicaciones del uso de una marca de fábrica o de comercio, que queda luego sujeta a una excepción mediante el uso de la palabra "injustificablemente". La República Dominicana aduce que esto se desprende de la estructura gramatical del texto del artículo 20, que establece que "[n]o se complicará".[4695] Aduce asimismo que el "aspecto prohibitivo" del artículo 20 establece una "presunción" en favor del uso de una marca de fábrica o de comercio sin complicaciones, que activa la obligación de asegurar que cualquier complicación es justificable.[4696] En un sentido similar, Honduras aduce que, si un Miembro quiere cambiar la "situación por defecto de uso sin impedimentos", le incumbe asegurarse de que esa complicación es justificable.[4697]

7.2163. No estamos convencidos de que el texto del artículo 20 implique que debe desplazarse al demandado la carga demostrar la "justificabilidad" de las complicaciones comprendidas en el

[4688] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 104. El Órgano de Apelación confirmó este particular en las diferencias *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 121-122; y *Japón - Manzanas*, párrafo 159.

[4689] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16, WT/DS33/AB/R; y *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 121-122; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.14.

[4690] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafos 7.14-7.15.

[4691] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16, WT/DS33/AB/R. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafos 143-145; y *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 132 (donde se indica que no hay en el ESD ninguna disposición que obligue a un grupo especial a formular una resolución expresa acerca de si el reclamante ha efectuado una acreditación *prima facie* de interacción antes de examinar los medios de defensa y pruebas del demandado).

[4692] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 140 (las cursivas figuran en el original).

[4693] Véanse los párrafos 7.2141-7.2142 y 7.2145 *supra*; la respuesta de Indonesia a la pregunta 40 del Grupo Especial; y la respuesta de Honduras a la pregunta 40 del Grupo Especial.

[4694] Véanse los párrafos 7.2140-7.2142 y 7.2144-7.2145 *supra*.

[4695] Véanse los párrafos 7.2141 y 7.2144 *supra*.

[4696] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 344-345.

[4697] Véase el párrafo 7.2140 *supra*.

ámbito de aplicación de esta disposición. No encontramos en el texto, incluida su estructura gramatical, indicación alguna de la existencia de una "presunción" o "situación por defecto" de uso sin complicaciones, ni de la existencia de una relación de "prohibición" y "excepción" entre un principio de uso sin complicaciones y una excepción para las complicaciones "justificables", como indican los reclamantes.

7.2164. A juzgar por sus propios términos, el artículo 20 no prohíbe, como cuestión de principio, todas las medidas que imponen complicaciones en relación con el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Más bien, excluye únicamente aquellas exigencias especiales que "complican injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.[4698] La estructura de la primera frase del artículo 20 da a entender que establece una obligación única, más que una obligación y una excepción a ella: "[n]o se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales". Consideramos que, si los redactores hubieran tenido la intención de establecer una prohibición general de las complicaciones y una excepción para las complicaciones justificables, podrían haber redactado la obligación, por ejemplo, como sigue: no se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, a no ser que tal complicación sea justificable. Por lo tanto, el compromiso que han contraído los Miembros en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 consiste en no "complicar[] injustificablemente ... con exigencias especiales" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. En la segunda parte de la frase, que comienza con la expresión "como por ejemplo", se identifican tres ejemplos de situaciones concretas abarcadas por esta disposición, a saber, "el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas".[4699]

7.2165. El hecho de que la obligación esté formulada en parte mediante la utilización del término negativo "*in*justificablemente" (sin cursivas en el original) no modifica, a nuestro juicio, esa concusión. Señalamos a este respecto que en otras disposiciones de los acuerdos abarcados se recurre a este tipo de formulaciones "negativas", sin que ello entrañe necesariamente un desplazamiento de la carga de la prueba en los procedimientos de solución de diferencias. Por ejemplo, en su primera frase, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC establece que: "Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos *innecesarios* al comercio internacional" (sin cursivas en el original). Pese al uso del término "innecesarios" en dicha frase, el Órgano de Apelación no consideró que la carga inicial de demostrar ese elemento de infracción correspondiera al demandado.[4700] Observamos que el Órgano de Apelación ha considerado de forma similar el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, cuyo texto es semejante a una excepción (y utiliza la expresión "salvo en el caso de que"), como una obligación única.[4701]

7.2166. Honduras también trata de respaldar su posición con el sentido corriente del término "justificable". En su opinión, la palabra significa "defendible", lo que indica según Honduras que incumbe al demandado la carga de "justificar" una medida incluida en los ejemplos enumerados en el artículo 20.[4702] La República Dominicana aduce que no debería recaer en el reclamante la carga de probar algo negativo -es decir, que no hay fundamento para justificar las complicaciones

[4698] Observamos también que en el propio Acuerdo sobre los ADPIC, cuando se trata de establecer una presunción, se hace expresamente. Véanse el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 3 del artículo 7 y los párrafos 2 y 4 a) del artículo 15 del Convenio de Berna, incorporados al Acuerdo sobre los ADPIC mediante la referencia en el párrafo 1 del artículo 9.

[4699] El contexto inmediato que ofrece la segunda frase del artículo 20 también indica que esta disposición establece una única obligación, a la que se hace referencia como "[e]sa disposición" en la segunda frase.

[4700] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 379; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323. Véanse también los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 7.434. Como observábamos en el párrafo 7.27 *supra*, no se discute que la carga de establecer que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC corresponde a los reclamantes.

[4701] Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 274-275, citado también en el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.628. Los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF han sido interpretados de manera similar. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 104.

[4702] Véase el párrafo 7.2140 *supra*.

impuestas por el demandado-.[4703] Cuba mantiene que no sería adecuado exigir a un reclamante que identifique y refute una justificación de la que puede no tener conocimiento o que quizá no sea capaz de especificar.[4704] Indonesia sostiene que el demandado estaría en mejor posición para proporcionar la información y las pruebas que sirvieron de base para la justificación.[4705]

7.2167. Como se ha señalado más arriba, el compromiso que han contraído los Miembros en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 consiste en no "complicar[] injustificablemente". Aunque esta formulación implica, a nuestro juicio, que habrá circunstancias en que una "complicación" en el sentido del artículo 20 será "justificable", y el demandado, en cuanto Miembro que ha adoptado las medidas, podrá estar en una situación de privilegio para explicar, en respuesta a una posible acreditación *prima facie* de infracción, por qué una complicación específica es justificable, esa circunstancia no es en sí misma determinante para la asignación inicial de la carga de la prueba en un procedimiento de solución de diferencias.[4706]

7.2168. Observamos que se han tratado consideraciones similares en el contexto de otros acuerdos abarcados. En el contexto del Acuerdo MSF, en virtud del cual los Miembros de la OMC se han comprometido a cumplir determinadas obligaciones específicas con respecto a la adopción y aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, el Órgano de Apelación consideró que un grupo especial había incurrido en error al atribuir la carga de la prueba en general al Miembro que había impuesto las medidas en litigio.[4707] Al hacerlo, el Órgano de Apelación reiteró que incumbía al reclamante la tarea de presentar pruebas y argumentos jurídicos suficientes para demostrar un incumplimiento de las obligaciones previstas en cada una de las disposiciones específicas pertinentes del Acuerdo MSF.[4708] De manera similar, la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, invocado también en las presentes diferencias, establece que "[a] tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo *legítimo*, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo" (sin cursivas en el original). No obstante el hecho de que el "objetivo legítimo" en cuestión es el objetivo perseguido por el Miembro que ha adoptado la medida impugnada, la carga de establecer *prima facie* una infracción sobre la base de todos los elementos pertinentes de la disposición incumbe al Miembro reclamante. El Órgano de Apelación confirmó esta posición cuando, en una diferencia posterior, expresó preocupación por que, "aunque el Grupo Especial reconoció, al comenzar su análisis, que la carga de probar que un objetivo *no* es legítimo recae en los reclamantes, de su análisis parece a veces deducirse que, por el contrario, atribuye [al demandado] la carga de probar que su objetivo es legítimo".[4709]

7.2169. En conclusión, de acuerdo con los principios generales de la carga de la prueba en el sistema de solución de diferencias de la OMC, confirmados por el Órgano de Apelación en varias ocasiones, no recae inicialmente en el demandado la carga de demostrar que cualquier complicación que haya adoptado es justificable. Concluimos, por consiguiente, que corresponde a los reclamantes acreditar *prima facie* que las medidas TPP equivalen a exigencias especiales y que esas exigencias complican injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.

7.2170. Somos conscientes de que esta asignación inicial de la carga de la prueba no aborda la norma de la prueba requerida para hacer una acreditación *prima facie*, ni agota las responsabilidades respectivas de las partes de presentar pruebas en el curso del procedimiento. Como ha observado el Órgano de Apelación, la aplicación de las normas sobre la asignación de la carga de la prueba no debería dar lugar a "una articulación mecánica de la función de la carga de la prueba" o a "una confusión indebida de la carga de la prueba y la norma de la prueba".[4710]

7.2171. Por lo que respecta a la preocupación de la República Dominicana en cuanto a que no debería recaer en el reclamante la carga de probar algo negativo -es decir, que no hay

[4703] Véase el párrafo 7.2141 *supra*.
[4704] Véase el párrafo 7.2142 *supra*.
[4705] Véase el párrafo 7.2144 *supra*.
[4706] Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 276-281.
[4707] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 109, nota 71.
[4708] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 109.
[4709] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 449 (las cursivas figuran en el original).
[4710] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.34.

fundamento para justificar las complicaciones impuestas por el demandado-, señalamos que el hecho de que los reclamantes estén obligados a efectuar una acreditación *prima facie* con respecto a todos los elementos de una supuesta infracción del artículo 20 no implica necesariamente que tengan que demostrar que *no* hay fundamento para justificar una complicación. Más bien, correspondería a los reclamantes acreditar *prima facie* que la complicación se ha impuesto "injustificablemente"; una vez hecho, se desplazaría al demandado la carga de demostrar lo contrario presentando argumentos y pruebas suficientes a tal efecto. En consonancia con los principios generales de la carga de la prueba analizados en los párrafos 7.2158-7.2160 *supra*, corresponde a cada parte que alega un determinado hecho presentar argumentos y pruebas que apoyen esa afirmación. Así pues, en la medida en que el demandado considera, contrariamente a lo que afirman los reclamantes, que ninguna de las complicaciones resultantes de las medidas impugnadas es "injustificable", le incumbirá presentar argumentos y pruebas suficientes para refutar cualquier acreditación *prima facie* efectuada por los reclamantes a este respecto. En síntesis, los reclamantes han formulado la alegación positiva de que las medidas TPP son incompatibles con el artículo 20, y con cada uno de sus elementos, y deben establecer esta alegación en su totalidad, más que establecer una alegación relativa a determinados elementos del artículo 20.

7.2172. A la luz de esas determinaciones preliminares, examinamos ahora por orden:

a. si las medidas TPP entrañan "exigencias especiales" que "complican" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el sentido del artículo 20; y, en caso afirmativo,

b. si esas exigencias complican el "uso de una marca de fábrica o de comercio" "en el curso de operaciones comerciales" en el sentido del artículo 20; y, en caso afirmativo,

c. si lo hacen "injustificablemente".

7.3.5.3 La cuestión de si las medidas TPP conllevan "exigencias especiales" que "complica[n]" el uso de una marca de fábrica o de comercio

7.2173. Como se ha indicado más arriba, los reclamantes alegan que las medidas TPP imponen "exigencias especiales" que "complica[n]" el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.[4711] En particular, en su opinión, la expresión "exigencias especiales" abarca las prohibiciones del uso, y el verbo "complica[r]" es suficientemente amplio como para abarcar cualquier nivel de restrictividad, incluidas las prohibiciones del uso.[4712]

7.2174. Australia conviene en que las medidas TPP imponen "exigencias especiales" al uso de las marcas de fábrica o de comercio, ya que requieren que cualquier marca denominativa utilizada en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor se presente de cierta forma. Sin embargo, considera que la expresión "exigencias especiales" del artículo 20 no abarca los aspectos de las medidas TPP que *prohíben* el uso de ciertas marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco.

7.2175. Recordamos que la primera frase del artículo 20 hace referencia a las "exigencias especiales" que "complica[n]" "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales". Las partes basan sus opiniones en el alcance del artículo 20, en particular en la cuestión de si ese artículo abarca las prohibiciones de uso, según su entendimiento de los términos "exigencias especiales" y "complica[r]". Para empezar, resumiremos los argumentos pertinentes de las partes. Después, pasaremos a considerar, en primer lugar, el significado de la expresión "exigencias especiales"; en segundo lugar, el significado del término "complica[r]" en el contexto del artículo 20; y, por último, la cuestión de si las medidas TPP conllevan "exigencias especiales" que "complica[n]" el uso de las marcas de fábrica o de comercio. En la sección subsiguiente pasaremos a examinar la frase "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales".

[4711] Véase el párrafo 7.2132 *supra.*
[4712] Véase la sección 7.3.5.3.1.1 *infra.*

7.3.5.3.1 Significado de los términos "exigencias especiales" y "complica[r]" en el artículo 20

7.3.5.3.1.1 Principales argumentos de las partes

7.2176. Honduras sostiene que el sentido corriente de la palabra "*requirement*" (exigencia) es "'[a] thing that is *compulsory*', 'something that is needed or that *must* be done" (algo que es *obligatorio*, algo que es necesario o que *ha* de hacerse).[4713] En la jurisprudencia de la OMC se ha interpretado que este término abarca las "prohibiciones".[4714] Honduras añade que el sentido corriente de la palabra "especial" ha sido interpretado en el contexto del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC por el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* como relativo a algo que es "excepcional, característico, o que tiene una aplicación ... limitad[a]".[4715] Las "exigencias especiales" sometidas a disciplinas por el artículo 20 consisten, por consiguiente, en "medidas de carácter obligatorio que son excepcionales, se refieren a elementos característicos de una marca de fábrica o de comercio, o tienen una aplicación limitada a aspectos concretos de las marcas de fábrica o de comercio o de su uso".[4716]

7.2177. El término "*encumber*" (complicar) significa "'*[to] [r]estrict or impede (someone or something) in such a way that free action or movement is difficult'; and 'to impede or hamper the function or activity*'" (restringir u obstaculizar (a alguien o algo) de tal forma que se dificulta la libertad de acción o de movimientos; y obstaculizar o estorbar la función o actividad). Por lo tanto, el artículo 20 regula los derechos de un Miembro a restringir, obstaculizar o estorbar la función "[d]el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales". Honduras añade que la principal función del uso de las marcas de fábrica o de comercio es diferenciar y distinguir los bienes del titular de la marca. Esa función se complica cuando el uso de una marca de fábrica o de comercio se restringe, obstaculiza o estorba.[4717] El artículo 20 no dice nada sobre el alcance o la naturaleza de las "complicaciones" comprendidas en su ámbito de aplicación. El sentido corriente del término "complicar" es, por lo tanto, suficientemente amplio para abarcar cualquier tipo de restricción, "desde una restricción parcial hasta una prohibición total de uso".[4718]

7.2178. Honduras establece una analogía con el razonamiento del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*. En ese caso los Estados Unidos sostuvieron que el artículo XVI del AGCS (titulado "Acceso a los mercados") regula únicamente las limitaciones cuantitativas definidas con precisión y no se aplica a la prohibición general del suministro de un servicio.[4719] Tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación desestimaron ese argumento aduciendo que la naturaleza y los efectos de estos dos tipos de medidas no son sustancialmente diferentes.[4720] Según Honduras, ese caso confirma su opinión de que el término "complicar"

[4713] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 277 (las cursivas son de Honduras) (donde se citan los *Oxford Dictionaries online*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-31); y el *Merriam-Webster Dictionary online*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-48)). Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 280.

[4714] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 280-281 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*; *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*; y *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*). Aunque en los informes citados se interpretó el término "*requirements*" en el contexto del Acuerdo MSF, Honduras sostiene que esa interpretación respalda la forma en que Honduras entiende el alcance de la expresión "*special requirements*" ("exigencias especiales") que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Ibid., Párrafo 281.

[4715] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 278 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, párrafo 6.109).

[4716] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 278 y 282.

[4717] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 283 (donde se hace referencia a *Oxford Dictionaries online*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-31), definición de "*encumber*"; y el *Merriam-Webster Dictionary online*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-48), definición de "*encumber*").

[4718] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 285.

[4719] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 286 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, *párrafos* 222 y 224).

[4720] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 286 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de azar*, *párrafos* 6.331-6.332; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos* - Juegos de azar, párrafos 232-238).

utilizado en el artículo 20 abarca tanto las prohibiciones completas de una marca de fábrica o de comercio, como las restricciones parciales.[4721]

7.2179. La República Dominicana sostiene que por "exigencia especial" se entiende una condición impuesta por un gobierno (la "exigencia") que es "inusual" o "fuera de lo ordinario" ("especial"), ya sea porque i) prescribe el "uso" de una marca de fábrica o de comercio de forma que se aparta del trato habitual dado a una marca de fábrica o de comercio; o ii) se aplica a marcas de fábrica o de comercio utilizadas en relación con un tipo concreto de bien o servicio; o iii) ambas cosas.[4722]

7.2180. El significado del verbo "complicar" es "estorbar... entorpecer" o "actuar como una ... limitación". Por consiguiente, las complicaciones incluyen cualesquiera medidas que entorpezcan, estorben o limiten la capacidad para usar una marca de fábrica o de comercio tal como está registrada (o, si no está registrada, como el titular la use de otro modo).[4723] La gravedad de una complicación habrá de evaluarse dependiendo del grado en que esa complicación interfiera en la capacidad de una marca de fábrica o de comercio, en conjunto, para desempeñar su función distintiva. Una complicación puede situarse dentro de una escala que abarcará desde una complicación insignificante hasta una complicación total.[4724]

7.2181. Cuba aduce que el sentido corriente del término "*requirement*" (exigencia) es *"[s]omething called for or demanded; a condition which must be complied with*" ("algo que se pide o demanda; una condición que ha de cumplirse"). Las medidas TPP contienen "exigencias" porque imponen un conjunto de condiciones que los agentes comerciales que participan en la fabricación y distribución de productos de tabaco en Australia han de cumplir. Esas exigencias son "especiales" porque afectan solo a las marcas de fábrica o de comercio utilizadas en productos de tabaco.[4725] Los artículos 20(1) y 26(2) de la Ley TPP dejan claro que Australia trata específicamente de reglamentar "el uso de" las marcas de fábrica o de comercio aplicadas al empaquetado para la venta al por menor, las vitolas de los cigarros (puros) y los propios productos de tabaco.

7.2182. El sentido corriente pertinente del término "*encumber*" (complicar) es "*to hamper, impede ... act as a check or restraint on*" (estorbar, obstaculizar ... actuar como un freno o una limitación). Estas restricciones al uso de las marcas de fábrica o de comercio pueden describirse adecuadamente como "*encumbrances*" (complicaciones), ya que entrañan "*impediments*" (impedimentos), "*checks*" (frenos) y "*restraints*" (limitaciones) al uso y a la exhibición de las marcas de fábrica o de comercio por sus titulares y limitan la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio para distinguir determinados productos de tabaco de otros productos de tabaco. Una prohibición es también una "limitación" o un "impedimento" al uso de una marca de fábrica o de comercio; de hecho, se trata de la limitación o el impedimento de mayor gravedad que cabe imponer al uso de una marca de fábrica o de comercio.[4726]

7.2183. Indonesia aduce que las "exigencias especiales" son "exigencias obligatorias que: 1) se aplican a una clase limitada de productos; 2) se aplican solo con un fin concreto; o 3) son distintas de las que se aplican generalmente o 'habitualmente'".[4727] Las medidas TPP están comprendidas en los ejemplos segundo y tercero de la lista ilustrativa enunciada en la primera frase del artículo 20.[4728]

7.2184. El verbo "*encumber*" (complicar) significa *"[t]o burden with duties, obligations, or responsibilities*" (cargar con deberes, obligaciones o responsabilidades). Las exigencias especiales a las que se refiere el artículo 20 deben imponer una carga en relación con el uso de una marca de

[4721] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 286.
[4722] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 348.
[4723] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 349.
[4724] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 351-352.
[4725] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 300-301 (donde se cita el *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1 (Prueba documental CUB-44), página 2541).
[4726] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 310 (donde se cita el *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), vol. 1 (Prueba documental CUB-48), página 827) (las cursivas son de Cuba)
[4727] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 250.
[4728] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 257.

fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.[4729] Cuando las medidas TPP impiden absolutamente el uso de marcas de fábrica o de comercio, tales medidas son también complicaciones en el sentido del artículo 20. En opinión de Indonesia, esas medidas constituyen una "complicación" en la forma más extrema y, por consiguiente, no pueden justificarse teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC y el contexto del artículo 20.[4730]

7.2185. Australia sostiene que el sentido corriente del término "*use*" (uso), en el contexto del artículo 20, es "*make use of (a thing), esp. for a particular end or purpose; utilize, turn to account*" (hacer uso de (una cosa), especialmente con un fin o un propósito determinados; utilizar, aprovechar). Aduce que, si la legislación interna prohíbe el "uso" de determinadas marcas de fábrica o de comercio por completo, esas marcas no están siendo "us[adas] ... en el curso de operaciones comerciales" y, en consecuencia, el artículo 20 no es aplicable. Además, cada uno de los ejemplos de "exigencias especiales" contenidos en la primera y la segunda frases del artículo 20 se refiere a "*cómo* puede usarse una marca de fábrica o de comercio *cuando se usa*, no a la cuestión de *si* puede usarse".[4731]

7.2186. Australia sostiene que, según se define en la parte pertinente, el verbo "*encumber*" (complicar) significa "*[h]amper, impede ...; act as a check or restraint on*" (estorbar, obstaculizar ... actuar como un freno o una limitación). De acuerdo con Australia, es evidente, según se desprende de la estructura de la frase "complicará ... con exigencias especiales" y en particular del uso en ella de la preposición "con", que la complicación pertinente con arreglo a la primera frase del artículo 20 es la complicación (si la hay) que tiene su origen en las exigencias especiales impuestas por la medida en litigio. En otras palabras, la complicación es consecuencia o resultado de las exigencias especiales.[4732]

7.2187. Australia sostiene que el artículo 19, titulado "Requisito de uso", prevé específicamente la posibilidad de que los "requisitos oficiales" prohíban el uso de una marca de fábrica o de comercio por completo, y reconoce que circunstancias "independientes de la voluntad del titular de la marca", incluidos los "requisitos oficiales" exteriores, pueden impedir "el uso de una marca de fábrica o de comercio". Según Australia, lo importante del artículo 19 es que cualquier "falta de uso" involuntaria de ese tipo constituye una "razón válida" para impugnar la anulación del registro de una marca de fábrica o de comercio por falta de uso. En opinión de Australia, ese contexto respalda la interpretación de que el artículo 20 (titulado "Otros requisitos") se refiere a las exigencias especiales impuestas al uso de una marca de fábrica o de comercio cuando los "requisitos oficiales" no prohíben de otro modo su uso.[4733]

7.2188. Australia sostiene asimismo que el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC es asegurar la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual que los Miembros están obligados a conferir con arreglo al Acuerdo. Los derechos que los Miembros han de conferir en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC son derechos negativos de exclusión. Ninguna disposición del Acuerdo sobre los ADPIC exige a los Miembros que confieran un "derecho de uso" a los titulares de derechos de propiedad intelectual, en el entendimiento de que las cuestiones relacionadas con el uso y la explotación de la propiedad intelectual son básicamente materia de legislación interna. Teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, la mejor interpretación del artículo 20 es la que considera que ese artículo impone una disciplina sobre la forma en que un Miembro puede complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones

[4729] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 269 (donde se hace referencia a *The Compact Oxford English Dictionary*, segunda edición, J.A. Simpson y E.S.C. Weiner (editores) (Oxford University Press, 2000), página 512).

[4730] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 277.

[4731] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 340 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, páginas 1974, 2341, 2363, 2509, 2541, 3312, 3445 y 3485 (*Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 2, fragmentos presentados por Australia) (Prueba documental AUS-245), página 3485) (las cursivas figuran en el original).

[4732] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 347 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, páginas 22, 56, 336, 341, 470, 489, 500, 542, 827, 888, 1252, 1271, 1364, 1412 y 1799 (*Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, parte 1) (Prueba documental AUS-243), página 827). En las secciones 7.3.5.4.1.1 y 7.3.5.4.2.1 examinaremos los argumentos de las partes sobre el alcance de la expresión "en el curso de operaciones comerciales" y los usos pertinentes de una marca de fábrica o de comercio.

[4733] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 341.

comerciales cuando sus leyes y reglamentos nacionales no prohíben de otro modo el uso de esa marca de fábrica o de comercio.[4734]

7.2189. En opinión de Australia, las consecuencias de una interpretación contraria del artículo 20 serían profundas. Con arreglo a la interpretación propuesta por los reclamantes, la prohibición de la publicidad del tabaco en los medios impresos o audiovisuales, o la prohibición de exhibir material publicitario y promocional, incluidas las marcas de fábrica o de comercio en el punto de venta -medidas que los reclamantes no impugnan en estos procedimientos- quedarían comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20. Puesto que se trata de políticas de control del tabaco cuya aplicación es común entre los Miembros de la OMC, las repercusiones de una constatación de que esos tipos de medidas están abarcados por el artículo 20 serían muy desconcertantes y deberían preocupar a todos los Miembros de la OMC. "Tal interpretación entraña el riesgo de incluir en el ámbito del artículo 20 un amplio conjunto de medidas de política pública que, según Australia, nunca se tuvo la intención de que fueran abordadas por ese artículo".[4735]

7.2190. Con respecto al argumento de Australia de que cada uno de los ejemplos de "exigencias especiales" contenidos en el artículo 20 se refiere a la forma en que una marca de fábrica o de comercio puede usarse cuando se usa, Honduras responde que las "exigencias especiales" enunciadas en el artículo 20 no se refieren exclusivamente a restricciones, sino que pueden también referirse a la restricción suma, es decir, la prohibición total del uso. Además, Honduras observa que la lista de "exigencias especiales" no es exhaustiva. La disposición puede, en principio, abarcar otras medidas con mayor grado de restrictividad.[4736]

7.2191. Con respecto al recurso por Australia al artículo 19 como contexto para apoyar sus argumentos en el marco del artículo 20, Honduras opina que el "párrafo 1 del artículo 19 no permite la adopción de medidas oficiales que coarten los derechos relativos a *marcas de fábrica o de comercio* como tales, sino que más bien sirve para proteger esos derechos cuando resultan *incidentalmente* afectados por medidas que regulan los productos".[4737]

7.2192. En cuanto a los argumentos de Australia relativos a la naturaleza de los derechos otorgados en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, Honduras responde que "el hecho de que los derechos (negativos) en materia de observancia se establezcan en otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, tales como el párrafo 1 del artículo 16, no determina el alcance de la obligación con arreglo al artículo 20. El artículo 20 es una disposición independiente que no se refiere a derechos (negativos) en materia de observancia, sino que protege el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio al someter a disciplinas una gran diversidad de requisitos oficiales especiales que complican injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio".[4738]

7.2193. En respuesta a las preocupaciones de Australia acerca de las repercusiones sistémicas más generales, Honduras sostiene que "una medida reglamentaria general, como por ejemplo la prohibición de la publicidad, no es una 'exigencia *especial*' relativa al uso de una marca de fábrica o de comercio, ya que no se refiere a los elementos distintivos de las marcas, y su aplicación no se limita a un aspecto particular de las marcas de fábrica o de comercio". El término "especiales" pone de manifiesto que el artículo 20 trata sobre exigencias en materia de marcas de fábrica o de comercio que afectan "específicamente" a las condiciones de uso de la marca de fábrica o de comercio al imponer exigencias relacionadas con su uso comercial. Las exigencias que afectan incidentalmente al uso de una marca de fábrica o de comercio, pero no están relacionadas con la marca y sus funciones, tales como las prohibiciones generales de la publicidad, no son "exigencias especiales" a los efectos del artículo 20. Esa medida general tampoco estaría abarcada por ninguno de los ejemplos de exigencias especiales mencionados en el artículo 20.[4739]

7.2194. La República Dominicana responde que no hay texto en el artículo 20 que exija que quien interpreta el tratado plantee, como cuestión preliminar, si una marca de fábrica o de comercio está siendo usada. Más bien, el texto plantea la cuestión de si "*el uso* de una marca de fábrica o de comercio *está complicándose*". La República Dominicana sostiene que la prohibición de usar una

[4734] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 342.
[4735] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 343 y 345.
[4736] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 284.
[4737] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 285 (las cursivas figuran en el original).
[4738] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 286.
[4739] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 295 (las cursivas figuran en el original).

marca de fábrica o de comercio estorba, entorpece, limita y obstruye claramente el acto de explotar la marca, o de utilizarla y aplicarla. Además, los tres ejemplos son simplemente ilustrativos del alcance del artículo 20; y no definen la disposición de forma exhaustiva. La República Dominicana añade que "sería un extraño resultado interpretativo que un Miembro hubiese de justificar una forma *leve* de complicación que interfiriese en la capacidad de una marca de fábrica o de comercio para cumplir su función, pero al mismo tiempo estuviese exento de cualquier disciplina en el marco del artículo 20 respecto de una forma *grave* de complicación que anulase la función de una marca de fábrica o de comercio".[4740]

7.2195. En cuanto al artículo 19, la República Dominicana aduce que ese artículo se refiere únicamente a las consecuencias que la falta de uso involuntaria de la marca de fábrica o de comercio tendrá para el registro, y no dispone nada acerca de la necesidad de justificar un requisito diferente (es decir, distinto del requisito de uso para mantener el registro) que complique el uso de una marca de fábrica o de comercio.[4741]

7.2196. En cuanto a la preocupación de Australia por que la inclusión de la prohibición del uso dentro del ámbito de aplicación del artículo 20 haría que la decisión de un Miembro de prohibir la publicidad de determinados productos estuviese sujeta a examen, la República Dominicana responde que "el artículo 20 no abarca las medidas que *afectan incidentalmente* a las marcas de fábrica o de comercio y '*no guardan otro tipo de relación con la marca de fábrica o de comercio y su función*', tales como prohibiciones de publicidad o restricciones a la disponibilidad de un producto".[4742] Con arreglo a su texto, el artículo 20 no es aplicable a todas las complicaciones relacionadas con el uso de una marca de fábrica o de comercio. Más bien, se aplica únicamente a las complicaciones que tienen su origen en una "exigencia especial". La expresión "exigencia especial" se refiere a las medidas por las que se establecen las condiciones legales que regulan directamente la marca de fábrica o de comercio en sí misma. Por ejemplo, una medida que regule un bien o un servicio -pero no una marca de fábrica o de comercio utilizada en relación con esos productos- no impone una "exigencia especial" a las marcas de fábrica o de comercio, aun cuando la medida tenga efectos incidentales en el uso de ellas.[4743]

7.2197. Cuba responde que el significado ordinario del término "requisito" incluye un requisito de no hacer algo o, dicho de otra forma, incluye una "prohibición". Un "requisito" puede ser expresado de una forma positiva o negativa y, por tanto, incluye medidas que prohíben el uso de marcas de fábrica. Así pues, el término "requisito" es más amplio que el término "prohibición", pero sin lugar a dudas también incluye prohibiciones. "Prohibir" no es otra cosa que "requerir, negativamente" hacer o abstenerse de hacer algo. Además, las medidas TPP imponen requisitos tanto negativos como positivos mediante la prohibición del uso de todas las marcas por una parte, y al requerir, por ejemplo, el uso del nombre comercial en un formato y un tipo de letra específicos. Por lo tanto, las medidas TPP establecen una serie de requisitos positivos y negativos sobre el uso de marcas de fábrica.[4744]

7.2198. Como contexto pertinente, Cuba invoca el artículo XI del GATT de 1994, que elimina "prohibiciones o restricciones" sobre la importación, y se ha interpretado en el sentido de que se refiere a "condiciones limitativas" o requisitos sobre la importación, siendo la prohibición el máximo requisito de restricción o limitación.[4745]

7.2199. Cuba añade que esto no quiere decir que cualquier requisito, incluso remotamente relacionado con el uso de marcas de fábrica en un contexto comercial, estaría cubierto por las materias tratadas por el artículo 20 como erróneamente sugiere Australia. Los requisitos en materia de marcas de fábrica o de comercio pertinentes y las correspondientes disposiciones de la Ley TPP están directa y específicamente relacionados con el uso de marcas de fábrica, e imponen tanto requisitos "especiales" negativos como positivos sobre el uso de marcas de fábrica. Por ello,

[4740] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 102-106 (las cursivas figuran en el original).
[4741] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 107.
[4742] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 108 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 15) (las cursivas figuran en el original).
[4743] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 110.
[4744] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 71-72.
[4745] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 73 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafos 7.269-7.270).

son suficientemente "especiales" para ser cubiertos por el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4746]

7.2200. Indonesia responde que Australia "crea un argumento circular al alegar que una prohibición del uso no puede estar abarcada por el artículo 20 porque no hay uso en el curso de operaciones comerciales". En cuanto a la lista ilustrativa de ejemplos de "exigencias especiales", el uso de la expresión "como por ejemplo" en el artículo 20 deja claro que los ejemplos especificados no son una lista cerrada y que el artículo 20 puede abarcar una gran diversidad de exigencias especiales, siempre que compliquen el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Indonesia mantiene que nada en el texto del artículo 20 respalda la tesis de que una exigencia especial que prohíba el uso en el curso de operaciones comerciales quede excluida del alcance del artículo 20.[4747]

7.2201. Indonesia sostiene que el artículo 19 se refiere a una única circunstancia relativa al uso de una marca de fábrica o de comercio, a saber, cuando el uso es necesario para el registro, pero obstáculos al uso que están fuera del control del titular de la marca (por ejemplo, requisitos en materia de importación) impiden dicho uso. Para Indonesia, una vez que se da al artículo 19 su debido sentido, queda claro que, si el artículo 20 no aborda las prohibiciones del uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, ninguna otra disposición lo hará.[4748]

7.2202. Indonesia considera también que la posición de Australia de que los derechos que han de conferirse en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC son derechos negativos de exclusión proporcionaría solo la mitad de la protección requerida y, por consiguiente, sería incompatible con el objeto y fin del Acuerdo. En opinión de Indonesia, la interpretación de Australia crearía una situación inadmisible en la que el Acuerdo sobre los ADPIC daría libertad total a los Miembros para prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio sin necesidad de justificación o explicación, pero los obligaría a proporcionar una justificación y explicación al imponer limitaciones al uso de una marca de fábrica o de comercio.[4749]

7.2203. Por otra parte, Indonesia considera que la preocupación de Australia por que la inclusión de la prohibición del uso en el ámbito de aplicación del artículo 20 menoscabaría otras políticas de control del tabaco ampliamente utilizadas, tales como la prohibición de la publicidad o de los productos, es engañosa. Indonesia aduce que hay que distinguir entre la prohibición general de la disponibilidad de un bien y la prohibición del uso de determinada marca de fábrica o de comercio o de una categoría especial de marcas de fábrica o de comercio respecto de un bien legalmente comercializado. El artículo 20 no se refiere a la aplicación de todas y cada una de las exigencias que pueden complicar indirectamente el uso de las marcas de fábrica o de comercio. Más bien, se refiere a la aplicación de "exigencias especiales". Una prohibición general, por ejemplo de vender un bien en un mercado o hacer publicidad en general, no cumple la definición de "exigencia especial" respecto del uso de una marca de fábrica o de comercio.[4750]

7.3.5.3.1.2 Principales argumentos de los terceros

7.2204. La Argentina concuerda con la interpretación del artículo 20 expuesta por Australia, en el sentido de que dicho artículo dispone ciertas condiciones en relación al uso de una marca, pero nada estipula respecto de si esta puede ser utilizada o no.[4751]

7.2205. El Brasil no está convencido de que una prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 20. En su opinión, tampoco parece apropiado afirmar que el artículo 19 podría servir como contexto válido para tal interpretación. Al entender del Brasil, el artículo 19 se refiere a requisitos relativos a los propios bienes o servicios (por ejemplo, de carácter técnico o sanitario), no a las marcas de fábrica o de comercio. En sí misma, la lista no exhaustiva de ejemplos de exigencias especiales (precedida de la expresión "como por ejemplo") no excluye del ámbito de aplicación del artículo 20 la prohibición del uso. De

[4746] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 75-77.
[4747] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 116.
[4748] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 122-124.
[4749] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 125.
[4750] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 126-127.
[4751] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 10.

acuerdo con la definición del *Shorter Oxford English Dictionary*, una prohibición parece ser una forma de complicación. Además, si la prohibición del uso se considerase fuera del ámbito de aplicación del artículo 20, podría crearse en el Acuerdo sobre los ADPIC un resquicio por el que sería posible eludir la obligación de "no complicar injustificablemente" prohibiendo el uso de marcas de fábrica o de comercio por completo.[4752]

7.2206. El Canadá sostiene que los ejemplos de exigencias enumerados en el artículo 20 se refieren a *cómo* puede usarse una marca de fábrica o de comercio. En su opinión, la restricciones relativas a *si* una marca de fábrica o de comercio puede o no usarse (por ejemplo, prohibiendo su uso en determinados bienes o en la publicidad) o *dónde* puede usarse (por ejemplo, especificando el uso en determinadas partes del empaquetado de los productos) no son "exigencias especiales" a los efectos del artículo 20. El artículo 20 no establece expresamente que un Miembro tenga vedado prohibir o restringir el uso de una marca de fábrica o de comercio. La falta de un texto de ese tipo indica que los Miembros trataron de preservar esa flexibilidad reglamentaria. Por consiguiente, "si se tiene en cuenta el sentido corriente de las palabras, en su contexto, debe interpretarse en sentido restrictivo que la expresión 'exigencias especiales' del artículo 20 significa: requisitos obligatorios que tienen un ámbito de aplicación limitado o un efecto limitado[4753] en la forma en que una marca de fábrica o de comercio puede usarse".[4754] Aunque el Canadá conviene con Honduras en que el párrafo 1 del artículo 19 protege las marcas de fábrica o de comercio cuando resultan "incidentalmente" afectadas por medidas que regulan los productos, está claro, en opinión del Canadá, que el texto no limita la protección de las marcas de fábrica o de comercio a esos "tipos" de circunstancias. El texto no impide que otros tipos de medidas, como por ejemplo las que regulan directamente el uso de marcas de fábrica o de comercio o productos, constituyan "circunstancias" que puedan reconocerse como razones válidas de falta de uso de una marca de fábrica o de comercio. Para el Canadá, el texto no respalda la interpretación restrictiva hecha por Honduras, que limitaría de modo insostenible el alcance de la protección otorgada en virtud del párrafo 1 del artículo 19.[4755]

7.2207. China opina que, cuando el uso de una marca de fábrica o de comercio se prohíbe, su uso se "complica". Las tres exigencias especiales mencionadas en el artículo 20 no son ejemplos exhaustivos, según indica la expresión "como por ejemplo".[4756]

7.2208. La Unión Europea considera que el artículo 20 se aplica a los casos en que los Miembros de la OMC imponen exigencias equivalentes a "complicaciones" al uso de marcas de fábrica o de comercio respecto de determinados bienes y servicios que pueden comercializarse. El artículo 20 no se aplica a las restricciones a la comercialización de bienes y servicios. En el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros de la OMC han conservado su derecho soberano de prohibir o someter a condiciones la comercialización de determinados bienes y servicios. La palabra "especial" suele ser "utilizada acompañando a numerosos términos jurídicos para referirse a ejemplos o casos particulares o distintivos de la cosa, la acción o la persona de que se trate". En el artículo 20, la particularidad o el carácter distintivo de las "exigencias" han de entenderse en relación con la materia específica de esa disposición. El artículo 20 trata sobre el uso de una marca de fábrica o de comercio. Por consiguiente, el concepto de "exigencia especial" no abarca las exigencias que afectan al uso de las marcas de fábrica o de comercio pero que por lo demás no guardan relación con esas marcas y su función (por ejemplo, transmitir información que permita al público distinguir entre los bienes o servicios de diferentes empresas). Por ejemplo, la restricción absoluta de la publicidad de productos de tabaco en los medios de difusión impresos o audiovisuales no está abarcada y, por lo tanto, no estaría sujeta al criterio del artículo 20. Sin embargo, las medidas que son específicas para las marcas de fábrica o de comercio, incluidas las medidas que prohíben expresamente el uso de esas marcas en el etiquetado de los productos o en la publicidad, equivaldrían a "exigencias especiales".[4757]

[4752] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafos 40-43.

[4753] (Nota del original) Por ejemplo, la exigencia podría limitarse en su aplicación o sus efectos a una clase de marcas de fábrica o de comercio o una categoría de bienes determinados.

[4754] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 64-67.

[4755] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 12 del Grupo Especial, párrafos 25-26.

[4756] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 39.

[4757] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafos 13-17 (donde se hace referencia a *Oxford English Dictionary online*, definición de "*special*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/185972?rskey=7v9b1F&result=1#eid>, consulta realizada el 8 de abril de 2015).

7.2209. La Unión Europea mantiene que el artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC no cambia esa conclusión. El artículo 19 (titulado "Requisito de uso") se refiere, en general, a "las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes o servicios". Por otra parte, esta frase es solo un ejemplo ("como") de un obstáculo al uso de una marca de fábrica o de comercio, indicativo, por lo tanto, de que puede haber otros obstáculos a ese uso. El hecho de que el artículo 20 se titule "Otros requisitos" ha de considerarse a la luz del título del artículo 19 y su primera frase, relativa al requisito de uso de una marca de fábrica o de comercio. Esto no implica que las "exigencias especiales" del artículo 20 y los "otros requisitos oficiales" del artículo 19 sean conceptos mutuamente excluyentes.[4758] El texto del artículo 19 no establece una distinción en función de que las medidas afecten incidentalmente o directamente a las marcas de fábrica o de comercio. Por consiguiente, puede aplicarse en ambos supuestos.[4759]

7.2210. Guatemala entiende que el artículo 19 se refiere específicamente al "requisito de uso" para "mantener el registro", mientras que el artículo 20 trata sobre "otros requisitos", excluido el "requisito de uso" abordado en el artículo 19. El artículo 20 se aplica siempre que la exigencia en cuestión no sea un "requisito de uso" para "mantener el registro". Guatemala considera que el artículo 20 es aplicable a una prohibición total. En consecuencia, Guatemala sostiene que la expresión "complicará injustificablemente" abarca las prohibiciones o los "obstáculos" injustificables al uso de una marca de fábrica o de comercio. Guatemala no está convencida de que el Acuerdo sobre los ADPIC otorgue a los Miembros libertad total para imponer prohibiciones, pero no cuando imponen limitaciones al uso de las marcas de fábrica o de comercio.[4760]

7.2211. El Japón sostiene que una prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio constituye una "exigencia especial" en el sentido del artículo 20, ya que tal prohibición menoscaba la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio para distinguir sus bienes o servicios de los de otros agentes económicos. En su opinión, la interpretación propuesta por Australia daría resultados ilógicos. Las condiciones que interfieren en el uso de una marca de fábrica o de comercio, pero sin prohibirlo, se permitirían con arreglo al artículo 20 solo si tales restricciones fueran justificables. Sin embargo, con arreglo a la interpretación de Australia, la prohibición total del uso de una marca de fábrica o de comercio estaría siempre permitida sin sujeción a ninguna disciplina, a pesar de que privaría efectivamente de valor a la marca de fábrica o de comercio.[4761]

7.2212. Malawi afirma que el Acuerdo sobre los ADPIC protege "el derecho mínimo limitado a usar marcas de fábrica o de comercio registradas válidamente".[4762] En lo que respecta al artículo 20, Malawi considera que la prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio constituye la complicación suma.[4763]

7.2213. Nueva Zelandia sostiene que la expresión "exigencias especiales" ha de interpretarse de conformidad con el sentido corriente que le corresponde en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC. Y observa que cada uno de los ejemplos de la lista no exhaustiva se refiere al uso de una marca de fábrica o de comercio.[4764] Nueva Zelandia sostiene que la indicación de Honduras de que el artículo 19 sirve para proteger las marcas de fábrica o de comercio cuando resultan "incidentalmente" afectadas por medidas reglamentarias relativas a los bienes carece de base en el texto de la disposición.[4765]

7.2214. Nicaragua aduce que el artículo 20 confirma que "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" es una materia abarcada por el Acuerdo sobre los ADPIC. Es decir, el Acuerdo no se limita a tratar a las marcas de fábrica o de comercio como meros derechos negativos y protege su uso. El artículo 20 protege la función distintiva de las marcas de fábrica o de comercio. Entre las exigencias especiales impuestas al uso de una marca de fábrica o de comercio que complican ese uso figura la exigencia especial de no utilizar la marca de fábrica o de comercio en el producto destinado al comercio al por menor. Las exigencias

[4758] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 18.
[4759] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 12 del Grupo Especial, párrafo 46.
[4760] Comunicación presentada por Guatemala en calidad de tercero, párrafos 21-23.
[4761] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafos 12 y 14.
[4762] Comunicación presentada por Malawi en calidad de tercero, párrafo 18.
[4763] Declaración de Malawi en calidad de tercero, párrafo 15.
[4764] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 45 y 51.
[4765] Respuesta de Nueva Zelandia en calidad de tercero a la pregunta 12 del Grupo Especial, página 7.

reglamentarias de carácter general que pueden afectar al uso de marcas de fábrica o de comercio, tales como las restricciones de la publicidad, no están abarcadas por el artículo 20, porque no son "específicas" del uso de una marca de fábrica o de comercio, de forma que puedan considerarse exigencias "especiales".[4766] Nicaragua conviene con Honduras en que el artículo 19 se refiere especialmente a la protección frente a la anulación del registro de una marca de fábrica o de comercio por falta de uso en presencia de una prohibición o restricción de la comercialización o la colocación en el mercado de un producto para el que se ha registrado la marca de fábrica o de comercio.[4767]

7.2215. Noruega sostiene que, aunque el artículo 20 se refiere al uso de una marca de fábrica o de comercio, sus términos no imponen a los Miembros de la OMC la obligación de otorgar un "derecho de uso". El artículo 20 trata sobre la reglamentación oficial y sus límites si se usa una marca de fábrica o de comercio. Noruega coincide con la posición de Australia de que las medidas que prohíben el uso de una marca de fábrica o de comercio no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20. Observa que los tres ejemplos mencionados en el artículo 20 tratan, todos ellos, sobre *cómo* se usa una marca de fábrica o de comercio. El artículo 19 reconoce el derecho de los Miembros a imponer medidas que creen un "obstáculo" al uso de una marca de fábrica o de comercio. Una consecuencia lógica de que el artículo 19 reconozca el derecho de los Miembros a impedir el uso de una marca de fábrica o de comercio es que la expresión "exigencias especiales" utilizada en el artículo 20 no se refiere a exigencias de ese tipo, sino más bien a obligaciones impuestas en situaciones en las que no está prohibido el uso de una marca de fábrica o de comercio.[4768]

7.2216. Omán apoya las argumentaciones jurídicas y las pruebas fácticas presentadas en las comunicaciones de Australia al Grupo Especial.[4769]

7.2217. Singapur aduce que el artículo 20 no impone la obligación de permitir el uso de una marca de fábrica o de comercio. La aplicación de la regla *ejusdem generis* respalda la lectura de que la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio no está comprendida en el significado de las exigencias especiales que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio porque no se trata del mismo tipo de exigencias especiales enunciadas en el texto. Esta lectura es confirmada por la historia de la negociación del artículo 20, que, según han explicado los analistas, se orientó en la Ronda Uruguay hacia determinadas prácticas, tales como la exigencia de que las marcas de fábrica o de comercio extranjeras se utilizasen con la marca de fábrica o de comercio o el nombre comercial del concesionario local. Entre las prácticas examinadas no figuró la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio. Por esas razones, Singapur considera que los aspectos de las medidas TPP que prohíben el uso de marcas de fábrica o de comercio "no verbales" no están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 20.[4770] Singapur considera también que la segunda frase del párrafo 1 del artículo 19 no establece exhaustivamente los tipos de situaciones que pueden constituir "obstáculos al uso de una marca de fábrica o de comercio".[4771]

7.2218. Zambia afirma que las medidas TPP imponen "exigencias especiales" drásticas a las marcas verbales y prohíben por completo cualquier otro uso de las marcas y, por consiguiente, imponen la "complicación suma" al uso de las marcas de fábrica o de comercio.[4772]

7.2219. Zimbabwe considera que el derecho de uso está protegido por la legislación internacional, en particular por los artículos 16 y 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por consiguiente, Zimbabwe cree que Australia incumple sus obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC al prohibir el uso de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco. Las medidas TPP imponen la complicación suma al prohibir casi por completo a los titulares de marcas de fábrica o de comercio el uso de sus marcas registradas en productos legales.[4773]

[4766] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafos 26-27.
[4767] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 12 del Grupo Especial, página 9.
[4768] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafos 35 y 49-51; y respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 13 del Grupo Especial, párrafos 24-26.
[4769] Declaración de Omán en calidad de tercero, párrafo 4.
[4770] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 43-45.
[4771] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 12 del Grupo Especial, página 6.
[4772] Declaración de Zambia en calidad de tercero, párrafo 12.
[4773] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafos 34-35.

7.3.5.3.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2220. Como se ha expuesto más arriba, el artículo 20 se refiere a las "exigencias especiales" que "complica[n]" el uso de una marca de fábrica o de comercio, por lo que una constatación de infracción del artículo 20 conllevaría la constatación en primer lugar de que tales "exigencias especiales" existen y de que "complica[n]" el uso de una marca de fábrica o de comercio. Las partes tienen diferentes opiniones sobre el significado de esos términos en el artículo 20. En consecuencia, empezaremos por examinar esa cuestión.

Significado de "exigencias especiales"

7.2221. Como se ha indicado más arriba, las partes discrepan en cuanto a la medida en que las prohibiciones del uso de una marca de fábrica o de comercio pueden constituir "exigencias especiales" en el sentido del artículo 20. Por consiguiente, examinaremos el sentido corriente de esa expresión, tomada en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, así como el del Acuerdo sobre los ADPIC.[4774]

7.2222. El término "*requirement*" (exigencia) se refiere a *"[s]omething called for or demanded; a condition which must be complied with*" (algo que se pide o demanda; una condición que ha de cumplirse).[4775] Este término se ha interpretado en el contexto de otros acuerdos abarcados. Por ejemplo, en el contexto de un análisis del párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF, el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* "[o]bserv[ó] que el término '*requirements*' ('prescripciones') es de alcance amplio": "[p]or ejemplo, tanto la autorización para comercializar determinado producto como la prohibición de comercializarlo pueden considerarse 'prescripciones', por cuanto la primera es efectivamente una prescripción para que se permita la comercialización del producto y la segunda es una prescripción para que se prohíba".[4776] Estamos de acuerdo con ese Grupo Especial en que el sentido llano del término "*requirement*" ("exigencia") no implica que se permita cierta acción o conducta, excluyéndose la prohibición o proscripción de determinadas acciones. A continuación examinaremos el contexto específico en que se usa el término.

7.2223. En el artículo 20, el objeto específico del término "*requirements*" (exigencias) es el "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales". El término "exigencias" se califica con el adjetivo "especiales". El uso del término "*special*" (especiales) indica dos connotaciones pertinentes. La primera es "*[h]aving a close or exclusive connection with a specified person, thing, or set; own, particular, individual*" (que tiene una relación estrecha o exclusiva con determinada persona, cosa o conjunto; propio, particular, individual); "*specific, individual, or particular to the specified person, thing, or set*" (específico, individual o particular de determinada persona, cosa o conjunto); o "*[h]aving an individual, particular, or limited application, object, or intention; affecting or concerning a single person, thing, group*" (que tiene una aplicación, un objeto o una intención determinados, particulares o limitados; que afecta o interesa a una sola persona, cosa o grupo).[4777] La segunda connotación se refiere al hecho de ser "*[e]xceptional in quality or degree; unusual; out of the ordinary*" (excepcional en calidad o grado; inusual; fuera de lo ordinario).[4778] Todas las partes se refieren al informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, en el que el Grupo Especial consideró el significado de la expresión "casos especiales" en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, que se refiere a las limitaciones y excepciones impuestas

---

[4774] Véase, por ejemplo, el párrafo 7.1822 *supra.*

[4775] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*requirement*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/163260?redirectedFrom=requirement#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4776] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1334. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.433; y *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.424.

[4777] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*special*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/185972?rskey=j7u0X4&result=1#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4778] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*special*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/185972?rskey=j7u0X4&result=1#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

a los derechos exclusivos en relación con el derecho de autor.[4779] El Grupo Especial explicó en ese contexto que "[e]l término 'especial' significa 'que tiene una aplicación o propósito individual o limitado', 'que contiene detalles; precisos, específicos', 'excepcional en calidad o en grado; inusual; fuera de lo ordinario' o 'característico de alguna manera'".[4780]

7.2224. En nuestra opinión, el sentido corriente del término "especiales" permite deducir que las "exigencias" pertinentes en el marco del artículo 20 tienen aplicación limitada. Las "exigencias" a las que se hace referencia deben tener "una relación estrecha o exclusiva" con su objeto específico, a saber, en el contexto del artículo 20, el "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales".

7.2225. Australia sostiene que si la legislación interna prohíbe el "uso" de ciertas marcas de fábrica o de comercio por completo, esas marcas no están siendo "us[adas] ... en el curso de operaciones comerciales" y, por lo tanto, el artículo 20 no es aplicable. En apoyo de su posición, Australia señala que todos los ejemplos de "exigencias especiales" contenidos en las frases primera y segunda del artículo 20 se refieren a la forma en que una marca de fábrica o de comercio puede usarse cuando se utiliza, no al hecho de si puede o no usarse. Las tres situaciones específicas a las que hace referencia la primera frase son las siguientes: el uso con otra marca de fábrica o de comercio; el uso en una forma especial; y el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. La segunda frase se refiere al uso de la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa, que no está impedido.

7.2226. Los ejemplos introducidos mediante la expresión "como por ejemplo" en la primera frase del artículo 20 pueden facilitar nuestra comprensión del ámbito de aplicación del artículo 20, ya que son ilustrativos de situaciones en las que se imponen exigencias especiales en relación con el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales que están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20.[4781] Observamos que la expresión "como por ejemplo" se halla inmediatamente después de la expresión "exigencias especiales", lo que es indicativo de que la enumeración que sigue se refiere a ejemplos de "exigencias especiales".[4782] Aunque, a juzgar por sus términos, esos tres ejemplos parecen estar relacionados con situaciones en las que una marca de fábrica o de comercio puede usarse, con sujeción a ciertas condiciones, esa lista, precedida de la expresión "como por ejemplo", es ilustrativa. Entendemos, por consiguiente, que ello no implica que otros tipos de exigencias, incluida una exigencia equivalente a una *prohibición* del uso, estén excluidos del ámbito de aplicación del artículo 20.

7.2227. De modo similar, el hecho de que la segunda frase del artículo 20 se refiera expresamente a una situación específica, sin relación con la prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio, como situación "no impedida" no implica, en nuestra opinión, que los términos de la primera frase no abarquen las situaciones en las que el uso de una marca de fábrica o de comercio *esté* impedido por completo.

7.2228. Como se ha descrito más arriba, las partes se han referido también al título y al texto del artículo 19 como contexto pertinente para apoyar sus respectivas posiciones. El artículo 19 se

[4779] El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, relativo al derecho de autor, dispone lo siguiente: "Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos."

[4780] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, párrafo 6.109. Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 278; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, nota 289; la primera comunicación escrita de Cuba, nota 388; la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 250; y la primera comunicación escrita de Australia, nota 529.

[4781] En la sección 7.3.5.5.2.4 *infra* examinaremos las opiniones de las partes acerca de si se presumen que las complicaciones abarcadas por la lista ilustrativa son injustificables.

[4782] Según lo indicado por la República Dominicana y el Canadá, en la versión en francés, la expresión "*telles que*" en plural se refiere a "*des prescriptions spéciales*". Véanse la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 39 del Grupo Especial, párrafo 157; y la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 69-72. En el texto en francés, la primera frase del artículo 20 es del siguiente tenor: "*L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales*, *telles que l'usage simultané d'une autre marque*, *l'usage sous une forme spéciale*, *ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises*." La expresión en español es "como por ejemplo".

titula "Requisito de uso", mientras que el artículo 20 se titula "Otros requisitos". El requisito previsto en el artículo 19 consiste en que, en el marco de la legislación interna, pueda exigirse que una marca de fábrica o de comercio sea usada como condición para mantener su registro. El título "Otros requisitos" del artículo 20 se refiere, evidentemente, a algo distinto del requisito de uso previsto en el artículo 19.

7.2229. Australia sostiene que la segunda frase del artículo 19 contempla la posibilidad de que el uso de las marcas de fábrica o de comercio se prohíba en virtud de "requisitos oficiales", lo que, en su opinión, implica que el artículo 20 se refiere a "exigencias especiales" aplicables al uso de marcas de fábrica o de comercio cuando los "requisitos oficiales" no prohíben tal uso de otro modo.[4783] Honduras responde que la segunda frase del artículo 19 solo prevé situaciones en las que las marcas de fábrica o de comercio se ven incidentalmente afectadas por medidas de reglamentación de los bienes.[4784]

7.2230. La segunda frase del artículo 19 dispone que "[s]e reconocerán como razones válidas de falta de uso las circunstancias que surjan independientemente de la voluntad del titular de la marca y que constituyan un obstáculo al uso de la misma, como las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes o servicios protegidos por la marca". Observamos que esa frase no hace distinción entre los requisitos oficiales según afecten a las marcas de fábrica o de comercio incidentalmente o directamente. Además, en nuestra opinión, los "requisitos oficiales" mencionados en la segunda frase del artículo 19 y las "exigencias especiales" a las que se hace referencia en el artículo 20 no son conceptos mutuamente excluyentes. El hecho de que el artículo 19 prevea la existencia de una medida oficial que impida el uso de una marca de fábrica o de comercio y regule las consecuencias de tal medida a efectos del mantenimiento del registro basado en el uso no aclara, como tal, la cuestión de si esa medida equivaldría a una exigencia especial que afecta al uso de una marca de fábrica o de comercio y estaría sujeta a las disciplinas del artículo 20. Habida cuenta de esos elementos, no estamos convencidos de que el artículo 19 apoye la tesis de que las "exigencias especiales" mencionadas en el artículo 20 limitan su alcance a las situaciones en las que se permite el uso de la marca de fábrica o de comercio pertinente.

7.2231. Los elementos anteriores dan a entender que la expresión "exigencias especiales" se refiere a una condición que ha de cumplirse, guarda estrecha relación con el "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" aborda específicamente ese uso, y es limitada en su aplicación. Lo cual puede comprender una exigencia de no hacer algo, en particular la prohibición de usar una marca de fábrica o de comercio.

7.2232. Para los reclamantes, la cuestión pertinente no es si una marca de fábrica o de comercio está siendo usada, sino más bien si su uso está siendo complicado.[4785] Convenimos en que la cuestión pertinente, a los efectos de determinar si cabe considerar que las "exigencias especiales" "complican el uso de una marca de fábrica o de comercio", no es si la marca de fábrica o de comercio está *siendo* usada, sino más bien si su uso está siendo *complicado* por las "exigencias especiales" de que se trate. A continuación examinaremos el significado del término "complicar", que también aporta nuevo contexto válido para nuestra comprensión de la expresión "exigencias especiales".

7.2233. Antes de pasar a examinar esa cuestión, tomamos nota de que todas las partes coinciden, aunque por diferentes razones, en que una medida reglamentaria de carácter general, como por ejemplo una prohibición de la publicidad, no estaría abarcada por las disciplinas del artículo 20.[4786] Los reclamantes y algunos terceros han llegado a esa conclusión basándose en que tales medidas reglamentarias de carácter general no son "exigencias *especiales*", ya que no se refieren específicamente a las condiciones impuestas al uso de una marca de fábrica o de comercio; en su opinión, las prescripciones reglamentarias que afectan incidentalmente al uso de una marca de fábrica o de comercio, pero no guardan relación con la marca y sus funciones, no son "exigencias especiales" a los efectos del artículo 20.[4787] Australia y algunos terceros llegan a la

[4783] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 341.
[4784] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 285.
[4785] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 102.
[4786] Véase la sección 7.3.5.3.1.1 *supra.*
[4787] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 295; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 108 y 110; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 75-77; segunda

misma conclusión basándose en que las prohibiciones del uso de marcas de fábrica o de comercio no están abarcadas por el artículo 20.[4788] Aunque tomamos nota de esas posiciones, no consideramos necesario para los fines de las presentes diferencias adoptar una posición sobre el grado en que cualquier medida concreta no sometida a nuestra consideración en estos procedimientos puede o no estar cubierta por esa disposición. En particular, nada en nuestras constataciones debe entenderse como indicativo de que el tipo de uso de las marcas de fábrica o de comercio que pueda resultar afectado por las medidas comprendidas en el ámbito del artículo 20 se limita necesariamente al uso en forma de aplicación de una marca de fábrica o de comercio a un producto ofrecido para la venta.

Significado de "complicar"

7.2234. De conformidad con los términos del artículo 20, las "exigencias especiales" pueden dar lugar a una infracción de esa disposición solo si "*complican*" el "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales". Por consiguiente, el término "complicar" informa la relación que debe existir entre las "exigencias especiales" de que se trate y el "uso de una marca de fábrica o de comercio", para los fines del artículo 20. En concreto, el término "complicará" define el tipo de situación en la que una "exigencia especial" que afecte al "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" queda comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 20. Si las "exigencias especiales" no "complican" el "uso de una marca de fábrica o de comercio", no habrá infracción de esa disposición.[4789]

7.2235. El verbo "*encumber*" (complicar) se define del modo siguiente: "*[r]estrict or impede (someone or something) in such a way that free action or movement is difficult*" (restringir u obstaculizar (a alguien o algo) de tal forma que se dificulta la libertad de acción o de movimientos)[4790]; "*impede or hamper the function or activity*" (obstaculizar o estorbar la función o actividad)[4791]; y "*to hamper*" (estorbar) o "*to burden*" (cargar).[4792] Entre los sinónimos de ese término figuran "*hamper*" (estorbar), "*hinder*" (dificultar), "*obstruct*" (obstruir), "*limit*" (limitar) o "*restrain*" (restringir).[4793] En consecuencia, las "exigencias especiales" que restrinjan u obstaculicen el uso de una marca de fábrica o de comercio estarían comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20, en la medida en que restrinjan ese uso "en el curso de operaciones comerciales".

7.2236. Sin perjuicio, en esta etapa de nuestro análisis, del significado que se atribuya a la frase "en el curso de operaciones comerciales" en el artículo 20, no creemos que haya base para dar por hecho que una "exigencia especial" que prohíba totalmente el uso de una marca de fábrica o de comercio no "dificulta" o "estorba" el uso de esa marca. Más bien, si se prohíbe el uso de una marca de fábrica o de comercio, ese uso se "complica" en la mayor medida posible. Por lo tanto, no estamos convencidos de que los términos del artículo 20 impliquen que solo las "exigencias especiales" que determinan *cómo* puede usarse una marca de fábrica o de comercio, con exclusión de las exigencias especiales que vedan totalmente el uso de una marca de fábrica o de comercio, puedan ser consideradas como exigencias que "complican el uso" de tal marca.

7.2237. Aunque se refiere a términos que difieren parcialmente en distintos contextos, este entendimiento es compatible con el enfoque reflejado en las resoluciones en el marco del

---

comunicación escrita de Indonesia, párrafos 126-127; comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 16; y comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 27.

[4788] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 343 y 345; y comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 64.

[4789] Además, para que haya infracción del artículo 20, el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales ha de complicarse mediante exigencias especiales "injustificablemente". En la sección 7.3.5.5.1 *infra* examinaremos el significado del término "injustificablemente".

[4790] *Oxford Dictionaries on line*, British & World English, definición de "*encumber*", disponible en: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/encumber>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4791] *Merriam-Webster Dictionary online*, definición de "encumber", disponible en: <www.merriam-webster.com/dictionary/encumber>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4792] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*encumber*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/61832?rskey=9GoJbi&result=2&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[4793] *Oxford Dictionaries online*, sinónimos en inglés, sinónimos de "*encumber*", disponible en: <https://en.oxforddictionaries.com/thesaurus/encumber>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

Acuerdo MSF mencionadas más arriba[4794], y en la resoluciones adoptadas en el marco del AGCS, en las que una prohibición del acceso a los mercados se consideró equivalente a una limitación cuantitativa con arreglo al artículo XVI del AGCS.[4795]

7.2238. Asimismo, estamos de acuerdo con los reclamantes y los terceros que sostienen que sería "ilógico" considerar que una medida que restringe el uso de una marca de fábrica o de comercio estaría sujeta a las disciplinas del artículo 20, mientras que una medida de mayor alcance que prohíbe tal uso no lo estaría. En concreto, tal interpretación anularía, a nuestro entender, el objeto mismo de esa disposición, y crearía una distinción ilógica entre una exigencia muy restrictiva y similar en extremo a una prohibición absoluta, que debería justificarse, y una prohibición absoluta del uso, que no requeriría justificación con arreglo a esa interpretación.

7.2239. Por consiguiente, a nuestro entender, las complicaciones creadas por exigencias especiales en el sentido del artículo 20 pueden abarcar desde complicaciones limitadas, tales como la resultantes de los tipos específicos de exigencias mencionados en las frases primera y segunda del artículo 20, hasta complicaciones de mayor alcance, tales como la prohibición de usar una marca de fábrica o de comercio en determinadas situaciones.

7.3.5.3.2 Aplicación a las medidas TPP

7.2240. Según se ha descrito con mayor detalle más arriba[4796], las medidas TPP regulan el aspecto de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco de diversas formas. En lo que respecta al empaquetado de productos de tabaco para la venta al por menor, las medidas TPP permiten el uso de marcas verbales que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, siempre que esas marcas de fábrica o de comercio se presenten en la forma prescrita por el Reglamento TPP. En cambio, prohíben el uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas.[4797] En lo que respecta a los productos de tabaco, las medidas TPP prohíben el uso de todas las marcas de fábrica o de comercio en los cigarrillos. En cuanto a los cigarros (puros), las medidas TPP permiten el uso de marcas de fábrica o de comercio que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, así como el país de origen, siempre que esas marcas de fábrica o de comercio se presenten en la forma prescrita por el Reglamento TPP.

7.2241. Según se ha indicado, todas las partes están de acuerdo en que las medidas TPP imponen "exigencias especiales" respecto de las marcas verbales, en tanto en cuanto permiten el uso de marcas verbales, pero exigen que esas marcas se presenten en la forma prescrita por el Reglamento TPP.[4798] Esas exigencias tienen relación con el uso de las marcas de fábrica o de comercio y afectan a ese uso al permitirlo expresamente solo de la manera prescrita. Las medidas han de cumplirse y se limitan en su aplicación al uso de marcas de fábrica o de comercio en los productos del tabaco y su empaquetado. Por consiguiente, constatamos que las exigencias impuestas por las medidas TPP por las que se permite el uso de marcas verbales en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y en los cigarros solo en la forma prescrita constituyen "exigencias especiales" en el sentido del artículo 20. Asimismo, tomamos nota de que esas exigencias, que prescriben el uso de una marca verbal sin elementos estilizados y en un tipo de letra y color únicos y normalizados, constituyen un "uso en una forma especial" en el sentido del segundo ejemplo de la lista ilustrativa incluida en la primera frase del artículo 20, habida cuenta de que el uso de una marca verbal abarca generalmente el uso en una amplia diversidad de posibles tipos de letra, tamaños, colores y ubicaciones.

7.2242. Tampoco se discute que esas exigencias "complican" el uso de las marcas de fábrica o de comercio afectadas, ya que restringen la manera en que las marcas en litigio pueden exhibirse en

[4794] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 280-281 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*; *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*; y *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*).

[4795] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 286 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de azar*, *párrafos* 6.331-6.332; y al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, *párrafos* 232-238).

[4796] Véanse las secciones 2.1.2.3.3 y 2.1.2.4 *supra.*

[4797] En la nota 4095 *supra* se ofrece una explicación de la terminología utilizada en esos informes para los diferentes tipos de marcas de fábrica o de comercio.

[4798] Véase la sección 7.3.5.3.1.1 *supra.*

los productos pertinentes y su empaquetado. Por consiguiente, estamos de acuerdo con las partes en que esas medidas que afectan a las marcas verbales equivalen a "exigencias especiales" que "complican" el uso de las marcas de fábrica o de comercio.

7.2243. En nuestra opinión, la prohibición del uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco en virtud de las medidas TPP equivale también a "exigencias especiales". Esa prohibición ha de cumplirse, guarda estrecha relación con el uso de las marcas de fábrica o de comercio y se refiere específicamente a ese uso, y se limita en su aplicación al uso de marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco. Asimismo, observamos que, en lo que respecta a una marca verbal estilizada o una marca compuesta, esas exigencias solo permiten el uso del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, que sean parte de esa marca, y por consiguiente imponen el "uso en una forma especial" en el sentido del segundo ejemplo de la lista ilustrativa incluida en la primera frase del artículo 20.

7.2244. Esas exigencias especiales respecto del uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas también "complican" el "uso" de las marcas de fábrica o de comercio pertinentes, ya que prohíben expresamente y, por lo tanto, dificultan y obstruyen tal uso en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos.

7.2245. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que las medidas TPP, en tanto en cuanto restringen el uso de las marcas verbales a ciertas formas prescritas por el Reglamento TPP y prohíben el uso de las marcas verbales estilizadas, las marcas compuestas y las marcas figurativas en las situaciones especificadas, equivalen a "exigencias especiales" que "complican" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el sentido del artículo 20. Estas determinaciones se entienden sin perjuicio para la cuestión de si esas exigencias especiales complican el uso "en el curso de operaciones comerciales" o lo hacen "injustificablemente".

7.3.5.4 La cuestión de si las exigencias especiales impuestas por las medidas TPP complican el "uso de una marca de fábrica o de comercio" "en el curso de operaciones comerciales"

7.2246. Los reclamantes sostienen que las prescripciones de las medidas TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio complican el uso de las marcas "en el curso de operaciones comerciales" en el sentido del artículo 20. Australia considera que no lo hacen. Las opiniones divergentes de las partes a ese respecto se basan en gran medida en sus diferentes interpretaciones de la expresión "en el curso de operaciones comerciales" y sus diferentes modos de entender lo que constituye el "uso" pertinente de una marca de fábrica o de comercio a los efectos del artículo 20.

7.2247. Por consiguiente, examinaremos en primer lugar el significado de la expresión "en el curso de operaciones comerciales" y lo que puede considerarse "uso" pertinente de una marca de fábrica o de comercio en el marco del artículo 20, antes de pasar a examinar la cuestión de si las medidas TPP complican "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales".

7.3.5.4.1 Significado de la expresión "en el curso de operaciones comerciales"

7.3.5.4.1.1 Principales argumentos de las partes

7.2248. Honduras hace referencia a su interpretación de la expresión "en el curso de operaciones comerciales" en el contexto del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4799] En ese contexto, Honduras argumenta que debe entenderse que la expresión "*in the course of trade*" en el curso de operaciones comerciales representa todas las actividades relacionadas o vinculadas con el comercio. El sentido corriente del término "*trade*" es *"[t]he action of buying and selling goods and services*" (acción de comprar y vender bienes y servicios); y "*the activity or process of buying, selling, or exchanging goods or services*" (actividad o proceso de compra, venta o intercambio de bienes o servicios). El término "*course*" significa "*[t]he way in which something progresses or*

[4799] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 287.

develops" (forma de progresar o desarrollarse algo). Es decir, la expresión "curso de operaciones comerciales" se refiere a la manera en que la acción de comprar o vender bienes se produce, "progresa" o "se desarrolla". Dicho de otro modo, la frase "curso de operaciones comerciales" representa todas las actividades que tienen conexión o relación con el comercio, incluidas, por ejemplo, las de transporte, distribución, exhibición, venta, uso y publicidad.[4800] En su respuesta a Australia, Honduras aduce que no hay base en el sentido corriente del artículo 20 en sus versiones inglesa, española o francesa para deducir que la expresión "en el curso de operaciones comerciales" se refiere únicamente al punto de venta.[4801]

7.2249. La República Dominicana sostiene que la expresión "el curso de operaciones comerciales" comprende la sucesión de actividades de producción, suministro, distribución, venta y entrega de bienes y prestación de servicios para fines comerciales. En el artículo 20, la expresión se refiere al uso de una marca de fábrica o de comercio como parte de actividades comerciales, tales como la venta comercial de bienes. La marca de fábrica o de comercio se aplica al empaquetado y al artículo para facilitar al consumidor importante información comercial acerca de la calidad, las características y la reputación del producto. La marca de fábrica o de comercio sigue facilitando esa información al consumidor y cumpliendo su función diferenciadora después de producirse la venta. A partir de entonces, el uso de la marca de fábrica o de comercio forma parte de una relación comercial continua entre el productor y el consumidor; además, las marcas de fábrica o de comercio sirven de garantía continua de la calidad, las características y la reputación del producto con miras a posibles compras ulteriores.[4802] La República Dominicana invoca como contexto pertinente el párrafo 1) de la sección C del artículo 5 y el párrafo 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París.[4803]

7.2250. Cuba sostiene que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio afectan al uso de esas marcas en un contexto comercial: las marcas de fábrica o de comercio se emplean para distinguir los productos de tabaco a los ojos de los consumidores y los agentes comerciales, y son pertinentes para las decisiones de compra y venta que adopten esos agentes. En consecuencia, las complicaciones y las exigencias especiales en cuestión se refieren al uso de las marcas de fábrica o de comercio en "el curso de operaciones comerciales".[4804]

7.2251. Indonesia aduce que la frase "en el curso de operaciones comerciales" apareció en la versión final del artículo 20, que los textos anteriores se habían referido al uso de una marca de fábrica o de comercio "en el comercio", y que los dos conceptos se consideran sinónimos. Observa que la expresión "en el curso de operaciones comerciales" se utiliza también en el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4805] En su opinión, "en el curso de operaciones comerciales" se refiere a actividades llevadas a cabo en un contexto comercial, en contraposición al uso privado, y no finaliza en el punto de venta. Se entiende que la expresión abarca una gama de actividades comerciales, con inclusión de "todo acto u operación que tenga por objetivo, directa o indirectamente, la compra y venta de productos o servicios de forma profesional, o que sea resultado, directa o indirectamente, de tales compra y venta".[4806]

7.2252. Australia aduce que la expresión "en el curso de operaciones comerciales" se refiere a actos realizados durante la compra y la venta de bienes para obtener un beneficio. Por lo tanto, la expresión "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" se refiere al acto de emplear o aplicar una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas durante la venta de bienes o servicios. En opinión de Australia, una complicación solo es pertinente a los efectos del artículo 20 en la medida en que complica el uso de una marca de fábrica o de comercio mientras el producto objeto de la marca se mantiene en el curso de operaciones comerciales, que necesariamente culmina en el punto de venta. Por consiguiente, en tanto en cuanto una medida pudiera afectar a

[4800] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 223 (donde se hace referencia a *Oxford Dictionaries online*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-31), definiciones de "*trade*" y "*course*"; y el *Merriam-Webster Dictionary onlin*e, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-48), definición de "*trade*").

[4801] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 302.

[4802] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 129 y 133.

[4803] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 134-138.

[4804] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 311-312.

[4805] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 270.

[4806] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 144 (donde se cita a Carvalho, tercera edición, fragmentos presentados por Indonesias (Prueba documental IDN-106), párrafo 16.7).

la forma en que los consumidores u otros perciban una marca de fábrica o de comercio más allá del punto de venta, ese efecto no tendría relación con el uso de la marca "en el curso de operaciones comerciales" y quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 20. Tal efecto no formaría parte de una complicación que pudiera evaluarse para establecer su compatibilidad con el artículo 20.[4807]

7.2253. Australia sostiene que la complicación pertinente con arreglo a la primera frase del artículo 20 es la complicación (si la hubiere) derivada de las exigencias especiales impuestas por la medida en cuestión. Si el Miembro demandado mantiene otras leyes o reglamentos que afectan a la forma en que una marca de fábrica o de comercio puede utilizarse para distinguir los bienes o servicios en el curso de operaciones comerciales, los efectos de esas otras medidas no han de atribuirse a las "exigencias especiales" concretas que son objeto de la alegación al amparo del artículo 20.[4808]

7.2254. Honduras argumenta que, con arreglo al artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, el titular de una marca de fábrica o de comercio tiene derecho de impedir que terceros no autorizados utilicen, "*in the course of trade*" (en el curso de operaciones comerciales) y para bienes similares, un signo similar que dé lugar a confusión. Ello permite al titular de una marca de fábrica o de comercio oponerse al uso de tales signos en cualquier contexto comercial. Es obvio que los derechos conferidos por el artículo 16 no se limitan al punto de venta. De modo similar, el párrafo 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París, que se incorpora al Acuerdo sobre los ADPIC a través del párrafo 1 de su artículo 2, utiliza también la expresión "*in the course of trade*" (en el ejercicio del comercio) de modo general.[4809] Ninguno de los ejemplos de "exigencias especiales" enunciados en el artículo 20 limita al punto de venta las exigencias especiales que complican el uso. Más bien son ejemplos generales de cualquier cosa que reduzca el carácter distintivo de la marca.[4810] La función distintiva de las marcas de fábrica o de comercio no se limita al punto de venta, sino que empieza mucho antes y continúa mucho después de ese punto.[4811] Por otra parte, Honduras sostiene que la indicación de Australia de que, después del punto de venta, la marca de fábrica o de comercio no cumple su función "neutral" de distinción, sino que se utiliza únicamente para atraer, inducir y confundir al consumidor, es errónea.[4812]

7.2255. En respuesta a Australia, Cuba aduce que no existe ninguna base conforme al significado ordinario de las palabras que sugiera que el término "en el transcurso de la actividad comercial" solamente se refiere al punto de venta. Este término también es utilizado en el artículo 16.1 del Acuerdo sobre los ADPIC y el apartado 3 del artículo 10bis de la Convención de París en su más amplio sentido comercial. Cuba añade que "la sugerencia de Australia de que después del punto de venta la marca de fábrica ya no desempeña su función 'neutral' distintiva sino que solamente es utilizada para atraer, manipular y desorientar al consumidor es fundamentalmente errónea ... Las Marcas de Fábrica pueden tener muchas funciones diferentes en distintos contextos, pero su función principal es y sigue siendo la de indicar la fuente del producto y la de diferenciar productos".[4813]

7.3.5.4.1.2 Principales argumentos de los terceros

7.2256. El Brasil aduce que la expresión "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" que figura en el artículo 20 se entiende mejor en contraste con los usos de una marca que no conciernen a la OMC, tales como el uso en membretes, materiales de promoción y anuncios, o incluso en el marco de contratos de patrocinio. Leída conjuntamente con el artículo 15, esa expresión parece restringir el alcance de la disposición a la situación en la que las marcas de fábrica o de comercio se aplican a los bienes o servicios con objeto de distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otras empresas. El significado de esa expresión no

[4807] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 348-349.
[4808] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 351.
[4809] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 303.
[4810] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 304.
[4811] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 316.
[4812] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 318.
[4813] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 80-85.

depende del momento en que los consumidores entren realmente en contacto directo con los productos y sus marcas de fábrica o de comercio ni de si llegan a hacerlo.[4814]

7.2257. China opina que Australia lee la expresión "en el curso de operaciones comerciales" de modo excesivamente restrictivo. Al tiempo que observa que la misma expresión se utiliza también en el párrafo 1 del artículo 16 y en el párrafo 8 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, y en el párrafo 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París, China considera más convincente interpretarla como "en el comercio o en actividades comerciales, en un sentido más amplio".[4815]

7.2258. La Unión Europea considera que la lectura que hace Australia de la expresión "en el curso de operaciones comerciales" es demasiado restrictiva. Por ejemplo, la Unión Europea cree que esa expresión abarca también el uso de marcas de fábrica o de comercio en la publicidad o los catálogos. En general, la marca ha de utilizarse pública y externamente en el contexto de actividades comerciales de carácter lucrativo con objeto de asegurar un mercado a los bienes y servicios que representa. Pero el uso externo no supone necesariamente un uso destinado a los consumidores finales: por ejemplo, el uso "en el curso de operaciones comerciales" comprende también el uso de la marca de fábrica o de comercio orientado a los intermediarios o los distribuidores. El criterio pertinente consiste en determinar si los propios bienes o servicios de que se trate se identifican y ofrecen en el mercado al amparo de la marca de fábrica o de comercio. No es necesario que la marca se exhiba en los bienes propiamente dichos. Una representación de la marca en el empaquetado, los catálogos, el material publicitario o las facturas relativos a los bienes y servicios en cuestión constituye un caso de uso genuino de la marca en el curso de operaciones comerciales. Sin embargo, el uso en la esfera privada o totalmente interno dentro de una empresa o un grupo de empresas no constituye un uso genuino, a diferencia del uso público o externo.[4816]

7.2259. Nueva Zelandia sostiene que la expresión "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" se refiere al acto de emplear o aplicar una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas durante la venta de esos bienes o servicios. El "curso de operaciones comerciales" termina en el punto de venta. El uso que habrá de evaluarse es el uso de una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otras empresas mientras se hallan en el curso de operaciones comerciales. La evaluación de la complicación pertinente ha de tener en cuenta las demás leyes y reglamentos del Miembro demandado que afecten a la forma en que una marca de fábrica o de comercio puede utilizarse en el curso de operaciones comerciales.[4817]

7.3.5.4.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2260. Según hemos expuesto más arriba, Australia considera que la expresión "*in the course of trade*" (en el curso de operaciones comerciales) se refiere a actos llevados a cabo durante la compra y la venta de bienes para la obtención de un beneficio, proceso que "culmina" en el punto de venta. Como también hemos expuesto más arriba, los reclamantes, a su vez, consideran que esa expresión tiene un sentido más general y abarca todas las actividades relacionadas con la actividad comercial.

7.2261. El significado ordinario del término "*trade*" se refiere a "*[t]he action of buying and selling goods and services*" (acción de comprar y vender bienes y servicios).[4818] La expresión "*in the course of*" significa "*in the process of, during the progress of*" (en el proceso de, en el transcurso de").[4819] En nuestra opinión, considerando esos términos conjuntamente, la expresión "*in the course of trade*" no se limita, tal como está formulada, a "operaciones comerciales" entendidas como "comprar y vender", sino que abarca más ampliamente el proceso relacionado con las actividades comerciales. La expresión correspondiente en español "el curso de operaciones

[4814] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafos 45-47.
[4815] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 43.
[4816] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 23.
[4817] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 54 y 56.
[4818] *Oxford Dictionaries online*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-31), definición de "*trade*".
[4819] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*in the course of*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/43183?rskey=AUb1lV&result=1#eid8126812>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

comerciales" y en francés "*au cours d'opérations commerciales*" connotan también un significado que se refiere más ampliamente a las actividades comerciales.

7.2262. Tomamos nota de que la expresión "*in the course of trade*" (en el curso de operaciones comerciales), además de utilizarse en el artículo 20, figura en otras dos disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que se invocan en alegaciones separadas en estos procedimientos, a saber, el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París de 1967 (en el que se tradujo por "en el ejercicio del comercio"), así como el párrafo 8 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 3) 2) del artículo 10*bis* del Convenio de París de 1967 (en el que se tradujo por "en el ejercicio del comercio"). El Órgano de Apelación subrayó, en el asunto *Corea - Productos lácteos*, que, "[a] la luz del principio de efectividad, el intérprete de un tratado está *obligado* a interpretar todas las disposiciones aplicables de un tratado en una forma que dé sentido a *todas* ellas, armoniosamente".[4820] Para que una interpretación resulte armoniosa es necesario presumir que los términos iguales o similares de disposiciones diferentes del mismo acuerdo tienen un significado igual o similar, del mismo modo que el uso de términos diferentes crea una presunción de que se tenía la intención de que esos términos tuvieran significados diferentes. Observamos que ninguna de esas otras disposiciones define el concepto de "curso de operaciones comerciales" con referencia específica al "punto de venta", ni hace distinción entre situaciones de "preventa" y de "posventa" a esos efectos.[4821]

7.2263. Esto significa que al menos algunas actividades comerciales que tienen lugar después de la venta al por menor están abarcadas por la expresión "en el curso de operaciones comerciales". De hecho, tanto los reclamantes como Australia han hecho referencia a ciertas funciones comerciales que las marcas de fábrica o de comercio siguen desempeñando tras el acto de la venta. La República Dominicana destaca que la marca de fábrica o de comercio sigue proporcionando al consumidor información comercial acerca de la calidad, las características y la reputación del producto, y desempeñando una función diferenciadora, después de ejecutarse la venta.[4822] Australia afirma que es algo bien establecido que, además de distinguir a los bienes de una empresa de los de otra empresa en el curso de operaciones comerciales, las marcas de fábrica o de comercio cumplen una función publicitaria[4823], que puede continuar después de la venta.[4824] No vemos razones para suponer que esas funciones comerciales que las marcas de fábrica o de comercio pueden seguir cumpliendo después de la venta al por menor quedan fuera del ámbito de las actividades comerciales abarcadas por la expresión "en el curso de operaciones comerciales".

[4820] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 81 (las cursivas figuran en el original). En el asunto *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, el Órgano de Apelación observó que "el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC es idéntico en terminología y estructura al párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping, salvo la referencia a subvención en lugar de dumping. Respaldamos la afirmación del Canadá de que '[e]l carácter idéntico de la redacción genera una sólida presunción interpretativa de que las dos disposiciones establecen la misma obligación o prohibición'". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 268.

[4821] Recordamos que en el párrafo 7.1978 *supra* hemos constatado que el párrafo 1 del artículo 16 no establece un derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio a usar su marca registrada, pero prevé el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio de impedir ciertas actividades de partes no autorizadas en determinadas condiciones, incluida la de que esas actividades tengan lugar "en el curso de operaciones comerciales". Observamos que el párrafo 2 de ese artículo menciona, como factor que ha de tenerse en cuenta para determinar si una marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida, "la promoción de dicha marca". En nuestra opinión, esa referencia a "la promoción de dicha marca" indica que los redactores consideraron que tal promoción figura entre las formas normales por las que puede optar el titular de una marca de fábrica o de comercio para usar su marca en el mercado. No vemos las razones por las que el derecho exclusivo de impedir establecido en el párrafo 1, condicionado por la expresión "en el curso de operaciones comerciales", no abarcaría las actividades comerciales comunes mencionadas en el párrafo 2. A nuestro entender, esto parece indicar también que el derecho exclusivo de impedir conferido por el párrafo 1 del artículo 16 se extiende más allá del acto de vender y comprar y abarca de modo más general las actividades comerciales relacionadas con la comercialización de los bienes o servicios respecto de los cuales se protege la marca de fábrica o de comercio. Lo que, a su vez, apoyaría la interpretación de que la misma expresión utilizada en el artículo 20 también abarca tales actividades.

[4822] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 133.

[4823] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 85.

[4824] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 358.

7.2264. Habida cuenta de lo anterior, no consideramos que haya base en el texto del artículo 20 o en su contexto para afirmar que "en el curso de operaciones comerciales" culmina o finaliza en el punto de venta.[4825]

7.3.5.4.2 El "uso [pertinente] de una marca de fábrica o de comercio"

7.3.5.4.2.1 Principales argumentos de las partes

7.2265. Australia sostiene que, con miras a determinar si exigencias especiales "complican" el "uso" de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales", el "uso" que ha de evaluarse es el uso de una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otras empresas. En la medida en que las exigencias especiales compliquen el "uso" de una marca de fábrica o de comercio para otros fines (por ejemplo, para transmitir asociaciones emocionales positivas con un producto o atraer a determinados segmentos de consumidores), esos "usos" no son pertinentes en el marco del artículo 20.[4826]

7.2266. Australia llega a esa conclusión a partir de la definición de "materia objeto de protección" establecida en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, que dispone que "[p]odrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". Para demostrar con arreglo al artículo 20 que una medida complica el "uso" de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, un reclamante habrá de demostrar que la medida complica el uso de la marca de fábrica o de comercio para "distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". Si bien las marcas de fábrica o de comercio pueden desempeñar otras funciones, la capacidad de un signo para distinguir la fuente comercial del producto es lo que hace que el signo sea una marca de fábrica o de comercio. Por consiguiente, la función de "identificación de la fuente" es la única función esencial de una marca de fábrica o de comercio. Estrechamente relacionada con esa función está la de indicar que los productos en los que figura la misma marca de fábrica o de comercio han sido fabricados bajo el control de la misma fuente comercial y que, como resultado, los consumidores pueden esperar una experiencia homogénea con los productos en los que figure esa marca, a veces denominada función de "calidad" o "garantía" de las marcas de fábrica o de comercio.[4827]

7.2267. Australia añade que las marcas de fábrica o de comercio sirven también para publicitar y promocionar los productos objeto de dichas marcas al transmitir ciertas asociaciones con esos productos, a menudo reforzadas con otros medios de publicidad y promoción. Una marca de fábrica o de comercio de tabaco podría utilizarse para transmitir asociaciones con ideas de exclusividad y riqueza, feminidad, masculinidad, juventud o incluso una "buena relación calidad-precio". Cada una de esas asociaciones atrae a un segmento concreto de consumidores o futuros consumidores. En resumen, las diferentes marcas de fábrica o de comercio pueden "atraer" a diferentes segmentos del mercado. El uso de una marca de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar el producto objeto de ella no forma parte de la función distintiva de la marca. La palabra "Marlboro", por ejemplo, basta para identificar la fuente comercial del producto e indicar que todos los productos en los que figure esa marca de fábrica o de comercio han sido fabricados bajo el control de una única empresa, sin necesidad de transmitir asociaciones con ideas de masculinidad y rudeza. La primera es una función distintiva, mientras que la segunda es publicitaria. Ni la Sección 2 del Acuerdo sobre los ADPIC ni, más concretamente, el artículo 20 se refieren al uso de marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar el producto objeto de una marca, por ejemplo haciéndolo más atractivo para determinados segmentos de consumidores o futuros consumidores.[4828]

[4825] Observamos que nuestra interpretación es coherente con la forma en que se entiende comúnmente esa expresión en las publicaciones especializadas sobre marcas de fábrica o de comercio, en las que la expresión "en el curso de operaciones comerciales" tiene un significado amplio que abarca las actividades comerciales relacionadas con la compra y la venta. Por ejemplo, de Carvalho entiende la expresión de forma que abarca "todo acto u operación que tenga por objetivo, directa o indirectamente, la compra y venta de productos o servicios de forma profesional, o que sea resultado directa o indirectamente, de tales compra y venta". Carvalho, tercera edición, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-106), página 254.

[4826] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 350.

[4827] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 86-90.

[4828] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 91-96.

7.2268. Australia afirma que, a lo largo de estos procedimientos, los reclamantes han puesto cuidado en no reconocer que las marcas de fábrica o de comercio se utilizan para publicitar y promover los productos objeto de dichas marcas, aun cuando esa sea una función generalmente reconocida de las marcas. Australia sostiene que los reclamantes no desean admitir que las marcas de fábrica o de comercio se utilizan con ese fin, ya que ello sería contradictorio con su posición de que el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor no sirve para publicitar y promover los productos de tabaco. La afirmación de los reclamantes de que las marcas de fábrica o de comercio sirven para distinguir los bienes y servicios por su "calidad, características y reputación" es simplemente un eufemismo para referirse al uso de las marcas de fábrica o de comercio en la publicidad y promoción de los productos de tabaco.[4829]

7.2269. Australia mantiene que los reclamantes han tomado prestados los términos "calidad", "características" y "reputación" del párrafo 1 del artículo 22 de la Sección 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, relativa a las indicaciones geográficas. Esos términos no figuran en ninguna parte de la Sección 2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Si los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC hubiesen considerado que "calidad, características y reputación" eran términos pertinentes para la función de una marca de fábrica o de comercio en el marco del párrafo 1 del artículo 15, habrían utilizado esos términos en ese artículo como lo hicieron en el caso del párrafo 1 del artículo 22. Como contexto, el hecho de que esos términos no figuren en el párrafo 1 del artículo 15 indica que "calidad, características y reputación" son aspectos no pertinentes para la función distintiva de las marcas de fábrica o de comercio con arreglo al artículo 20.[4830]

7.2270. Australia aduce que los reclamantes no han presentado pruebas de que las medidas TPP compliquen el uso de las marcas de fábrica o de comercio para distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas, que es el único uso pertinente de las marcas de fábrica o de comercio con arreglo al artículo 20.[4831]

7.2271. En referencia al párrafo 1 del artículo 15, Australia añade que "los reclamantes confunden lo que *puede registrarse* como marca de fábrica o de comercio con lo que es necesario para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. El hecho de que determinado elemento figurativo, por ejemplo, sea un signo '*capaz* de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas' no significa que el elemento figurativo sea *necesario* para ese fin, es decir, que los bienes o servicios objeto de la marca de fábrica o de comercio no puedan distinguirse si falta ese elemento figurativo".[4832]

7.2272. Honduras observa que las marcas de fábrica o de comercio se definen en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC como signos que sean capaces de distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas. Entre tales signos figuran los nombres, las letras y los elementos figurativos, que podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio y, una vez registrados, tendrán derecho a ser protegidos con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC. Honduras sostiene que el texto de las disposiciones de la Sección 2 del Acuerdo sobre los ADPIC no limita la protección de una marca de fábrica o de comercio a los elementos que los Miembros consideren necesarios para distinguir los productos, sino que otorga protección a todas las marcas de fábrica o de comercio -tanto a las marcas verbales como a los elementos figurativos- que tengan capacidad para distinguir productos.[4833]

7.2273. En opinión de Honduras, Australia incurre en error al tratar de distinguir entre marcas verbales y elementos figurativos en lo que respecta a su "función neutral de distinción". No hay base en el Acuerdo sobre los ADPIC ni en el derecho internacional de propiedad intelectual en general para afirmar que las marcas verbales distinguen los productos de manera neutral y los elementos figurativos no.[4834] Honduras sostiene que "Australia también se equivoca en su intento por distinguir entre la función de distinción de las marcas (fuente de origen) y la función de calidad

[4829] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 85, 97-98 y 118.
[4830] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 99-102. En los párrafos 105-117 de la segunda comunicación escrita de Australia se analiza con detalle por qué Australia considera que esos términos no guardan relación con la función distintiva de las marcas de fábrica o de comercio, sino que más bien se refieren a las funciones de publicidad y promoción de las marcas.
[4831] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 121-130.
[4832] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 129 y 130 (las cursivas son de Australia).
[4833] Declaración inicial de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 9.
[4834] Declaración inicial de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 10.

de las marcas (real o percibida)". Honduras argumenta que las marcas de fábrica o de comercio distinguen los productos en lo que respecta a su calidad, sus características y su reputación. El origen, la calidad y otras características constituyen el núcleo de la función distintiva que desempeñan las marcas de fábrica o de comercio en el mercado.[4835]

7.2274. Según aduce Honduras, el que las marcas de fábrica o de comercio desempeñen o no otras funciones además de identificar y distinguir la fuente del producto depende de las circunstancias del mercado y de la manera en que el titular utilice la marca. Honduras sostiene que "dependiendo del producto, las marcas de fábrica pueden ser usadas '*en* publicidad'. Sin embargo, esto no significa que para productos de tabaco las marcas sean usadas *para* su publicidad visto que en Australia la publicidad para los productos de tabaco ha sido prohibida en los últimos 25 años. Actualmente, las marcas de fábrica en productos de tabaco sólo comunican el origen y la calidad del producto al consumidor". Honduras mantiene que, por consiguiente, el argumento de Australia respecto al cual las marcas pueden ser usadas como "puentes entre publicidad y compra" es incorrecto. En un país como Australia, donde no ha existido publicidad del tabaco en casi 25 años, tal puente no existe.[4836]

7.2275. La República Dominicana aduce que los consumidores no distinguen los bienes simplemente -o siquiera principalmente- en función de la fuente comercial. En cambio, les importan la calidad, las características y la reputación de los bienes y usan las marcas de fábrica o de comercio para diferenciar los bienes atendiendo a esas consideraciones. La República Dominicana cita una explicación del Abogado General Jacobs del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: "A no ser por simple curiosidad, el consumidor no está interesado en el origen comercial de las mercancías; su interés se basa en la presunción de que las mercancías del mismo origen tendrán la misma calidad". Desde el punto de vista de los consumidores, el origen, las calidades, las características y la reputación son inseparables.[4837]

7.2276. La República Dominicana añade que el artículo 20 plantea la cuestión de si "el uso de una marca de fábrica o de comercio" se "*complica*", es decir, si se dificulta u obstruye. El texto no exige que, para ser pertinente, la complicación del uso impida la identificación de la fuente comercial, según confirma el tercer ejemplo de complicación incluido en el artículo 20. Aunque Australia afirma que, para ser pertinente, una medida ha de *impedir* que la marca de fábrica o de comercio identifique la fuente, el ejemplo muestra que una medida que *disminuya* -"*menoscabe*"- la capacidad distintiva de una marca de fábrica o de comercio es una complicación. Por otra parte, el artículo 20 se aplica a una "marca de fábrica o de comercio" tal como se define en el párrafo 1 del artículo 15, y la definición de "marca de fábrica o de comercio" que figura en el párrafo 1 del artículo 15 abarca todos los elementos del diseño. Si el uso de los elementos del diseño de las marcas de fábrica o de comercio se dificulta u obstruye de algún modo, hay una complicación.[4838]

7.2277. Cuba aduce que, a lo largo del tiempo, las funciones de las marcas de fábrica se han ampliado más allá de la función inicial del origen. A su juicio, los argumentos de Australia pasan por alto estas funciones esenciales y más amplias. A través de la función de garantía de calidad, la marca actúa como una indicación para los consumidores de que las mercancías tienen una gran calidad (especialmente las marcas de lujo) y el propietario de la marca de fábrica se hace responsable de dichas mercancías y de su calidad. Mediante la función de comunicación, las marcas de fábrica sirven de vehículo para el suministro a los consumidores de diversos tipos de información en las mercancías identificadas por ellas, lo que incluye atributos no físicos específicos, tales como tradición, valores, solidez o lujo. La función de inversión consiste en el uso de la marca de fábrica para adquirir o preservar una reputación que mantiene la fidelidad de los consumidores durante un prolongado período de tiempo.[4839] Cuba añade que los "consumidores no pagan un precio sustancialmente superior como reconocimiento a la identidad de un productor; los

[4835] Declaración inicial de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 11.
[4836] Declaración inicial de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 12 (las cursivas figuran en el original).
[4837] Declaración inicial de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 9 (donde se hace referencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-10/89, SA CNL-Sucal NV v. HAG GF AG (1990) ECR I, página 3751 (Prueba documental DOM-362), párrafo 72).
[4838] Declaración inicial de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 13-14 y 16 (las cursivas figuran en el original).
[4839] Declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 24-28.

consumidores pagan el sobreprecio porque se adhieren a la propuesta de marca comunicada por una marca de fábrica".[4840]

7.2278. Indonesia aduce que las marcas de fábrica o de comercio identifican la fuente o el fabricante de un producto. Basándose en esa identificación y en experiencias anteriores, los consumidores asocian su significado especial con el producto y determinan qué productos satisfacen sus necesidades de modo fiable y cuáles no. Al explicar las funciones de las marcas para los consumidores y para los titulares de las marcas de fábrica o de comercio, Indonesia enumera las siguientes funciones respecto del fabricante: medios de identificación, manipulación o seguimiento; medios de proteger jurídicamente características únicas; señal del nivel de calidad para los consumidores satisfechos; medios de dotar a los productos de asociaciones únicas; fuente de ventaja competitiva; y fuente de rendimientos financieros.[4841]

7.3.5.4.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2279. La cuestión que se nos plantea es si, a los efectos del artículo 20, el "uso" pertinente de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se limita, como sostiene Australia, a su uso para distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otras empresas.

7.2280. En virtud del artículo 20, los Miembros se han comprometido a no complicar injustificablemente el "uso" de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales. A juzgar por sus términos, ese texto es muy general y no especifica la naturaleza del "uso" pertinente ni delimita de otro modo esa obligación en lo que respecta a usos concretos, es decir, formas concretas en las que el titular de la marca de fábrica o de comercio desee usar la marca que sean distintas de usarla "en el curso de operaciones comerciales".

7.2281. Observamos que uno de los tres ejemplos de exigencias especiales mencionados expresamente en el artículo 20 es el "uso [de una marca de fábrica o de comercio] de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". Esa referencia deja claro que una exigencia especial de usar una marca de fábrica o de comercio de una manera que menoscabe la función "distintiva" de la marca estará comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 20. Sin embargo, como se ha indicado más arriba, ese es uno de los tres ejemplos de situaciones en las que se complicaría el "uso ... en el curso de operaciones comerciales". Por consiguiente, si algo deja claro esa referencia (introducida por la conjunción "o"), es que la exigencia de usar una marca de fábrica o de comercio "de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas" *no* es una condición *sine qua non* para formular una constatación de que está complicándose el "uso ... en el curso de operaciones comerciales" en el sentido del artículo 20. Si bien la existencia de ese menoscabo puede, por lo tanto, ser un importante indicio de la existencia de una complicación, no es una condición necesaria para tal constatación.

7.2282. Por consiguiente, el texto del artículo 20 no respalda una constatación de que el "uso" pertinente que ha de tomarse en consideración con arreglo a ese artículo se limitaría al uso de una marca de fábrica o de comercio para el fin específico de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas.

7.2283. En apoyo de su posición, Australia se refiere a la definición de materia objeto de protección establecida en el párrafo 1 del artículo 15 como contexto pertinente.[4842] Observamos que el párrafo 1 del artículo 15, que forma parte de la Sección 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulada "Marcas de fábrica o de comercio", define la materia objeto de protección como "cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". Tales signos "[p]odrá[n] constituir una marca de fábrica o de

[4840] Declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 37.
[4841] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 261-262.
[4842] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 86-90.

comercio" y "podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio".[4843] La frase "cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas" describe las características de un signo que es capaz de constituir una marca de fábrica o de comercio y puede registrarse como marca de fábrica o de comercio de conformidad con el párrafo 1 del artículo 15, pero, a nuestro entender, no se refiere a los tipos de usos de una marca de fábrica o de comercio protegida que son pertinentes para los fines del artículo 20 ni conlleva una limitación de esos tipos de usos.

7.2284. Tomamos nota de que el párrafo 3 del artículo 15 y el artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC se refieren a situaciones en las que el "uso" puede ser necesario con arreglo a la legislación interna para registrar una marca de fábrica o de comercio o mantener un registro.[4844] En nuestra opinión, la referencia que se hace al "uso" en esas disposiciones es comparable a la realizada en el artículo 20, ya que de lo que se trata en esas disposiciones es del *hecho* del uso, como cuestión objetiva. A nuestro entender, en consonancia con la forma en que el término "uso" se aplica en el marco de esas otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, es también procedente entender el término "uso" en el marco del artículo 20 como referido a un hecho objetivo de uso "en el curso de operaciones comerciales", es decir, en el curso de actividades comerciales, en lugar de tratar de limitar ese uso sobre la base de un concepto de función o finalidad de tal uso. En cualquier caso, las funciones de diferenciación de productos y de promoción de productos respecto de sus cualidades tangibles e intangibles, características y reputación pueden superponerse en la práctica.

7.2285. Asimismo, observamos que resoluciones anteriores sobre otras formas de propiedad intelectual han reconocido que corresponde al titular de los derechos decidir cómo explota o gestiona sus derechos exclusivos para obtener de ellos un valor económico en el mercado. Al Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* se le pidió que interpretase la expresión "explotación normal" de una obra amparada por el derecho de autor en el contexto de la cláusula de excepciones generales del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. El Grupo Especial explicó que el "[e]l sentido corriente del término 'explotar' es 'hacer uso de' o 'utilizar para los propios fines'. Creemos que la 'explotación' de obras musicales se refiere por consiguiente a la actividad mediante la cual los titulares del derecho de autor utilizan los derechos exclusivos que les han sido conferidos para obtener un valor económico de sus derechos a esas obras".[4845] De modo similar, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos* consideró que el término "explotación" de la cláusula de excepciones generales del artículo 30 aplicable a las patentes "se refiere a la actividad comercial por la que los titulares de patentes utilizan sus derechos exclusivos de patente para obtener un valor económico de su patente. ... La práctica normal seguida por los titulares de patentes en lo que se refiere a la explotación, al igual que ocurre con los titulares de cualquier otro derecho de propiedad intelectual, consiste en impedir todas las formas de competencia que puedan detraer considerablemente de las ventajas económicas previstas como resultado de la exclusividad en el mercado otorgada por la patente".[4846] Nuestro modo de entender la expresión "uso ... en el curso de operaciones comerciales" del artículo 20 como cuestión esencialmente de hecho es compatible, a nuestro juicio, con esas resoluciones, en la medida en que refleja el concepto subyacente en ellas de que la manera de explotar la materia objeto de protección, en este caso las marcas de fábrica o de comercio, y de obtener valor económico de ella es esencialmente una cuestión sobre la que corresponde decidir al titular de los derechos. Además, el argumento de que el "uso" pertinente a los efectos del artículo 20 se limita al uso de una marca de fábrica o de comercio para distinguir un producto de los de otras empresas establece una falsa dicotomía entre tal uso y la promoción más amplia de un bien o servicio relacionado con una

[4843] La tercera frase del párrafo 1 del artículo 15 reconoce que, cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso.

[4844] Entendemos que, con arreglo a las leyes internas, tal uso suele determinarse mediante pruebas objetivas de uso en relación con los bienes o servicios pertinentes, es decir, uso real en el etiquetado y en el empaquetado, uso en la promoción y las comunicaciones a los consumidores y otros usos realizados en contextos comerciales, más que en referencia a un criterio más abstracto de lo que haya sido la función o la finalidad prevista del uso: por ejemplo, si la marca se ha aplicado a los bienes pertinentes en el curso de operaciones comerciales y en qué mercados; y si la marca se ha utilizado en la publicidad u otros contextos comerciales para presentar y promover los bienes en el mercado pertinente.

[4845] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, párrafo 6.165.

[4846] Informe del Grupo Especial, *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*, párrafos 7.54-7.55.

marca de fábrica o de comercio. Como hemos observado en el contexto de nuestro análisis de las alegaciones de los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, el "uso" de una marca de fábrica o de comercio que es pertinente para la adquisición y el mantenimiento de carácter distintivo no se limita al uso en el empaquetado de un producto, sino que más bien se extiende a una mayor diversidad de actividades comerciales, publicitarias y promocionales.[4847]

7.2286. Por las razones expuestas, constatamos que el "uso" pertinente a los efectos del artículo 20 no está limitado al uso de una marca de fábrica o de comercio con el fin específico de distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otras empresas.

7.3.5.4.3 Aplicación a las medidas TPP

7.2287. Recordamos la determinación que hemos formulado más arriba de que el "uso" pertinente a los efectos de determinar si el uso de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales" está complicándose no se limita a la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio para cumplir una función "distintiva", ni finaliza en el "punto de venta".

7.2288. Como se ha expuesto más arriba[4848], el capítulo 3 de la Ley TPP tipifica como delito la venta, el suministro, la compra, el empaquetado o la fabricación de productos de tabaco o el empaquetado para la venta al por menor que no cumplan las prescripciones de empaquetado genérico. Se aplican sanciones a los fabricantes, los empaquetadores, los vendedores al por mayor, los distribuidores y los vendedores al por menor de productos de tabaco en Australia que no cumplan las prescripciones de empaquetado genérico.[4849] Por consiguiente, las disposiciones de la Ley TPP regulan expresamente, entre otros, los actos de venta y oferta para la venta, así como de compra para fines distintos del consumo personal. Entre los actos regulados por las medidas TPP figuran también diversas transacciones comerciales que preceden a la venta al por menor. En consecuencia, las prescripciones mencionadas afectan al uso de las marcas de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales", incluso con arreglo al sentido restrictivo dado por Australia a esa expresión, limitado a los actos de compra y venta.

7.2289. Australia explica que mantiene una prohibición general de la publicidad y la promoción de productos de tabaco, así como amplias restricciones respecto de la forma de comercializar los productos de tabaco y exhibirlos en el punto de venta. El efecto práctico de esas medidas es que los consumidores australianos no tienen siquiera oportunidad de ver paquetes o productos de tabaco en el curso de las operaciones comerciales hasta después de haber decidido qué producto compran (si compran alguno), de modo que solo podrán ver el paquete o el producto cuando la transacción de la compra haya finalizado (o casi finalizado).[4850] Por consiguiente, en opinión de Australia, las exigencias especiales impuestas por las medidas TPP no complican la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio para cumplir su función distintiva mientras los productos se mantienen en el curso de operaciones comerciales, es decir, hasta llegar al punto de venta, por lo que no complican el uso "en el curso de operaciones comerciales".[4851]

7.2290. Australia afirma también que las pruebas y los argumentos presentados por los reclamantes dejan claro que sus verdaderas objeciones a las medidas TPP se refieren a la forma en que las marcas de fábrica o de comercio del empaquetado del tabaco y los productos de tabaco determinan las percepciones de los consumidores y otras personas más allá del punto de venta, es decir, después de que ha finalizado el curso de las operaciones comerciales. Australia sostiene que está de acuerdo con los reclamantes en que las marcas de fábrica o de comercio del empaquetado del tabaco y los productos de tabaco pueden tener esos efectos. De hecho, Australia insiste en que las razones que justifican las medidas TPP se refieren específicamente a esos efectos de posventa. Como se ha indicado más arriba, Australia argumenta que cualquier "complicación" que las

[4847] Párrafo 7.1989 *supra*.
[4848] Véase la sección 2.1.2.6.
[4849] Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 3.
[4850] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 353.
[4851] Véanse también los párrafos 7.2252-7.2253.

prescripciones TPP impongan al "uso" de una marca de fábrica o de comercio en ese contexto de posventa queda fuera del ámbito de aplicación de la disposición.[4852]

7.2291. Recordamos las constataciones que hemos formulado más arriba de que el "uso ... en el curso de operaciones comerciales" en el sentido del artículo 20 no se limita al uso "hasta el punto de venta" o al uso de una marca de fábrica o de comercio para que cumpla una "función distintiva". No se discute que las restricciones al uso de las marcas de fábrica o de comercio con arreglo a las medidas TPP siguen siendo aplicables más allá del punto de venta. En particular, el artículo 25 de la Ley TPP prescribe específicamente que el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco no debe contener elementos diseñados para cambiar el empaquetado después de la venta al por menor. De hecho, como se ha expuesto más arriba, Australia explica que el fundamento mismo de las medidas TPP consiste en abordar la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio (y, a nivel más general, del empaquetado) para influir en la percepción de los consumidores y de otras personas más allá del punto de venta.

7.2292. A la luz de lo expuesto, y teniendo en cuenta las constataciones que hemos formulado anteriormente en los párrafos 7.2264 y 7.2286, constatamos que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP equivalen a exigencias especiales que complican "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales".

7.3.5.5 La cuestión de si las medidas TPP complican "injustificablemente" el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales

7.2293. Habiendo determinado que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP equivalen a "exigencias especiales" que "complican" el "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales", debemos ahora examinar si lo hacen "injustificablemente". Con ese fin examinaremos primero el sentido del término "injustificablemente".

7.3.5.5.1 El sentido del término "injustificablemente""

7.3.5.5.1.1 Principales argumentos de las partes

7.2294. Honduras sostiene que el sentido corriente del término "justificable" es el de algo "*[a]ble to be shown to be right or reasonable; defensible*" (que puede demostrarse que es justo o razonable; defendible). A su juicio, ese sentido y determinados "sentidos corrientes [conexos] indican que una complicación 'justificable' tiene que '*poder demostrarse* que es justa o razonable', 'defendible', tiene que basarse en razones que sean 'aceptables' y no debe ser 'extrema' o 'excesiva' (es decir, desproporcionada)".[4853] En una comunicación posterior, añade que el sentido corriente de "injustificablemente" "denota medidas que son 'necesarias', 'proporcionadas' y 'respaldadas por pruebas'".[4854]

7.2295. Honduras responde a Australia que el sentido corriente del término "injustificablemente" indica por sí mismo que el mero hecho de que una exigencia especial esté "conectada racionalmente" con su objetivo declarado no es suficiente para que esté comprendida en el ámbito de las complicaciones "justificables".[4855]

7.2296. Honduras responde además a Australia que el sentido corriente del término solo es el comienzo de un proceso de interpretación global. En primer lugar, la interpretación del término "injustificable" propuesta por Australia se basa en la lectura hecha al respecto por el Órgano de

[4852] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 358. Australia insiste en que, aunque considera que esos efectos de posventa quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 20, son motivo de gran preocupación para Australia por motivos de salud pública. Respuesta de Australia a la pregunta 103 del Grupo Especial, párrafo 61. Australia sostiene que la expresión "en el curso de operaciones comerciales" debe definirse del mismo modo en el artículo 16 y en el artículo 20. Respuesta de Australia a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 112.

[4853] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 292 (donde se hace referencia a *Oxford Dictionaires online*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-31), definiciones de "justifiable", "right" y "reasonable"). (las cursivas figuran en el original)

[4854] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 352.

[4855] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 329.

Apelación en relación con la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994, un contexto totalmente distinto, en el que el término se utiliza en combinación con la palabra "arbitrario" y la expresión "restricción encubierta al comercio". En segundo lugar, la cuestión de la discriminación "arbitrari[a] o injustificable" en el marco de la cláusula introductoria del artículo XX afecta a países en los que prevalecen las mismas "condiciones". En tercer lugar, los términos "arbitrario o injustificable" se refieren a la discriminación resultante de una medida que está provisionalmente justificada, y no a las complicaciones reales de las operaciones comerciales que se examinan en los apartados del artículo XX; en tanto en cuanto pueda encontrarse alguna analogía con el artículo XX, las razones que pueden "justificar provisionalmente" medidas en virtud de los apartados del artículo XX por ser "necesarias" para el logro de un objetivo de política parecen ser la parte más pertinente del artículo XX. En cuarto lugar, a diferencia del artículo XX del GATT de 1994, el artículo 20 no es una excepción, sino que, por el contrario, contiene una mezcla de una obligación positiva y determinados elementos permisivos. En quinto lugar, incluso en el marco de la cláusula introductoria del artículo XX, una constatación de discriminación justificable no se hace simplemente porque la medida tenga una "conexión racional" con el objetivo de que se trate; otros factores desempeñan un papel igualmente importante, entre ellos si se han estudiado enfoques alternativos, o si el tipo y la magnitud concretos de la discriminación eran realmente necesarios a la luz del objetivo perseguido.[4856]

7.2297. Honduras aduce que el término "justificable" tiene que interpretarse en su *contexto* y teniendo en cuenta el *objeto y fin* del Acuerdo de proteger tanto intereses comerciales como preocupaciones no comerciales legítimas de los Miembros de la OMC, tal como se refleja en el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y en la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública[4857] (Declaración de Doha).[4858]

7.2298. Honduras opina que la inexistencia de indicaciones sobre un posible objetivo de política en el artículo XX obra en favor de una lectura del término "injustificablemente" en el sentido de que este matiza la palabra "complicará" y alude a la medida en que la exigencia está complicando el uso de la marca de fábrica o de comercio, y no a las razones de la complicación.[4859] Añade que el uso del término "injustificablemente" evita cualquier posible malentendido de que el artículo 20 excluiría la posibilidad de adoptar medidas de protección del consumidor relacionadas con marcas de fábrica o de comercio previstas en el artículo 10*bis* del Convenio de París, por ejemplo, o justificadas por las razones enumeradas en el párrafo 2 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo B del artículo 6*quinquies* del Convenio de París. En opinión de Honduras, "dado que, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 15 permite denegar el registro de una marca de fábrica o de comercio porque sea engañosa, de manera análoga debería permitirse impedir el uso de esas marcas engañosas o imponer exigencias especiales para impedir que las marcas de fábrica o de comercio sean engañosas, sin antes tener que anular su registro o invalidar su condición de marcas de fábrica o de comercio. Al insertar el término 'injustificablemente', los negociadores se aseguraron de que no hubiera debate alguno a este respecto".[4860] Honduras considera asimismo que la declaración del Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* citada por Australia carece de pertinencia para la presente diferencia, ya que es difícil derivar de esa declaración consecuencias que parezcan estar relacionadas con un argumento específico formulado por el demandado.[4861]

[4856] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 330-334.
[4857] Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, adoptada el 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2.
[4858] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 293.
[4859] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 336.
[4860] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 337.
[4861] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 342-343. Honduras hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246, que dice así:

> [Los principios enunciados en el artículo 8 de Acuerdo sobre los ADPIC] responden al hecho de que en general el Acuerdo no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos. Esta característica fundamental de la protección de la propiedad intelectual ofrece de por sí a los Miembros libertad para lograr objetivos legítimos en materia de política pública, ya que muchas medidas destinadas a alcanzar tales objetivos quedan fuera del ámbito de los derechos de propiedad intelectual y no requieren una excepción en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2299. Honduras sostiene que "no se limita a importar en el artículo 20 el concepto de 'necesidad' (incluida una 'menor restrictividad') de otras disposiciones de los acuerdos abarcados, como el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC". A juicio de Honduras, la prueba "injustificablemente" parece ser más amplia que la "prueba de la necesidad", y debe leerse en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC. El término "injustificablemente" no implica una norma menos rigurosa, ni otorga una amplia deferencia a las autoridades reglamentarias de un Miembro, como afirma Australia. Antes bien, Honduras alega que "puede comprender una amplia gama de elementos acumulativos, entre ellos algunos elementos de la 'prueba de la necesidad'". Así lo confirma el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, que proporciona contexto para el artículo 20 y dispone que los Miembros pueden adoptar medidas que sean "*necesarias* para proteger la salud pública". Honduras aduce que el párrafo 1 del artículo 8 requiere que con independencia de que sea o no "necesaria", una medida determinada también debe ser "compatible" con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. "Cuando el artículo 20 se interpreta a la luz de los principios generales establecidos en el párrafo 1 del artículo 8, queda claro que la prueba 'injustificablemente' es, de hecho, más rigurosa que una 'prueba de la necesidad' tradicional, ya que requiere el examen de factores distintos de la 'necesidad', a saber, la compatibilidad de una medida dada con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC".[4862]

7.2300. Honduras aduce que los "intereses legítimos" de los titulares de marcas de fábrica o de comercio a que se hace referencia en el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC tienen que informar el análisis por el Grupo Especial de la compatibilidad de las medidas TPP con las prescripciones del artículo 20, a saber, si esas medidas son "injustificables".[4863]

7.2301. En lo que respecta al *objeto y fin* del Acuerdo sobre los ADPIC, Honduras no discute el derecho de los Miembros a adoptar medidas que mejoren la salud pública. Sin embargo, esas medidas deben tener en cuenta otros objetivos importantes del sistema de la OMC, entre ellos la promoción del desarrollo económico y el bienestar mundiales, sobre la base de los principios de libre mercado. Este objetivo se refleja en el Acuerdo sobre los ADPIC, que pretende "reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo", tiene en cuenta "la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual", y reconoce que estos son derechos privados. De conformidad con esos principios, otros grupos especiales han reconocido que "tanto los titulares de marcas de fábrica o de comercio como los consumidores tienen *un interés legítimo* en la capacidad de una marca de fábrica o de comercio para cumplir su función crucial de distinguir los bienes, entre otras cosas mediante el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales".[4864]

7.2302. Habida cuenta de lo anterior, Honduras aduce que la interpretación del término "injustificablemente" debe establecer un equilibrio adecuado entre los objetivos competidores de la protección de la salud pública, por un lado, y el mantenimiento de las oportunidades competitivas de los Miembros de la OMC o la protección de los derechos de propiedad intelectual, por otro. Por consiguiente, con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, el derecho de un Miembro a regular la salud pública está limitado por su obligación de proteger los derechos de propiedad intelectual. Así lo confirman el párrafo 1 del artículo 8, que dispone que las medidas adoptadas para proteger la salud pública han de ser "compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo", y el artículo 7, que a su vez hace referencia al "equilibrio de derechos y obligaciones".[4865] Los artículos 7 y 8, menoscaban, más que respaldan, la posición de Australia.[4866]

7.2303. En opinión de Honduras, para determinar si una exigencia especial da lugar a una complicación "injustificable", un grupo especial de la OMC tiene que establecer un equilibrio adecuado entre dos factores. El primero de ellos es el derecho a reglamentar para lograr un objetivo legítimo, como la salud pública. El segundo factor es la obligación de los Miembros de asegurarse de que hay un nivel adecuado de protección de la propiedad intelectual. Para lograr ese equilibrio, un grupo especial de la OMC ha de tener en cuenta los dos siguientes criterios: i) si la medida contribuye al logro de su objetivo declarado; y ii) si ese objetivo puede alcanzarse

[4862] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 357. (las cursivas figuran en el original)
[4863] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 359.
[4864] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 294 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.664 y 7.675). (las cursivas figuran en el original)
[4865] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 295. (no se reproducen las cursivas)
[4866] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 341.

mediante una medida menos restrictiva, es decir una medida que tenga una repercusión menor en los derechos de otros Miembros.[4867]

7.2304. Honduras observa que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han aplicado esos criterios al equilibrar los derechos y obligaciones de un Miembro derivados de varios criterios jurídicos de los acuerdos abarcados, por ejemplo, la prueba de la "necesidad" en el marco del artículo XX del GATT de 1994, el artículo XIV del AGCS y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación también ha aclarado que el grado de la contribución requerida para que la medida sea necesaria dependerá de la restrictividad de la medida. En otras palabras, cuanto más restrictiva sea esta, mayor deberá ser la contribución. Normalmente, una medida que es rigurosa requerirá un grado relativamente alto de contribución al logro de su objetivo, como un grado de contribución "*importante*". El Órgano de Apelación ha considerado que si se constata que la medida en litigio hace alguna contribución, será útil analizar alternativas menos restrictivas para determinar si la medida de que se trata es menos restrictiva que otras opciones disponibles. La alternativa menos restrictiva deberá: i) estar razonablemente disponible (es decir, que el Miembro demandado pueda adoptarla sin una carga indebida, como un costo prohibitivo o dificultades técnicas sustanciales); y ii) preservar para el Miembro demandado su derecho a alcanzar su nivel deseado de protección con respecto al objetivo perseguido.[4868]

7.2305. Honduras considera que el Grupo Especial, al analizar si la restricción del uso de una marca de fábrica o de comercio concreta es justificable al amparo del artículo 20, debe determinar si esa medida: i) contribuye de manera importante al objetivo de salud pública; y ii) constituye un medio menos restrictivo para alcanzar ese objetivo que otras opciones que están razonablemente disponibles.[4869] Honduras aduce que determinadas medidas de carácter riguroso y generalizado son injustificables en el sentido del artículo 20. Entre esas medidas cabe mencionar i) las restricciones generales indiscriminadas del uso de marcas de fábrica o de comercio que no tengan en cuenta las características individuales de las marcas; y ii) las medidas que frustran la función crucial de una marca de fábrica o de comercio. Al analizar si esas medidas son justificables no es preciso que el Grupo Especial considere en todos sus aspectos los criterios arriba mencionados.[4870]

7.2306. A juicio de Honduras, los antecedentes de negociación confirman que las preocupaciones competidoras se deben sopesar y confrontar. Alude a propuestas de países en desarrollo que habrían preservado el derecho absoluto a estipular en su legislación nacional exigencias especiales para el uso de una marca de fábrica o de comercio, a propuestas de países desarrollados que trataban de prohibir las exigencias especiales, y a "un enfoque más equilibrado" propuesto por las Comunidades Europeas y el Japón que únicamente habría permitido imponer las complicaciones del uso que no fueran "*injustificable[s]*". Honduras mantiene que "el hecho de que el actual texto del artículo 20 se base en el... enfoque equilibrado, y no en un enfoque unilateral... indica claramente que los Miembros acordaron que... la complicación del *uso* solo se permitiría en casos excepcionales, sobre la base de razones justificables".[4871]

7.2307. La República Dominicana aduce que, en el artículo 20, la palabra "injustificable" establece una excepción o matiz respecto de una prohibición de complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio.[4872] En ese contexto, las definiciones pertinentes en el diccionario de la palabra "*justifiable*" (justificable) incluyen "*[c]apable of being legally or morally justified, or shown to be just, righteous, or innocent; defensible*" (que puede estar jurídica o moralmente justificado, o demostrarse que es justo, recto o inocente; defendible); así como "*supported or justified by good evidence or convincing reasoning; well-founded*" (respaldado o justificado por pruebas sólidas o razonamientos convincentes; bien fundado. La palabra "*justify*" (justificar) -en "*justifiable*" (justificable)- significa "*to support the truth or value of, validate; to provide a reason for, warrant, necessitate; to prove (an action or reaction) to have been right, proper, or reasonable*" (apoyar la verdad o el valor de algo, validar; proporcionar una razón para justificar algo, necesitar; demostrar que (una acción o reacción) han sido justas, adecuadas o razonables). A su juicio, sobre la base del significado en el diccionario, una complicación "injustificable" es la que no es defendible, no está justificada o no es necesaria; carece de una base razonada y/o convincente

[4867] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 296.
[4868] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 298-300. (las cursivas figuran en el original)
[4869] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 301.
[4870] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 315. Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 361-372.
[4871] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 302-306. (las cursivas figuran en el original)
[4872] Véase también el párrafo 7.2135 *supra*.

para su imposición; y no está bien fundada en las pruebas.[4873] En otras palabras, "literalmente, una complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio es 'injustificable[]' sino es racional, razonable, adecuada, defendible o justificada".[4874]

7.2308. Añade que esas definiciones son coherentes con anteriores interpretaciones de términos similares en los acuerdos abarcados. Se ha constatado que la palabra "injustificable" significa "indebido" y "[q]ue va más allá de lo aceptado". Se ha entendido que la palabra "razonable", que es uno de los sentidos de "justificable" que figuran en el diccionario, significa "proporcionado"; "sensato" y "dentro de los límites de la razón, que no es ni mucho menos ni mucho más de lo que podría considerarse probable o adecuado".[4875]

7.2309. La República Dominicana aduce que el intérprete de un tratado no puede partir de la suposición de que la palabra "injustificablemente" tiene que interpretarse por oposición a la palabra "innecesario" y, por esa razón, excluir algunos elementos de una prueba de la necesidad. El proceso de interpretación debe comenzar discerniendo el sentido de la palabra realmente utilizada, es decir, "injustificablemente". El mero hecho de que la palabra "injustificablemente" no sea igual que la palabra "innecesario" no proporciona una razón interpretativa para excluir de consideración la magnitud de la complicación, el grado de la contribución y las medidas alternativas.[4876]

7.2310. Por lo que respecta al análisis que hace Australia de la jurisprudencia de la OMC sobre el término "injustificable" en el artículo XX del GATT de 1994, la República Dominicana responde que la palabra "injustificable" que figura en la cláusula introductoria desempeña un papel poco importante en la justificación global de una medida al amparo del artículo XX. En contraste, en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC la palabra "injustificablemente" constituye toda la base sobre la que un grupo especial debe evaluar la justificación de una medida. En esas circunstancias, la interpretación de la palabra "injustificablemente" en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no puede implicar un criterio menos estricto que la interpretación de esa misma palabra en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994. La República Dominicana afirma que Australia omite mencionar que la palabra "injustificable" en la cláusula introductoria del artículo XX permite tener en cuenta una amplia gama de factores, además de los limitados factores que especifica. Por lo que respecta a otros elementos, la República Dominicana sostiene que la palabra "injustificable" en la cláusula introductoria del artículo XX requiere una consideración de si las medidas alternativas razonablemente disponibles propuestas por el reclamante podrían haber evitado la discriminación.[4877]

7.2311. La República Dominicana considera varios factores que a su juicio tienen que abordarse para determinar si una complicación es justificable. El primero es la necesidad de realizar una evaluación individualizada de las marcas de fábrica o de comercio de tabaco sujetas a las medidas debido a la naturaleza de una marca de fábrica o de comercio.[4878] Sugiere, además, la aplicación de un criterio jurídico que comprenda los siguientes cuatro factores: i) la *naturaleza y magnitud* de la complicación: cuánta obstrucción opone la medida al uso y la función de una marca de fábrica o

[4873] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 379 (donde se hace referencia a *Oxford English Dictionary online*, definición de "*justifiable*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/102219?redirectedFrom=justifiable#eid>, consulta realizada el 9 Abril de 2014 (Prueba documental DOM-85); y el *Oxford English Dictionary online*, definición de "*justify*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/102219?redirectedFrom=justifiable#eid>, consulta realizada el 9 de abril de 2014 (Prueba documental DOM-86)).

[4874] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 143.

[4875] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 380 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1495; y *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 7.385).

[4876] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 186, 200, 304 y 570.

[4877] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 576 y 578-579 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306; *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 30-33; *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 171; e informes del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.354 y nota 549). Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial, párrafos 166-167.

[4878] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 382-383. En la sección 7.3.5.5.2.2 *infra* se examinan los argumentos de la República Dominicana y de otras partes sobre si la injustificabilidad de las exigencias debe evaluarse con respecto a marcas de fábrica o de comercio individuales y sus características individuales.

de comercio; ii) la finalidad con que se impone una complicación: qué *objetivo* desea el Miembro alcanzar, y si los fines justifican la interferencia resultante en el uso de una marca de fábrica o de comercio; iii) los medios concretos escogidos para alcanzar los fines: si la complicación, en tanto en cuanto afecta a cada elemento de la marca de fábrica o de comercio afecta, *contribuye* a los fines; y iv) las alternativas disponibles: si podría haberse utilizado una *medida alternativa* que hiciera una contribución equivalente, al tiempo que impusiera una complicación menor al uso de la marca de fábrica o de comercio o no le impusiera ninguna. Los grupos especiales deben evaluar esos cuatro factores mediante un *análisis relacional* que *sopese y confronte* las ventajas relativas de las medidas impugnadas y las alternativas, para llegar a una determinación global sobre la justificabilidad.[4879]

7.2312. La República Dominicana aduce que "'para realizar un análisis significativo de si una medida es justificable' un grupo especial tiene que 'determinar cuáles son el *objetivo* del artículo 20 y *los intereses que este trata de proteger*'".[4880] La contribución de las medidas TPP y la disponibilidad de medidas alternativas tienen que evaluarse contrastándose con el objetivo declarado de reducir la conducta tabáquica.[4881]

7.2313. A su juicio, el interés protegido por el artículo 20 es "el uso de una marca de fábrica o de comercio", y el objetivo de la disposición al proteger ese interés es salvaguardar en la mayor medida posible la capacidad de una marca de fábrica o de comercio para cumplir su función básica de distinguir bienes o servicios, sin menoscabo de la capacidad de un Miembro para alcanzar otros objetivos legítimos. Para ser justificable, la interferencia gubernamental en el uso de una marca de fábrica o de comercio tiene que calibrarse cuidadosamente a fin de causar el menor perjuicio posible al interés protegido del "uso de una marca de fábrica o de comercio".[4882]

7.2314. Detalla que el texto del tratado demuestra que "el uso de una marca de fábrica o de comercio" es un *interés protegido* por el artículo 20 que ha de tenerse en cuenta al evaluar la justificabilidad. Como consecuencia de ello, el criterio jurídico para determinar la "justificabilidad" tiene que desarrollarse a la luz del papel y la importancia del "uso de una marca de fábrica o de comercio", en cuanto interés protegido por la disposición. "El uso de una marca de fábrica o de comercio" es fundamental para que la marca pueda cumplir su función convencional básica de distinguir bienes o servicios objeto de comercio por su calidad, características y reputación. En ese contexto, el objeto y fin del artículo 20 al proteger "el uso de una marca de fábrica o de comercio" es salvaguardar la capacidad de una marca para cumplir su función convencional básica de distinguir un bien o un servicio en la medida de lo posible, permitiendo al mismo tiempo que un Miembro alcance otros objetivos legítimos. Añade que "el objeto y fin de salvaguardar la capacidad de una marca de fábrica o de comercio para cumplir en la medida de lo posible su función convencional básica contribuye sin duda al objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC en su conjunto". No hay nada paralelo al artículo 20 en lo que respecta a la protección de otras formas de propiedad intelectual abarcadas por el Acuerdo sobre los ADPIC.[4883]

7.2315. La República Dominicana responde a Australia que a su juicio no hay desacuerdo alguno entre las partes en cuanto a que una complicación, para ser justificable, tiene que perseguir un objetivo legítimo, ni en cuanto a que un grupo especial tiene que identificar los objetivos de la medida mediante una evaluación objetiva de todas las pruebas disponibles.[4884] Destaca que, si bien conviene en que si no hay una conexión racional entre una complicación y un objetivo legítimo se estará infringiendo el artículo 20, no está de acuerdo en que esa restringida concepción agote las circunstancias en las que una complicación es injustificable.[4885]

[4879] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 387-391. Véase la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 146 (donde se presenta una formulación ligeramente distinta del criterio jurídico sugerido). Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 289 y 293-294.

[4880] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 144 (donde se hace referencia a la respuesta de Unión Europea a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafo 102) (las cursivas son de la República Dominicana). En el párrafo 7.2362 *infra* figura un resumen de la posición de la Unión Europea.

[4881] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 288.

[4882] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 145.

[4883] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 157-161.

[4884] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 275.

[4885] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 150.

7.2316. La República Dominicana recuerda que en *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* el Grupo Especial consideró que los "intereses legítimos" a que se hace referencia en el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC incluyen el interés del titular de la marca "en usar su propia marca".[4886] Invoca el artículo 17 como contexto en apoyo de su opinión de que los "intereses legítimos" del titular de la marca de fábrica o de comercio han de tenerse en cuenta al evaluar la "justificabilidad" en el sentido del artículo 20. Añade que para el intérprete de un tratado el mero hecho de que el artículo 17 cree una excepción formal a los derechos conferidos por el artículo 16 no priva al artículo 17 de pertinencia para el intérprete del tratado como fuente de orientación útil para interpretar el artículo 20. A su juicio, "el artículo 17 del *Acuerdo sobre los ADPIC* es un contexto pertinente para interpretar el artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC* porque las dos disposiciones tienen semejanzas. Concretamente, ambas disposiciones afectan a la *justificación de medidas gubernamentales que menoscaban el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio*".[4887] En ambos casos, el intérprete del tratado, al decidir si deben permitirse las medidas gubernamentales que menoscaban el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio, ha de tener en cuenta los intereses legítimos de titular de la marca de fábrica o de comercio en usar la marca para preservar ese carácter distintivo.[4888]

7.2317. Cuba sostiene que el sentido corriente pertinente del término "*unjustifiable*" es el de algo que no puede "*be shown to be just, reasonable or correct*" (demostrarse que es justo, razonable o correcto) o "*defensible*" (defendible). En *República Dominicana - Cigarrillos*, el Grupo Especial mantuvo que el término "razonable" aludía a nociones como "proporcionado", "sensato" y "dentro de los límites de la razón, que no es ni mucho menos ni mucho más de lo que podría considerarse probable o adecuado".[4889]

7.2318. A juicio de Cuba, estas definiciones indican que cualquier análisis de la injustificabilidad tiene que determinar si los beneficios para el Miembro de la OMC que aplica la medida justifican las cargas impuestas a los titulares de marcas de fábrica o de comercio. Una exigencia especial que no alcance el objetivo para el que se impone es injustificable, porque el Miembro de la OMC que aplica la medida no obtiene beneficios que justifiquen las cargas impuestas. Además, la disponibilidad de medidas alternativas igualmente efectivas pero que compliquen menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio implica que una exigencia especial es injustificable, ya que las cargas impuestas a los titulares de las marcas pueden evitarse totalmente. Por último, los casos en los que la magnitud o el carácter de los beneficios reglamentarios que un Miembro de la OMC que impone una medida obtiene de una exigencia especial no puedan justificar la repercusión desfavorable en los titulares de marcas de fábrica o de comercio también implican que la exigencia especial es injustificable.[4890]

7.2319. Sobre ese telón de fondo, Cuba sostiene que debe considerarse que una exigencia especial es injustificable si se cumple cualquiera de las siguientes condiciones (sin carácter exhaustivo): i) si el objetivo que quiere alcanzarse (a través de la exigencia especial) es *ilegítimo*; ii) si la exigencia social es *ineficaz* por cuanto no logra alcanzar el objetivo legítimo para el que se impone; y iii) si la exigencia especial es *desproporcionada* por cuanto hay medidas alternativas que no complican el uso de las marcas de fábrica o de comercio (o que lo complicarían en menor grado) y que cumplen en grado equivalente (o mayor) el objetivo legítimo que trata de alcanzarse. Cuba acepta que Australia persigue un objetivo legítimo de reducir la prevalencia del consumo de tabaco. Lo que sostiene Cuba es que las medidas TPP son injustificables porque son ineficaces o, subsidiariamente, porque son desproporcionadas.[4891]

7.2320. Cuba aduce asimismo que el amplio término "injustificablemente" puede tener muchos significados diferentes en función del contexto en el que se utilice, desde "indebido" -un término esencialmente similar a "innecesario"- hasta "irrazonable," "excesivo," "desproporcionado" y "sin justificación o explicación". El significado ordinario del término es, por tanto, solamente el principio

[4886] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 257.
[4887] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 171-174. (las cursivas figuran en el original)
[4888] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 180.
[4889] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 316 (donde se cita el *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1 (Prueba documental CUB-45), páginas 1482 y 3445; e informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 7.385).
[4890] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 317-318.
[4891] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 319-320.

del ejercicio holístico de interpretación. Además, el significado ordinario del término "injustificablemente", conforme se utiliza en el contexto del artículo 20, no es el mismo que cuando se utiliza en el contexto del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994. El adverbio "injustificablemente", tal como se utiliza en el artículo 20, se refiere a la naturaleza y extensión de la traba y al efecto desproporcionado, extremo o irrazonable del requisito.[4892] Cuba añade que "[e]n el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, la justificación, esto es, el 'motivo para' imponer los requisitos especiales realmente no importa. Lo que importa es la amplitud con la que los derechos de propiedad intelectual e industrial se ven afectados".[4893]

7.2321. Cuba está de acuerdo con Australia en que el artículo 20 no es una disposición que establece una excepción. Aduce que el artículo 20 impone una obligación positiva de no complicar injustificablemente el uso de una marca de fábrica a través de requisitos especiales. Esto significa que ningún requisito debe justificarse provisionalmente, pero el demandante debe acreditar que la traba es desproporcionada, no limitada y, por tanto, indebidamente restrictiva. En ese sentido, el artículo 20 combina la obligación positiva de abstenerse de imponer requisitos especiales con la posibilidad de la existencia de una excepción limitada en una disposición, pero impone la carga de la prueba de ambas al demandante.[4894]

7.2322. Cuba señala que, según Australia, en el artículo 20 los redactores han utilizado intencionadamente el concepto "injustificablemente" en lugar del término "innecesariamente". A juicio de Cuba, el argumento de Australia es erróneo si se tienen en cuenta sus propias manifestaciones de que el artículo 8.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, la Declaración de Doha, el artículo XX del GATT de 1994, el artículo 2.2 del Acuerdo OTC y disposiciones similares, permiten que los Miembros adopten las medidas "necesarias" para proteger la salud. Por lo tanto, como mínimo, las trabas impuestas específicamente a las marcas de fábrica por la medida deberán ser "necesarias" y de este modo contribuir al cumplimiento del objetivo en lugar de simplemente estar "racionalmente relacionadas" con este objetivo.[4895]

7.2323. Indonesia sostiene que el término "*unjustifiably*" (injustificablemente) significa "*not capable of being justified*" (que no puede justificarse). "*Justified*" (justificado) significa "*made just or right; made or accounted righteous*; *warranted; supported by evidence*" (que es justo o correcto; que es o se considera recto; aceptado; respaldado por pruebas). El infinitivo, "*justify*" (justificar) significa "*[t]o make good (an argument, statement, or opinion); to confirm or support by attestation or evidence; to corroborate, prove, verify*" (demostrar (un argumento, declaración u opinión); confirmar o respaldar por declaración o por pruebas; corroborar, probar, verificar). Así pues, a juicio de Indonesia, el artículo 20 impide a los Miembros de la OMC complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio sin el apoyo de pruebas, un motivo legítimo suficiente o razones convincentes.[4896] Añade que la palabra "injustificablemente" es un adverbio que modifica el verbo "complicar", lo cual significa que lo que hay que justificar es la complicación y no las exigencias especiales en sí mismas.[4897]

7.2324. Indonesia aduce que un análisis del término "injustificable" requiere el uso de una escala móvil -las medidas que imponen un alto grado de complicación también imponen al demandado una mayor carga para justificarlas-. A su juicio, esta interpretación es coherente con el principio de proporcionalidad reflejado en la relación establecida por el Órgano de Apelación entre "injustificable" y términos como "más allá de lo aceptado...; excesivo, desproporcionado". Esos términos fortalecen la opinión de que una medida que es "justificable" es una medida "justa", "aceptada", "proporcionada" y "respaldada por pruebas". Indonesia alude que "de ello solo puede seguirse que exigencias radicales y sin precedentes, como las impuestas por [las medidas TPP] requieren más pruebas para demostrar que la carga está 'aceptada' y 'respaldada', mientras que

[4892] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 94-101.
[4893] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 104.
[4894] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 102-103.
[4895] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 108.
[4896] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 287-288 (donde se hace referencia a *Merriam-Webster Dictionary online*, definición de "*unjustifiably*", disponible en: <http://www.merriam-webster.com>, consulta realizada el 29 de septiembre de 2014; y *The Compact Oxford English Dictionary*, segunda edición, J.A. Simpson y E.S.C. Weiner (editores) (*Oxford University Press*, 2000), página 905).
[4897] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 286.

una complicación menor (por ejemplo, el uso con una advertencia sanitaria y las limitaciones del tamaño o la ubicación) podría justificarse con pruebas menos rigurosas".[4898]

7.2325. Indonesia aduce que la existencia de una "conexión racional" con un objetivo legítimo no es suficiente para justificar una exigencia en el marco del artículo 20. Añade que los terceros apoyan varios de los elementos invocados por los reclamantes, entre ellos los tres siguientes factores: i) una conexión racional con un objetivo legítimo; ii) una evaluación de la contribución derivada de la exigencia especial; y iii) la magnitud de la complicación. En términos generales, los terceros consideran que la cuestión de si una exigencia está justificada o no debe resolverse caso por caso "sopesando y confrontando" la magnitud de la complicación y la contribución que esta hace al objetivo.

7.2326. Indonesia considera que "el texto mismo del párrafo 1 del artículo 8 requiere que las medidas en materia de salud pública sean *tanto* necesarias *como* compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC".[4899] A su juicio, el párrafo 4 de la Declaración de Doha "es coherente con el texto del párrafo 1 del artículo 8 y no amplia el nivel de deferencia que debe otorgarse a las medidas en materia de salud pública en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC".[4900]

7.2327. Australia sostiene que el término "*unjustifiable*" (injustificable) se define como "*not justifiable, indefensible*" (no justificable, indefendible). El sentido corriente del término "*justifiable*" (justificable) es, a su vez, "*able to be legally or morally justified; able to be shown to be just, reasonable, or correct; defensible*" (que puede estar jurídica o moralmente justificado; que puede demostrarse que es justo, razonable o correcto; defendible).[4901]

7.2328. Señala que ningún grupo especial ha tenido hasta la fecha ocasión para examinar el sentido del término "injustificablemente" tal como figura en el artículo 20. Sin embargo, determinados grupos especiales y el Órgano de Apelación han examinado el sentido del término "injustificable" en el contexto de las palabras "[medio de] discriminación arbitrario o injustificable" tal como figuran en el artículo XX del GATT de 1994 y el artículo XIV del AGCS. En *Brasil - Neumáticos recauchutados,* el Órgano de Apelación consideró que un examen de si la discriminación es "arbitraria o injustificable" en el sentido del artículo XX del GATT de 1994 debe centrarse en "la causa, o los fundamentos, de la discriminación". El Órgano de Apelación explicó que esta indagación obliga a los grupos especiales a examinar si la discriminación de que se trate tiene una "conexión racional" con el objetivo que provisionalmente se había constatado justificaba la medida al amparo de una o más de las excepciones generales establecidas en el artículo XX. El Órgano de Apelación mantuvo que no hay una "conexión racional" si los fundamentos de la discriminación "no guardan relación con" o "irían en contra" de la búsqueda de un objetivo legítimo con arreglo al artículo XX. En *CE - Productos derivados de las focas,* el Órgano de Apelación reafirmó recientemente la interpretación de la cláusula introductoria del artículo XX que había articulado en *Brasil - Neumáticos recauchutados.* Afirmó que "[u]no de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX". El Órgano de Apelación examinó esta cuestión en el sentido de si la discriminación intrínseca en la medida guardaba una "relación racional" con el objetivo que justificaba provisionalmente la medida con arreglo al artículo XX.[4902]

7.2329. A juicio de Australia, estos informes anteriores del Órgano de Apelación son coherentes con el sentido corriente del término "injustificablemente" y respaldan la conclusión de que el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales solo está complicado "injustificablemente" por exigencias especiales si no hay una "conexión racional" entre

[4898] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 292 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Australia - Manzanas*, párrafo 437).
[4899] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 40. (las cursivas figuran en el original)
[4900] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 46-47.
[4901] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 365 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 2, fragmentos presentados por Australia (Prueba documental AUS-245), página 3445; y el *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, Parte 1 (Prueba documental AUS-243), página 1482).
[4902] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 366-368 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 225 y 227-228; y *CE -Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306).

la imposición de las exigencias especiales y un objetivo de política pública legítimo. El sentido del término "injustificablemente" en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC tiene que ser como mínimo tan permisivo como el del término "injustificable" en la cláusula introductoria del artículo XX, habida cuenta de que el artículo XX concierne a medidas que se ha constatado infringen una o más disposiciones del GATT de 1994. En contraste, el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no es una excepción a una infracción. Antes bien, es una obligación positiva relacionada con exigencias especiales que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, y el sentido corriente del artículo 20 solo requiere que esas complicaciones tengan una conexión racional con un objetivo de política pública legítimo.[4903]

7.2330. Australia añade que el sentido corriente del término "injustificablemente" se centra, por consiguiente, en la racionalidad o la razonabilidad de la conexión entre la complicación impuesta por una medida y el objetivo de política pública legítimo de dicha medida. Como ponen de manifiesto estas definiciones, "injustificablemente" no es un criterio absoluto. Normalmente habrá más de un resultado posible que "*pueda* demostrarse que es justo, razonable o correcto", o que está "*dentro de los límites* de la razón". Con arreglo al criterio de la conexión racional, lo que hay que indagar es si los reclamantes han demostrado que la relación entre la complicación impuesta por la medida y el objetivo de la medida no está comprendida en la gama de resultados racionales o razonables.[4904]

7.2331. Australia observa que, incluso en el marco del criterio jurídico de la "necesidad", determinados grupos especiales y el Órgano de Apelación han constatado que una medida puede contribuir a sus objetivos legítimos cuando hay "una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo perseguido y la medida en litigio". El Órgano de Apelación ha indicado que la existencia de una "relación auténtica de fines a medios" puede evaluarse en términos ya sea cuantitativos o cualitativos, y que el objetivo último de la indagación es determinar si la medida "puede hacer una contribución" a su objetivo. El Órgano de Apelación también ha indicado que ni siquiera en el marco del criterio jurídico de la "necesidad" hay "un umbral de contribución predeterminado" que la medida deba poder alcanzar para que pueda constatarse que es "necesaria". Esas consideraciones indican que en virtud del criterio jurídico de la "injustificabilidad", y habida cuenta de que la carga de la prueba recae sobre el reclamante, este tendría que demostrar que una complicación no puede contribuir a sus objetivos para probar que es "injustificable".[4905]

7.2332. En opinión de Australia, el principal desacuerdo radica en la posición de los reclamantes de que el término "injustificablemente" debe interpretarse como funcionalmente equivalente a un criterio de necesidad.[4906] Aduce que la afirmación de los reclamantes de que el término "injustificablemente" en el artículo 20 comprende un requisito de "necesidad" (como en el apartado d) del artículo XX del GATT de 1994) o un criterio comparable al prescrito por el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC va más allá del sentido corriente del término "injustificablemente". A pesar de que los conceptos de "necesidad", "mínima restrictividad del comercio" y "alternativas razonablemente disponibles" eran bien conocidos en las fechas de la Ronda Uruguay y figuran en otros acuerdos de la Ronda Uruguay, dichos conceptos no se incorporaron al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. El artículo 20 utiliza la palabra "injustificablemente" para establecer el criterio con arreglo al cual deben evaluarse las exigencias especiales impuestas al uso de marcas de fábrica o de comercio. El sentido corriente de este término es claro y no guarda parecido alguno con los conceptos de "necesidad", "mínima restrictividad" y "alternativas razonablemente disponibles" que figuran en otras partes de los acuerdos abarcados. Al igual que el uso de términos iguales o similares en disposiciones distintas de los acuerdos abarcados crea una presunción de que los términos tienen un sentido igual o similar, el uso de términos distintos crea una presunción de que la intención era que tuvieran un sentido distinto.[4907]

[4903] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 369. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 107 del Grupo Especial.

[4904] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 149. (las cursivas figuran en el original)

[4905] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 152-153 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 145 y 149; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.213).

[4906] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 145.

[4907] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 385, 393-394 y 408 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina,* página 20).

7.2333. Además, el término "injustificablemente" no requiere un análisis basado en "sopesar y confrontar", que es el sello distintivo de un análisis de la "necesidad".[4908] Interpretar el término "injustificablemente" en el sentido de que incluye un requisito de "mínima restrictividad haría de ese término algo funcionalmente equivalente a un criterio de "necesidad". Lo que distingue el término "necesario" de otros criterios justificativos, como "relacionado con", "razonable", "indebido", "injustificable", es la connotación de que la medida en litigio representaba la única forma de alcanzar el objetivo del Miembro en forma compatible con las normas de la OMC. Debe otorgarse efecto interpretativo al hecho de que el artículo 20 no utilice el término "necesario" como base para su criterio justificativo. A juicio de Australia, los reclamantes no mantienen seriamente que del sentido corriente del término "injustificablemente" se deduzca un requisito de "mínima restrictividad", sino que basan su posición en argumentos contextuales relacionados con "intereses legítimos" o un "interés protegido por el tratado", a pesar de que esos términos no figuran en el texto del artículo 20.[4909]

7.2334. Australia mantiene que las descripciones que los reclamantes hacen del sentido corriente del término "injustificablemente" no respaldan su aseveración de que ese término requiere un examen de la "necesidad" o un examen de si la complicación es la "menos restrictiva" posible a la luz de las "alternativas razonablemente disponibles". En la medida en que los términos "razonable" e "indebido", a que hacen referencia los reclamantes, conciernen a la interpretación del término "injustificablemente", los sentidos corrientes de esos términos, tal como han sido interpretados por los grupos especiales y el Órgano de Apelación, no respaldan la afirmación de los reclamantes de que el término "injustificablemente" significa "necesario" o "menos restrictivo" a la luz de "las alternativas razonablemente disponibles".[4910]

7.2335. Australia observa que los reclamantes, en sus comunicaciones al Grupo Especial, han tratado el análisis que han hecho de si las medidas TPP son "injustificables" en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC como algo en lo fundamental intercambiable con el que han hecho de si las medidas "restring[en] el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Aduce que ese enfoque pasa por alto el sentido corriente del término "injustificable" y representa un intento de los reclamantes de reescribir el artículo 20 para que diga algo que no dice.[4911]

7.2336. Australia aduce que el contexto del artículo 20 pone claramente de manifiesto que no se tenía intención de que el término "injustificablemente" impusiera limitaciones significativas al derecho soberano de los Miembros a regular el uso de las marcas de fábrica o de comercio para alcanzar objetivos de política pública (como se reconoce en el principio establecido en el párrafo 1 del artículo 8).[4912] Más concretamente, sostiene que el Acuerdo sobre los ADPIC por lo general no afecta al uso de las marcas de fábrica o de comercio, ni al uso de otros tipos de propiedad intelectual. El artículo 20 no es una excepción a los derechos que los Miembros están de otro modo obligados a otorgar a los titulares de marcas de fábrica o de comercio en virtud de la legislación interna, sino una disposición relacionada, excepcionalmente, con un derecho soberano que el Acuerdo sobre los ADPIC no trata, por lo demás, de limitar. El artículo 19, que precede inmediatamente al artículo 20, prevé concretamente la posibilidad de que los Miembros regulen los productos de manera que creen un obstáculo al uso de una marca de fábrica o de comercio, y dispone que los Miembros no deben denegar la renovación del registro sobre esa base. El artículo 20 figura hacia el final de la Sección 2, fuera de la línea principal de la preocupación de la Sección 2 por los derechos relativos al registro y los derechos de exclusión. Los redactores consideraron que las exigencias especiales impuestas al uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales son admisibles siempre que no sean "injustificables". Esta opción es coherente con el hecho de que el Convenio de París - en el que se basa en gran parte la Sección 2 del Acuerdo sobre los ADPIC - "no contiene ninguna obligación en el sentido de que deba permitirse el uso de una marca de fábrica o de comercio registrada".[4913] En opinión de Australia, esas consideraciones respaldan la conclusión de que una complicación resultante de la imposición

[4908] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 159-162.
[4909] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 165-173.
[4910] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 397 y 400.
[4911] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 158.
[4912] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 374.
[4913] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 371-373 (donde se cita la carta de D. Latham, de Lovell, White, Durrant (Prueba documental AUS-234)).

de exigencias especiales al uso de una marca de fábrica o de comercio no es "injustificable" si la complicación tiene una conexión racional con un objetivo de política pública.[4914]

7.2337. Australia mantiene que el intento de la República Dominicana de reconfigurar el artículo 20 como "una prohibición de complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio", que después está sujeta a una excepción implícita en la palabra "injustificablemente", representa una redacción totalmente nueva del artículo 20. El artículo 20 no establece en ningún sentido ningún tipo de "prohibición" o "presunción" contra las complicaciones del uso de las marcas de fábrica o de comercio mediante la imposición de exigencias especiales.[4915]

7.2338. Australia responde a los argumentos de los reclamantes acerca de la pertinencia de los "intereses legítimos" y un "interés protegido por el tratado" a efectos de la interpretación del artículo 20.

7.2339. Por lo que respecta a los "intereses legítimos", Australia aduce que los conceptos de "necesidad" y "mínima restrictividad" no pueden inferirse del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, que obliga a los Miembros a "ten[er] en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca". A su juicio, los reclamantes no han explicado por qué el Grupo Especial debe hacer una lectura que incluya los requisitos del artículo 17 en el artículo 20, cuando se trata de disposiciones distintas que abordan dos cuestiones distintas: el artículo 17 concierne a las excepciones a los derechos conferidos en virtud del artículo 16. En contraste, el artículo 20, no es una disposición sobre excepciones, sino que más bien establece una obligación positiva que los Miembros deben cumplir en lo que respecta a las complicaciones impuestas al uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Por consiguiente, los "intereses legítimos del titular de la marca" no son pertinentes en el contexto del artículo 20 como lo son en el contexto del artículo 17. La inexistencia de un texto comparable en el artículo 20 confirma que no existe tal obligación. El contexto que ofrecen otras disposiciones del mismo acuerdo puede ser pertinente tanto si son similares a la disposición a interpretar como si no lo son. El hecho de que el artículo 20, en contraste con el artículo 17, no obligue a los Miembros a tener en cuenta "los intereses legítimos del titular de la marca" indica claramente que los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC no consideraron que ese fuera un requisito pertinente o necesario en el caso de las medidas que imponen una complicación al uso de una marca de fábrica o de comercio. En lugar de ello, el artículo 20 se centra exclusivamente en el criterio para determinar si una complicación resultante de la imposición de exigencias especiales es "injustificable".[4916]

7.2340. Por lo que respecta a un "interés protegido por el tratado", Australia responde que los argumentos basados en ese interés parecen no ser más que otra forma de afirmar que el Acuerdo sobre los ADPIC tiene como una de sus principales preocupaciones el uso de las marcas de fábrica o de comercio, a pesar de que no hay en el Acuerdo nada que respalde esa conclusión. Los reclamantes tratan de diferenciar un "derecho de uso", que aceptan que el Acuerdo sobre los ADPIC no confiere, de lo que caracterizan como un "interés en el uso" y la "importancia del uso" para que las marcas de fábrica o de comercio puedan "cumplir su función básica". Los argumentos de los reclamantes acerca de los "intereses en el uso" y la "importancia del uso" son en lo fundamental el mismo argumento sobre el "derecho de uso" con un aspecto diferente. El argumento de los reclamantes a este respecto es en lo fundamental teleológico - dado que las marcas de fábrica o de comercio sirven para "distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas" cuando se usan con ese fin, el Acuerdo sobre los ADPIC tendrá necesariamente la protección de este *telos* como uno de sus objetivos básicos, y el término "injustificablemente" deberá interpretarse a esa luz.[4917]

7.2341. El primer problema que presenta este argumento es que lleva a preguntarse cuáles son los "intereses" que el Acuerdo sobre los ADPIC trata de "proteger". A esta pregunta se responde examinando las disposiciones pertinentes del Acuerdo, y no sobre la base de razonamiento teleológicos. La principal preocupación del Acuerdo sobre los ADPIC es asegurarse de que todos los Miembros reconozcan y velen por la observancia de un determinado nivel mínimo de derechos de

[4914] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 374.
[4915] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 403 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 343).
[4916] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 404-407; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 179 y 182. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 177-178.
[4917] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 188.

propiedad intelectual. El Acuerdo sobre los ADPIC siempre define esos derechos como derechos de exclusión, y ni una sola vez hace referencia a un "derecho de uso". Las observaciones teleológicas de los reclamantes concernientes a un "interés en el uso" y la "importancia del uso" serían aplicables a *todas* las formas de propiedad intelectual abarcadas por el Acuerdo sobre los ADPIC, cuando, por el contrario, sus términos evidencian que el Acuerdo no otorga derechos por lo que respecta al uso de la propiedad intelectual.[4918]

7.2342. El uso de otras formas de propiedad intelectual es cuando menos igualmente importante para permitir que esas formas "cumplan su función básica". Además, los titulares de otras formas de propiedad intelectual tienen como mínimo un "interés" igualmente legítimo en el uso de esa propiedad intelectual. Pese a ello, el Acuerdo sobre los ADPIC no impone ninguna limitación a la manera en que los Miembros regulen el uso de otras formas de propiedad intelectual. Esto confirma que el uso de la propiedad intelectual, de cualquier tipo, no constituye una preocupación primaria del Acuerdo sobre los ADPIC, y es una cuestión a la que el Acuerdo prácticamente no impone limitación alguna.[4919]

7.2343. Australia sostiene que los argumentos de los reclamantes acerca de los "intereses" equivalen a afirmar que dado que el artículo 20 impone alguna limitación a la capacidad de los Miembros para complicar el uso de las marcas de fábrica o de comercio, necesariamente dicho uso representa una preocupación fundamental del Acuerdo sobre los ADPIC que merece los mayores niveles de protección por el tratado, incluida una prescripción de "mínima restrictividad". No obstante, esta aseveración simplemente presupone la conclusión del análisis interpretativo. Cabría afirmar que cada obligación positiva establecida en los acuerdos abarcados refleja un "interés protegido por el tratado", pero de ello no se sigue que cada uno de esos "intereses" sea igualmente importante, o que deba interpretarse que la obligación impone los niveles más elevados de protección de ese "interés". La naturaleza de la obligación impuesta por una disposición de un tratado solo puede determinarse interpretando los términos pertinentes del tratado de conformidad con su sentido corriente, en su contexto, y teniendo en cuenta el objeto y fin del acuerdo. El término "injustificablemente" en el artículo 20, debidamente interpretado, no es equivalente a una norma de "necesidad" y no impone un requisito de "mínima restrictividad". Los argumentos de los reclamantes acerca de los intereses protegidos por el tratado, sea cual fuere su pertinencia interpretativa, no respaldan una conclusión distinta.[4920]

7.2344. Australia aduce que el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC respalda su interpretación del término "injustificablemente". A su juicio, el objeto y fin básico del Acuerdo sobre los ADPIC es asegurarse de que todos los Miembros de la OMC otorguen a los titulares de propiedad intelectual un nivel mínimo de derechos exclusivos. Esos derechos exclusivos son por su naturaleza "derechos negativos a impedir determinados actos", no "derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia". Como explica Carvalho, el "objetivo fundamental y global" del Acuerdo sobre los ADPIC "es la protección de los derechos de propiedad intelectual, no la libertad de explotarlos en el curso de operaciones comerciales".[4921]

7.2345. Australia añade que la naturaleza de los derechos que el Acuerdo sobre los ADPIC trata de proteger tiene repercusiones importantes en los derechos que los Miembros retienen para regular el uso y la explotación de la propiedad intelectual, incluidas las marcas de fábrica o de comercio. En *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* el Grupo Especial observó que el hecho de que el Acuerdo sobre los ADPIC obligue a los Miembros a otorgar ciertos derechos de exclusión negativos a los titulares de propiedad intelectual "ofrece de por sí a los Miembros libertad para lograr objetivos legítimos en materia de política pública", dado que la mayoría de las medidas que regulan el uso o la explotación de la propiedad intelectual no interferirán con los derechos de exclusión que los Miembros están obligados a otorgar. La mayoría de esas medidas está simplemente "fuera del ámbito de los derechos de propiedad intelectual" y

[4918] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 189.
[4919] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 190.
[4920] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 192-193.
[4921] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 376 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*,párrafo 7.246; y Carvalho, tercera edición, fragmentos presentados por Australia (Prueba documental AUS-236), página 348).

en consecuencia no están limitadas por las obligaciones asumidas por los Miembros en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.[4922]

7.2346. A juicio de Australia, el artículo 8 representa un reconocimiento expreso del amplio ámbito de actuación que los Miembros retienen en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC para adoptar leyes y reglamentos a efectos de política pública. El párrafo 1 del artículo 8 no es una excepción para medidas de política pública que son por lo demás incompatibles con las obligaciones asumidas por los Miembros en virtud del Acuerdo, sino que articula un principio fundamental del Acuerdo que ha de tenerse en cuenta al interpretar y aplicar sus otras disposiciones. Reconoce que cada Miembro retiene el derecho a adoptar medidas para alcanzar objetivos de política pública, entre ellas medidas para proteger la salud pública, siempre que esas medidas sean compatibles con las obligaciones asumidas por los Miembros en virtud del Acuerdo.[4923]

7.2347. La Declaración de Doha hace referencia a los principios establecidos en el párrafo 1 del artículo 8. El párrafo 4 de la Declaración dispone que el Acuerdo sobre los ADPIC "no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública", y "reafirma [] el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto". La Declaración señala además que "al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios", es decir, en los artículos 7 y 8.[4924]

7.2348. Un análisis basado en "sopesar y confrontar" es especialmente inadecuado en el caso de las medidas destinadas a proteger la salud pública. La Declaración de Doha sirve para subrayar que el término "injustificablemente" en el artículo 20 ofrece a los Miembros un amplio margen para aplicar medidas para proteger la salud pública, y, en contraste con el término "necesario", contempla una gama de posibles resultados que "puede demostrarse que son justos, razonables, o correctos", o que están "dentro de los límites de la razón". En este contexto pertinente, no incumbe a un grupo especial "sopesar y confrontar" las consideraciones, incluidas las consideraciones en materia de salud pública, que el Miembro tuvo en cuenta cuando elaboró la medida en litigio, a fin de sustituir por la suya propia la evaluación realizada por el Miembro que aplica la medida. Antes bien, incumbe al grupo especial evaluar si el Miembro reclamante ha demostrado que una complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio resultante de la medida en litigio es "injustificable".[4925]

7.3.5.5.1.2 Principales argumentos de los terceros

7.2349. La Argentina conviene con Australia en que el término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 debe analizarse en función de la vinculación -o la ausencia de ella- entre la complicación y el objetivo de política perseguido por la medida.[4926] También debe considerarse si la medida hace alguna contribución al objetivo. Sin embargo, la posible disponibilidad de medidas alternativas se asemeja más a una la prueba de "necesidad" que a una de "justificabilidad".[4927] En *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, el Grupo Especial señaló que el Acuerdo sobre los ADPIC no contiene en el resto de su articulado ninguna disposición que se corresponda con el artículo XX del GATT de 1994, y afirmó que una característica fundamental de la protección de los derechos de propiedad intelectual garantiza a los Estados la libertad para perseguir legítimos objetivos de política pública, dado que varias medidas de políticas públicas se encuentran fuera del alcance de los derechos de propiedad intelectual y no requieren una excepción bajo el Acuerdo sobre los ADPIC. Por lo tanto, la interpretación del concepto "impedimento injustificable" debe realizarse a la luz de las disposiciones del Acuerdo sobre

[4922] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 379 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*,párrafo 7.246).
[4923] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 380-381.
[4924] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 382.
[4925] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 163.
[4926] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 10. La Argentina también conviene conceptualmente con las observaciones formuladas por el Brasil, el Canadá, China y Japón. En ese sentido, la Argentina se refiere en particular al párrafo 49 de la comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, que se refleja en el párrafo 7.2350 *infra*. Respuesta de la Argentina en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafo 27.
[4927] Respuesta de la Argentina en calidad de tercero a la pregunta 19 del Grupo Especial..

los ADPIC y teniendo en cuenta su objeto y fin, sin extrapolar la aplicación del artículo XX del GATT de 1994.[4928] Teniendo en cuenta los principios fijados en el artículo 8.1 del Acuerdo sobre los ADPIC y la Declaración de Doha, el Acuerdo sobre los ADPIC debe ser aplicado de manera que apoye el derecho de los Miembros a proteger la salud pública[4929], teniendo en cuenta que el tabaco es un producto único por su alto contenido adictivo y perjudicial para la salud.[4930]

7.2350. El Brasil sostiene que en el artículo 20 el término "injustificablemente" está relacionado con el término "complicará", y no con la expresión "exigencias especiales". Así pues, lo que parece ser crucial para el análisis de la compatibilidad con el artículo 20 no es tanto si la medida es injustificable, sino si la complicación que impone al uso de una marca de fábrica o de comercio es injustificable.[4931] La existencia o inexistencia de una conexión racional entre la medida en litigio y un determinado objetivo de política puede no ser suficiente para evaluar si una exigencia especial complica injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. A juicio del Brasil, los reclamantes tendrían que demostrar que la complicación derivada de la medida no es proporcional a la importancia del objetivo perseguido, y el demandado tendría que presentar pruebas para demostrar que hay un equilibrio entre la importancia del objetivo perseguido y la complicación derivada de la medida por él impuesta.[4932] La definición en el diccionario de la palabra "*justifiable*" (justificable) transmite una idea de razonabilidad; por consiguiente, si se demuestra que la complicación derivada de una exigencia especial es excesiva en relación con la importancia del objetivo perseguido, probablemente esa complicación no será al mismo tiempo justificable.[4933]

7.2351. Por lo que respecta al contexto de la salud pública, el Brasil recuerda que la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en 2001 en Doha, reconoció que no hay en las normas de la OMC nada que impida a sus Miembros adoptar medidas para la protección de la vida o la salud de las personas, a los niveles que consideren adecuados, siempre que esas medidas i) no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones; ii) no representen una restricción encubierta del comercio internacional; y iii) sean en lo demás conformes a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC.[4934] Por lo que respecta a los compromisos específicos adoptados en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, la Conferencia Ministerial adoptó la Declaración de Doha, en la que acordó que el Acuerdo no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública, reafirmó el derecho de los Miembros de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto, y reconoció que estas flexibilidades incluyen, entre otras cosas, la obligación de que cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se lea a la luz de su objeto y fin (artículos 7 y 8) al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público.[4935]

7.2352. El Canadá aduce que si bien el término "justificable" conlleva algo que puede defenderse, apoyarse o que en lo fundamental es razonable, el término "necesario" significa algo "de lo que no se puede prescindir, requerido, esencial, preciso". Es evidente que el umbral para establecer si una medida es "necesaria" tiene que ser más alto y más riguroso que el umbral para establecer que una medida es "justificable". Si los Miembros hubieran querido utilizar la palabra "necesario" en el artículo 20 lo habrían hecho, como lo hicieron en varias otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Algunos de los reclamantes desearían que el Grupo Especial aglutinara los dos conceptos distintos de la "necesidad" y la "justificabilidad", pero esto supondría hacer caso omiso de un principio básico de la interpretación de los tratados.[4936] Aunque la prueba propuesta por

[4928] Respuesta de la Argentina en calidad de tercero a la pregunta 20 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Indicaciones geográficas*, párrafos 7.114 y 7.210); y comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 8.

[4929] Respuestas de la Argentina en calidad de tercero a las preguntas 23 y 21 del Grupo Especial, respectivamente.

[4930] Respuesta de la Argentina en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial.

[4931] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafo 48.

[4932] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafo 49.

[4933] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafo 50 (donde se hace referencia al *Shorter Oxford English Dictionary*).

[4934] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafo 18 (donde se hace referencia al párrafo 6 de la Declaración Ministerial de Doha, adoptada el 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1).

[4935] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafo 19 (donde se hace referencia a los párrafos 4 y 5 de la Declaración de Doha).

[4936] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 77-79 y 81 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 81; y *Japón - Bebidas*

Australia consistente en requerir que un reclamante establezca que no hay una conexión racional entre la exigencia y un objetivo de política pública legítimo, a fin de demostrar que la exigencia es "injustificable", impondría una carga extremadamente gravosa para establecer la existencia de una infracción del artículo 20, la prueba propuesta por los reclamantes para determinar si una exigencia es "injustificable" es igualmente insostenible, ya que requeriría que la exigencia fuese la menos restrictiva del comercio que permitiera alcanzar el objetivo.[4937]

7.2353. El Canadá sostiene que el párrafo 1 del artículo 8 no establece derechos u obligaciones, y no es una excepción para medidas que de otro modo sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, sino que se adhiere al principio de que los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas necesarias para proteger la salud.[4938] La prueba establecida para determinar si una medida es "injustificable" en el sentido del artículo 20 tiene que reflejar y preservar el margen reglamentario para proteger la salud pública reconocido en el párrafo 1 del artículo 8. Utilizar el texto del párrafo 1 del artículo 8 para importar la "necesidad" en el concepto de lo "injustificable" a fin de crear una prueba inadecuadamente rigurosa en el artículo 20 constituiría un uso indebido del párrafo 1 del artículo 8 y estaría en oposición a su objeto y fin.[4939]

7.2354. El Canadá, teniendo en cuenta el sentido corriente de las palabras, la jurisprudencia existente y el contexto pertinente, incluidas otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y la Declaración de Doha, propone que los elementos a examinar para determinar si una exigencia especial es "injustificable" en el sentido del artículo 20 comprendan lo siguiente; i) si el objetivo de la exigencia es legítimo; ii) si hay una conexión racional entre la exigencia y el objetivo legítimo; iii) si la exigencia contribuye al logro del objetivo; y iv) la medida en que la exigencia complica la manera en que una marca de fábrica o de comercio puede utilizarse.[4940] El proceso para determinar si una exigencia especial es "injustificable" requiere sopesar y confrontar esos factores. En otras palabras, un grupo especial sopesaría la importancia del objetivo y la contribución de la exigencia contrastándolas con la magnitud de la complicación en el uso de una marca de fábrica o de comercio.

7.2355. El Canadá hace hincapié en que la prueba que propone no incluye un análisis comparativo entre la medida en litigio y una medida alternativa a fin de determinar si esta última está razonablemente disponible, restringe menos el comercio, y contribuye de manera equivalente a alcanzar el objetivo. Conviene que una prueba de lo "justificable" excluya ese elemento comparativo, ya que el sentido corriente de ese término en su contexto indica que favorece una prueba que determine si una medida es defendible y razonable, no si es indispensable y es la que menos restringe el comercio.[4941] En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, el Canadá añade que el concepto de lo "justificable" en el artículo 20 afecta fundamentalmente a la relación entre la medida y la complicación, y no a cómo es la medida en comparación con otras posibles alternativas en lo tocante a su grado de complicación. No obstante, en algunos casos podría ser adecuado tener en cuenta otras alternativas que fueron contempladas pero rechazadas por el Miembro que aplica la medida, ya que ello podría ayudar a dilucidar, entre otras cosas, la contribución de la medida en litigio a su objetivo o su conexión racional con este.[4942]

7.2356. China aduce que el artículo 20, a diferencia del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994, no incorpora nociones como "necesidad", "mínima restrictividad del comercio" y "alternativas razonablemente disponibles", sino que utiliza un término más amplio, "injustificablemente". De conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación consagradas en el artículo 31 de la Convención de Viena, el texto del artículo 20 no tiene que pasarse por alto insertando en él algo que no se había incorporado a esa disposición. Además, una medida incompatible con las obligaciones establecidas en el GATT de 1994 puede justificarse por los motivos enunciados en cualquiera de los apartados a) a j) del artículo XX del GATT de 1994, siempre que se cumplan también las condiciones previstas en la cláusula introductoria de dicho

Alcohólicas II, página 22). Véase también la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 82-83, y la respuesta del Canadá a la pregunta 20 del Grupo Especial, párrafos 38-41.

[4937] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 85-86.

[4938] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 80.

[4939] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 21 del Grupo Especial. Véase también la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 8 y 10-11; y la respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 23 del Grupo Especial, párrafos 47-48.

[4940] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 87.

[4941] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 88-89.

[4942] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 19 del Grupo Especial, párrafo 37.

artículo, pero solo los apartados a), b), d), i) y j) establecen como criterio lo "necesario". Esto parece respaldar la opinión de que el criterio de lo "justificable" es menos riguroso que el de lo "necesario". Si esto es así, la jurisprudencia relativa al criterio de lo "necesario" en el marco del artículo XX del GATT de 1994 y/o el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no puede simplemente aplicarse al criterio de lo "justificable" en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.[4943]

7.2357. China añade que a diferencia de la prueba de lo "necesario" articulada en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la prueba "injustificablemente" en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no requiere un "análisis comparativo" entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas. Sin embargo, si la medida impugnada no contribuye, o contribuye muy poco, al logro de sus objetivos y complica en alto grado el uso de las marcas de fábrica o de comercio, cuando existen otras medidas que complican en un grado mucho menor el uso de las marcas de fábrica o de comercio y hacen una contribución equivalente o incluso muy superior al logro de los objetivos, será difícil que la medida impugnada esté justificada.[4944]

7.2358. China indica que el Grupo Especial, para determinar si una complicación impuesta por las medidas TPP es injustificable, tal vez tenga que examinar, de manera global, varios factores, entre ellos, sin carácter exhaustivo: i) el objetivo de política y su importancia; ii) el grado de la conexión racional, o, en otras palabras, la contribución de la medida al objetivo de política; y iii) la magnitud de la complicación impuesta por la medida. En términos generales, cuanto más importante sea el objetivo de política, más probable será que la complicación esté justificada; cuanto mayor sea la contribución de la medida al logro del objetivo de política, más probable será que la complicación esté justificada; y cuanto menor sea la magnitud de la complicación, más probable será que esté justificada.

7.2359. China sostiene que no se discute que el objetivo de política de las medidas TPP, incluidas las exigencias en materia de marcas de fábrica o de comercio que imponen, es proteger la salud pública controlando el uso de tabaco, y que este objetivo de política es muy importante. Aparentemente, tampoco se discute que las exigencias en materia de marcas de fábrica o de comercio complican en alto grado el uso de las marcas de tabaco en el curso de operaciones comerciales. Así pues, cabe esperar que el examen realizado por el Grupo Especial se concentre en la cuestión de la contribución de las exigencias en materia de marcas de fábrica o de comercio al objetivo de control del tabaco.[4945] En lo tocante al contexto de la salud pública, China afirma que "los Acuerdos de la OMC reconocen e integran valores e intereses sociales, como la protección de la salud pública, la moral pública y el medio ambiente". El prefacio del Acuerdo sobre la OMC dispone que las relaciones comerciales internacionales deben tender "a elevar los niveles de vida", lo que cabe considerar que incluye la salud de las personas, y tienen "el objetivo de un desarrollo sostenible". China hace también referencia a la Declaración de Marrakech de 15 de abril de 1994 como prueba del deseo de los Miembros de actuar en un sistema multilateral de comercio más justo y más abierto "en beneficio y por el bienestar de los pueblos". Entre los valores e intereses sociales reconocidos e integrados en los Acuerdos de la OMC, la "protección de la vida y la salud de las personas es 'vital y de la máxima importancia'".[4946]

7.2360. La Unión Europea aduce que el artículo 20 tiene que leerse a la luz de los objetivos y principios del Acuerdo sobre los ADPIC a fin de aclarar su sentido exacto. Las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC proporcionan un amplio margen de discrecionalidad para establecer un régimen de propiedad intelectual que pueda responder a preocupaciones en materia de salud pública. Sus artículos 7 y 8 son importantes para interpretar otras disposiciones del Acuerdo, entre otras cosas cuando los Miembros adoptan medidas para alcanzar objetivos sanitarios.[4947] Habida cuenta de la importancia de la Declaración de Doha, en particular sus párrafos 4 y 5 a)[4948], los grupos especiales y el Órgano de Apelación deben dar preferencia a interpretaciones del sentido de

[4943] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 49.
[4944] Respuesta de China en calidad de tercero a la pregunta 19 del Grupo Especial, páginas 7-8. Véase también la comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafos 50, 52 y 54.
[4945] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 56, página 7. Véase también la respuesta de China en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial.
[4946] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafos 5-6 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 172).
[4947] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafos 30-32.
[4948] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafos 33-35. (no se reproduce la nota de pie de página)

disposiciones concretas que "apoyen el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública en las diferencias".[4949] También es importante que se atribuya su debido peso al CMCT y a las directrices para su aplicación.[4950]

7.2361. La Unión Europea señala que las pruebas relativas al artículo 20 propuestas por las partes y por determinados terceros, que contienen de dos a cinco elementos, son semejantes, y que la diferencia clave en ellas es un distinto grado de justificación o, más exactamente, de deferencia.[4951] A su juicio, la aplicación de la prueba en el marco del artículo 20 debe conllevar necesariamente una indagación de si la medida puede contribuir a alcanzar un objetivo legítimo; no obstante, también debe conllevar una consideración del objetivo del artículo 20 y, en consecuencia, de los intereses o privilegios que este refleja. Así pues, como mantienen otros terceros, convendría que el Grupo Especial examinara tanto el grado de contribución al logro del objetivo como el grado de complicación. Lo que el Grupo Especial no debe hacer es interferir en las decisiones de los Miembros reguladores sobre el nivel de protección que ha de lograrse. Así pues, el que haya o no medidas menos restrictivas que pueden acercarse al nivel de protección deseado, pero no lo alcanzan, es irrelevante; eso nunca puede ser una base para considerar que una medida es injustificable.[4952]

7.2362. La Unión Europea considera que hay varios factores que respaldan la opinión de que, en términos generales, el artículo 20 ofrece un instrumento de interpretación flexible: i) si los negociadores hubieran querido una prueba de la "necesidad" en todos los casos, podrían haberlo dicho; ii) el Acuerdo sobre los ADPIC está centrado principalmente en impedir la interferencia de terceros en relación con los titulares de derechos, y no la interferencia reglamentaria en relación con estos; iii) los artículos 7 y 8 son un contexto pertinente y aclaran el objeto y fin del Acuerdo; iv) el razonamiento del Grupo Especial en *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, con el que la Unión Europea está de acuerdo, respalda la opinión de que debe entenderse que el artículo 20 abarca toda la gama de posibles justificaciones[4953]; v) el artículo 20, a diferencia, por ejemplo, de los artículos 13, 17 y 30 del Acuerdo sobre los ADPIC, no se refiere a consideraciones específicas que deban hacerse; y vi) el artículo 20 no tenía por objeto excluir la posibilidad de que los Miembros de la OMC apliquen nuevos enfoques reglamentarios que, por definición, todavía tienen que probarse en condiciones reales y que solo con el paso del tiempo pueden desplegar todos sus efectos.[4954]

7.2363. Tras señalar que, como cuestión de principio y en términos generales, es importante reconocer que el artículo 20 es un instrumento interpretativo flexible que puede abarcar toda la gama de posibles justificaciones, la Unión Europea sostiene que "en este caso concreto, dado que la medida en litigio es un reglamento técnico, consideramos que la interpretación y aplicación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC debe estar informada contextualmente por el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC". En la medida en que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC sea aplicable, la complicación no sería justificable si fuera incompatible con el párrafo 2 del artículo 2

[4949] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 35 (donde se cita el párrafo 4 de la Declaración de Doha).

[4950] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 36.

[4951] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafos 82-85. La Unión Europea identifica cinco elementos en las diversas pruebas propuestas: i) ¿es legítimo el objetivo de la exigencia? ii) ¿hay una conexión racional entre la exigencia y el objetivo legítimo? iii) ¿contribuye la exigencia al logro del objetivo? iv) ¿en qué medida complica la exigencia la manera en que una marca de fábrica o de comercio puede usarse? v) ¿hay posibles alternativas que puedan ser menos restrictivas y hacer al mismo tiempo una contribución equivalente al logro del objetivo? Observa que, si bien aparentemente las partes están de acuerdo en los dos primeros puntos, difieren en la medida en que el órgano resolutorio de la OMC debe obrar con deferencia en lo que respecta a los puntos iv) y v). *Ibid.,* párrafos 82-85 y 93.

[4952] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafos 89-90. Véanse también los párrafos 91-92.

[4953] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafos 97-101. La Unión Europea cita el párrafo 7.246 del informe del Grupo Especial sobre el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, citado en la nota 4493 *supra*.

[4954] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafos 102-103 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151, en apoyo de la afirmación de que la contribución de una medida puede demostrarse por proyecciones cuantitativas o razonamientos cualitativos apoyados por pruebas).

del Acuerdo OTC. Esto evitaría cualquier conflicto o duda acerca de la manera en que podría ser necesario resolver ese conflicto.[4955]

7.2364. El Japón aduce que el sentido corriente del término "injustificablemente" da a entender dos tipos de criterios: "corrección" y "razonabilidad". Por un lado, algunos de los factores esbozados en las pruebas propuestas por la República Dominicana y Honduras, como la contribución al logro del fin perseguido, así como el carácter relacional del análisis, son semejantes al análisis de la "necesidad" en el marco de algunos de los apartados del artículo XX del GATT de 1994 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC; sin embargo, no parece que esa prueba tenga fundamento alguno en el texto del Acuerdo sobre los ADPIC. Por otro lado, la prueba propuesta por Australia puede ser demasiado permisiva, ya que permitiría a los Miembros restringir el uso de marcas de fábrica o de comercio sin ninguna disciplina efectiva.[4956] Al examinar una alegación al amparo del artículo 20, un grupo especial tiene que determinar si la naturaleza y la magnitud de la complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio tiene una conexión racional con el objetivo de política. Para hacerlo pueden ser pertinentes los siguientes factores: si la complicación está razonablemente relacionada con el objetivo declarado, u obra en contra de ese objetivo; cuando el objetivo de política es legítimo, si la complicación es consecuencia de una solución única e inflexible aplicada a toda una amplia gama de situaciones en las que el problema está más o menos presente; y si la complicación está calibrada racionalmente para contribuir al logro del objetivo de política[4957] El Japón añade que la cuestión de si pudo haber alguna manera de contribuir a los objetivos de política declarados con un menor grado de complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio es pertinente para evaluar si la complicación está calibrada razonablemente respecto del objetivo de política, y es, en consecuencia, justificable.[4958]

7.2365. Corea opina que el "interés legítimo" del titular de una marca de fábrica o de comercio en utilizar dicha marca, reconocido por el Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones* geográficas en el contexto del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, debe tenerse en cuenta al interpretar el artículo 20.[4959]

7.2366. Malawi aduce que "el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que los Miembros pueden adoptar medidas 'necesarias' para proteger la salud pública, y únicamente si esas medidas son compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC. ... La medida de empaquetado genérico no es 'necesaria', porque no contribuye a su objetivo de salud pública, ni compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC".[4960]

7.2367. Nueva Zelandia sostiene que el término "*unjustifiable*" (injustificable) se define como "*not justifiable, indefensible*" (no justificable, indefendible). El término "*justifiable*" (justificable) se define como "*able to be legally or morally justified; able to be shown to be just, reasonable, or correct; defensible*" (que puede justificarse jurídica o moralmente; que puede demostrarse que es justo, razonable, o correcto; defendible).[4961] Una interpretación adecuada del término "injustificablemente" en el artículo 20, basada en la interpretación de la misma palabra en el artículo XX del GATT de 1994 hecha por el Órgano de Apelación, requiere que no haya una conexión racional entre ninguna complicación resultante de las exigencias especiales impuestas al uso de marcas de fábrica o de comercio, por un lado, y la implementación de un objetivo de política pública legítimo, por otro. Aunque el término "injustificablemente" aparece en el artículo XX del GATT de 1994 en conjunción con otros términos, entre ellos la restrictividad del comercio, que no figuran en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, la interpretación de ese

[4955] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafo 106.
[4956] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafos 18-21.
[4957] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafo 27.
[4958] Respuesta del Japón en calidad de tercero a la pregunta 19 del Grupo Especial, página 10.
[4959] Declaración de Corea en calidad de tercero en la primera reunión con el Grupo Especial, párrafo 7.
[4960] Declaración de Malawi en calidad de tercero, párrafo 17. Véase también la comunicación presentada por Malawi en calidad de tercero, párrafo 21.
[4961] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 60 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, Volumen 2, Extractos presentados por Australia (Prueba documental AUS-245), página 3445; y *Shorter Oxford English Dictionary*, Volumen 1, Extractos presentados por Australia, Parte 1 (Prueba documental AUS-243), página 1482).

término por el Órgano de Apelación sigue ofreciendo una orientación útil, con independencia de esas diferencias.[4962]

7.2368. Ninguna de las diversas interpretaciones del término "injustificablemente" propuestas por los reclamantes está respaldada por el sentido corriente de ese término interpretado en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC. Dado que las nociones de "necesidad" y "mínima restrictividad del comercio" no se incluyeron en el artículo 20, es razonable inferir que los redactores del artículo 20 no quisieron incorporarlas. La utilización de distintos términos crea una presunción de que se quería que los términos tuvieran un sentido distinto. Dada la enorme e incontrovertible diferencia entre el término "injustificablemente" y los términos utilizados para establecer requisitos de necesidad y mínima restrictividad del comercio, no es plausible que los reclamantes indiquen que ese fue el sentido previsto del término "injustificablemente" en el artículo 20.[4963]

7.2369. La Declaración de Doha hace referencia a los principios enunciados en el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, afirma que el Acuerdo sobre los ADPIC "no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública" y "reafirma[] el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto".[4964] El párrafo 1 del artículo 8 reconoce que todos los Miembros retienen el derecho a adoptar medidas para el logro de objetivos de política pública, entre ellas medidas para proteger la salud pública, siempre que sean compatibles con las obligaciones asumidas por ellos en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 1 del artículo 8 es, en lo fundamental, una declaración de política y no una excepción general al Acuerdo sobre los ADPIC.[4965]

7.2370. Nicaragua mantiene que el término "injustificablemente" puede tener una amplia gama de sentidos en función del contexto concreto en que se utilice. El sentido de ese término en el artículo XX del GATT de 1994 no puede transponerse directamente al término tal como se utiliza en el Acuerdo sobre los ADPIC.[4966] No debe interpretarse el término "injustificablemente" de manera que permita cualquier complicación que esté relacionada con un objetivo de política legítima. La proporcionalidad y la idoneidad son las dos condiciones cruciales para imponer cualquier complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio.[4967] La proporcionalidad obliga a sopesar y confrontar la complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio y la contribución al logro del objetivo de política legítimo. La idoneidad requiere un examen de la manera en que la complicación opera y de si es adecuada y ajustada para alcanzar el objetivo.[4968] Una parte de este análisis consiste en determinar si hay alternativas disponibles que contribuyen de manera equivalente al logro del objetivo con un grado menor de complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio.[4969]

7.2371. Nicaragua afirma que los reclamantes han acreditado *prima facie* que las medidas TPP no son adecuadas para reducir el consumo de tabaco. También por esa razón, las medidas TPP constituyen una complicación "inadecuada" y en consecuencia "injustificable" del uso de una marca de fábrica o de comercio.[4970] Además, las medidas TPP son "injustificables" porque lo probable es que aumenten el consumo de tabaco, aumenten el comercio ilícito y tengan consecuencias perjudiciales para la salud, de manera que obran en contra del objetivo sanitario invocado.[4971]

7.2372. Nicaragua aduce que si bien el párrafo 1 del artículo 8 confirma que la "salud pública" es uno de los objetivos de política legítimos, eso no significa que cualquier medida adoptada para proteger la salud pública sea "justificable" en el sentido del artículo 20. El propio párrafo 1 del artículo 8 dispone que esas medidas tienen que ser, como mínimo, "necesarias" para "proteger" la salud pública. Además, el párrafo 1 del artículo 8 aclara que la medida, aunque sea necesaria para

[4962] Respuesta de Nueva Zelandia en calidad de tercero a la pregunta 20 del Grupo Especial, página 10. Véase también la comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 61-64.
[4963] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 72-76.
[4964] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 69.
[4965] Respuestas de Nueva Zelandia en calidad de tercero a las preguntas 21 y 23 del Grupo Especial.
[4966] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 20 del Grupo Especial, páginas 13-14.
[4967] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafos 28-29.
[4968] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, página 12.
[4969] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 19 del Grupo Especial, página 13.
[4970] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafo 29.
[4971] Comunicación presentada por Nicaragua en calidad de tercero, párrafos 31-32.

proteger la salud, tiene que ser compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Esto significa que el término "injustificablemente" en el artículo 20 añade una obligación, y desde luego no impone un criterio menos riguroso que el de necesidad.[4972]

7.2373. Noruega sostiene que la palabra "*justified*" (justificado) significa, entre otras cosas, "*reasonable*" (razonable) y que tiene "*adequate grounds*" (fundamentos adecuados).[4973] El sentido corriente de la palabra "injustificable", tal como ha sido interpretada por el Órgano de Apelación en el contexto del artículo XX del GATT de 1994, respalda la opinión de que el término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 alude a una indagación de si hay una "conexión racional" entre las "exigencias especiales" y la directiva de política subyacente en esas exigencias.[4974]

7.2374. Por lo que respecta a las consideraciones clave en las que un grupo especial debe orientarse al evaluar el término "injustificablemente", Noruega aduce, en primer lugar, que el concepto de "(in)justificabilidad" es distinto del de "necesidad". Ambos términos figuran en el Acuerdo sobre los ADPIC, y debe darse sentido a la opción de los redactores de utilizar la palabra "injustificablemente" en lugar de "necesario" en el artículo 20. Por consiguiente, el concepto de "necesidad", incluido el análisis comparativo conexo entre la medida en litigio y cualquier alternativa menos restrictiva, no debe formar parte de la prueba que debe aplicarse en la evaluación del término "(in)justificablemente" en el artículo 20. En segundo lugar, la prueba entraña la determinación del objetivo de política subyacente en las exigencias especiales, así como la importancia -o legitimidad- de ese objetivo. Esta consideración garantizará que la razón de ser subyacente en las exigencias sea lo bastante importante para justificar la complicación. En tercer lugar, la valoración debe incluir un análisis de si hay una "conexión racional" entre las "exigencias especiales" y el objetivo de política subyacente en esas exigencias.[4975]

7.2375. Noruega no considera que el grado de contribución de la medida al objetivo de política y la magnitud de la complicación sean consideraciones cruciales para la evaluación de la "(in)justificabilidad". Si el Grupo Especial examinara el grado de contribución, debería tener en cuenta el contexto más amplio de las estrategias integrales aplicadas para luchar contra problemas de salud complejos, como la promoción de la salud pública mediante la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco.[4976] Noruega sostiene que la "libertad intrínseca de perseguir objetivos de política pública" está reconocida en el párrafo 1 del artículo 8, que debe interpretarse como un principio fundamental a tener en cuenta al interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC. Así se reconoce en la declaración de Doha, en la que los Miembros de la OMC no solo subrayaron que dicho Acuerdo "no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública", sino que también declararon que "cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios".[4977]

7.2376. Omán hace suyos los argumentos jurídicos y pruebas fácticas presentados en las comunicaciones de Australia al Grupo Especial. Hace hincapié, además, en que no hay en el Acuerdo sobre los ADPIC nada que otorgue a los titulares de marcas de fábrica o de comercio un derecho positivo a utilizar sus marcas. Además, el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC contempla el derecho de los Miembros a formular y modificar sus reglamentaciones para proteger la salud pública, siempre que sean compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC. Además, la Declaración de Doha reconoce expresamente el "derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública", y confirma el acuerdo de los Miembros de la OMC en cuanto a que el

[4972] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 21 del Grupo Especial, página 14.
[4973] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 56 (donde se hace referencia a *Collins English Dictionary*, novena edición (HarperCollins Publishers, 2007)).
[4974] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafos 58-59 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 225; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306).
[4975] Respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafos 36-38.
[4976] Respuestas de Noruega en calidad de tercero a las preguntas del Grupo Especial 17 (párrafo 39) y 22 (párrafo 49) (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151).
[4977] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 64.

Acuerdo sobre los ADPIC "puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye" ese derecho.[4978]

7.2377. Singapur sostiene que convendría adoptar una interpretación del término "injustificablemente" en el artículo 20 que sea similar a la del término "injustificable" en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994. El criterio de necesidad no debe utilizarse para determinar la justificabilidad de la medida con arreglo al artículo 20.[4979] Una medida no es injustificable si tiene una conexión racional con un objetivo legítimo. Para adoptar una determinación sobre esta cuestión es preciso tener en cuenta los siguientes factores: i) la importancia del interés que se trata de proteger; ii) la magnitud de la complicación; y iii) el grado de contribución de la medida al logro del objetivo de política. Si el objetivo de una política es legítimo, la evaluación de si la medida tiene una conexión racional con el objetivo requeriría sopesar y confrontar los tres factores arriba mencionados.[4980] La existencia de una medida alternativa que dé lugar a un grado menor de complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio no es una consideración pertinente, porque la prueba de la injustificabilidad no es la misma que la prueba de la necesidad en el sentido del artículo XX del GATT de 1994 o el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[4981]

7.2378. Singapur aduce que los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio conferidos por el Acuerdo sobre los ADPIC son derechos negativos de exclusión, y no derechos positivos de uso. Como reconoce el artículo 19, el Acuerdo sobre los ADPIC no impide a los Miembros imponer una reglamentación gubernamental que pueda impedir que el titular de una marca de fábrica o de comercio utilice una marca que está debidamente registrada. A la luz de esas dos observaciones, el criterio para evaluar la justificabilidad o injustificabilidad de una medida en el sentido del artículo 20 debe ser menos riguroso que el que regula las excepciones a los derechos conferidos por el Acuerdo sobre los ADPIC.[4982] El párrafo 1 del artículo 8, que reconoce y afirma el derecho soberano de los Miembros a adoptar medidas en materia de salud pública, debe leerse en conjunción con el párrafo 4 de la Declaración de Doha, que dispone que el Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública. La Declaración de Doha constituye un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena. Así pues, el término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 debe interpretarse de manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC a proteger la salud pública.[4983]

7.2379. Sudáfrica aduce que el término "injustificablemente" alude a medidas que no tienen un fundamento razonado, es decir, que no tienen una conexión racional con un objetivo legítimo concreto. Esto es algo que debe determinarse caso por caso. Para establecer la "justificabilidad" de una medida es preciso defender o explicar de manera convincente su razón de ser -no si la medida en sí misma será eficaz-.[4984] De una interpretación adecuada del término "injustificablemente" se deduce que en el artículo 20 no figura ningún criterio de "necesidad" o de "mínima restrictividad del comercio". El término "injustificablemente" no tiene el mismo sentido que "necesario", y no debe interpretarse que impone un criterio similar al análisis requerido por el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, incluidas sus nociones de "mínima restrictividad" y "alternativas razonablemente disponibles".[4985]

7.2380. Sudáfrica añade que el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC no confiere ningún derecho en lo que respecta a las marcas de fábrica o de comercio, y simplemente reafirma principios generales que deben aplicarse al Acuerdo, el cual no impide a los Miembros la introducción de medidas destinadas a proteger la salud pública. El uso del término "necesarias" en el párrafo 1 del artículo 8 debe entenderse como una consideración pertinente para informar la

[4978] Declaración presentada por Omán en calidad de tercero, párrafos 4 y 15-16.
[4979] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 20 del Grupo Especial, página 12; y comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 52-53 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 226-227).
[4980] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, página 10.
[4981] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 19 del Grupo Especial, página 11.
[4982] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 47-49.
[4983] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 21 del Grupo Especial, página 13.
[4984] Respuestas de Sudáfrica en calidad de tercero a las preguntas del Grupo Especial 17 (página 8) y 19 (página 9).
[4985] Declaración de Sudáfrica en calidad de tercero, párrafo 3.8.

razón de ser de las medidas pertinentes, pero no modifica por arte de magia el uso del término "injustificablemente" en el artículo 20.[4986]

7.2381. El Taipei Chino sostiene que los factores clave para evaluar la "(in)justificabilidad" de una complicación del uso en el sentido del artículo 20 deben incluir, sin carácter exhaustivo, los siguientes; i) legitimidad de los objetivos; ii) importancia de los objetivos (por ejemplo, si son de interés público); iii) si hay una conexión racional entre las medidas y los objetivos; iv) el grado en que medidas contribuyen al logro de los objetivos; y v) el grado en que las medidas complican el uso de una marca de fábrica o de comercio. En lo tocante al cuarto factor deberá otorgarse la debida importancia a directrices internacionales basadas en pruebas como el CMCT y las directrices para su aplicación, en particular las relativas a la aplicación de los artículos 11 y 13, que recomiendan que las partes estudien la posibilidad de establecer el empaquetado genérico. En las presentes diferencias, esas recomendaciones de consenso enunciadas por el organismo internacional especializado "acreditan *prima facie* la contribución sustancial de las directrices a los objetivos del [CMCT]".[4987]

7.2382. En opinión del Taipei Chino, dado que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994 son estructuralmente distintos, de poco sirve hacer referencia a la interpretación del término "injustificable" en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994 a fin de explicar el término "injustificablemente" en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2383. El Taipei Chino añade que el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC demuestra que dicho Acuerdo reconoce la importancia de la salud pública y apoya la adopción por los Miembros de la OMC de medidas destinadas a salvaguardar el interés público. Sirve como principio orientador para la interpretación del artículo 20 y otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. El artículo 20 determina si una medida específica complicaría injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio; el término "necesarias" en el párrafo 1 del artículo 8 no alude a un factor para evaluar si debe considerarse que esa complicación es justificable en el sentido del artículo 20.[4988]

7.2384. Tailandia sostiene que hay una norma bien establecida de que los tratados deben interpretarse teniendo en cuenta su objeto y fin. El artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC alude al "bienestar social y económico" y a un "equilibrio de derechos y obligaciones" como objetivos del Acuerdo. Este debe interpretarse de manera que permita a los Miembros de la OMC cumplir las obligaciones establecidas en el Acuerdo de una manera que mantenga el equilibrio global entre la protección de los derechos privados y los derechos soberanos para perseguir intereses socioeconómicos para el público en general.[4989]

7.2385. Tailandia aduce que el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC es una orientación interpretativa que dispone que los Miembros de la OMC pueden ejercer sus derechos a adoptar medidas necesarias para hacer frente a preocupaciones en materia de salud pública. Se presume que esas medidas son compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC a no ser que los reclamantes satisfagan la carga de probar lo contrario. El Grupo Especial debe cuidarse de no propugnar criterios de protección más rigurosos que los criterios mínimos expresamente requeridos por el Acuerdo sobre los ADPIC. Toda interpretación derivada de una disposición del Acuerdo sobre los ADPIC que no sea clara debe obrar en beneficio de la salud pública a fin de evitar en la mayor medida de lo posible conflictos entre los derechos de propiedad intelectual y los intereses públicos.[4990]

7.2386. Tailandia considera que cabría aducir que la Declaración de Doha constituye una "Decisión Ministerial", en el sentido del párrafo 1 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC, que ofrece orientación interpretativa por lo que respecta al Acuerdo sobre los ADPIC en la esfera de la salud pública. Como consecuencia de ello, la Declaración de Doha es indispensable para interpretar

[4986] Respuesta de Sudáfrica en calidad de tercero a la pregunta 23 del Grupo Especial, página 10.
[4987] Respuesta del Taipei Chino en calidad de tercero a la pregunta 17 del Grupo Especial, páginas 2-3.
[4988] Respuestas del Taipei Chino en calidad de tercero a las preguntas 20-21 del Grupo Especial, páginas 4-5.
[4989] Declaración de Tailandia en calidad de tercero, párrafo 4; y comunicación presentada por Tailandia en calidad de tercero, párrafo 9.
[4990] Comunicación de Tailandia en calidad de tercero, párrafo 14.

las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC en esta diferencia. Tailandia cree, además, que la Declaración de Doha también constituye una "acuerdo ulterior", en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, que articula un entendimiento común en lo que respecta al derecho de los Miembros de la OMC a abordar preocupaciones en materia de salud pública, al tiempo que reafirma que el Acuerdo sobre los ADPIC debe interpretarse en forma que apoye dicho derecho. Por consiguiente, de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención, el Grupo Especial ha de tener en cuenta la Declaración de Doha a efectos de interpretación del tratado.[4991]

7.2387. Por lo que respecta a las repercusiones de la Declaración de Doha, Tailandia considera que, de conformidad con la primera parte de su párrafo 4, en casos de ambigüedad o cuando más de una interpretación es posible, el Grupo Especial debe otorgar más importancia a la interpretación que cause las menores interferencias en el ejercicio por los Miembros de la OMC de su derecho a proteger la salud pública. La segunda parte del párrafo 4 reafirma el derecho de los Miembros de la OMC a aprovechar la flexibilidad que el Acuerdo sobre los ADPIC concede a efectos de protección de la salud pública. Además, el apartado a) del párrafo 5 indica que la interpretación del Acuerdo a la luz del objeto y fin tal como se expresa en los artículos 7 y 8 es una flexibilidad que los Miembros de la OMC pueden utilizar "al máximo". Como consecuencia de ello, al cumplir su deber de interpretación jurídica, el Grupo Especial debe leer el Acuerdo sobre los ADPIC de manera que ofrezca suficiente flexibilidad para integrar las necesidades en materia de salud pública de los Miembros de la OMC, de conformidad con los objetivos y principios del citado Acuerdo.[4992]

7.2388. Turquía aduce que el texto de la primera frase del artículo 20 evidencia que hay casos en los que el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales puede ser restringido "justificablemente". A juicio de Turquía, una restricción justificable solo puede ser consecuencia de una reglamentación encaminada a alcanzar un objetivo de política legítimo. El párrafo 1 del artículo 8 informa al intérprete de que los objetivos de política mencionados en él, como la protección de la salud pública, son objetivos de política legítimos que han de tenerse en cuenta al evaluar si una medida es "justificable" o "injustificable" en el sentido del artículo 20. Turquía considera, además, que si se confirma que una medida es "necesaria" para proteger la salud pública, en el sentido del párrafo 1 del artículo 8, ello puede indicar que cabe considerar que dicha medida no "complica injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio, en el sentido del artículo 20.[4993]

7.2389. El Uruguay sostiene que la expresión "injustificadas" debe ser interpretada en su sentido corriente y literal. A este respecto, está de acuerdo con los argumentos Australia.[4994] El artículo 19.1 del ADPIC reafirma el principio de que el uso de una marca comercial puede ser regulado por parte del Estado.[4995] De su artículo 7 se desprende que la protección y la observancia de la propiedad intelectual deben favorecer el bienestar social y económico y no lo contrario. Las políticas de control del tabaco promueven el bienestar social y económico frente a un problema de salud pública que consume importantes recursos en forma de tratamientos de salud y muertes prematuras y que representa un alto costo para la sociedad en su conjunto. Por esa razón, representan también una sólida política económica.[4996]

7.2390. A juicio del Uruguay, es fundamental tener en cuenta el alcance de los derechos concedidos al titular en virtud de disposiciones de propiedad intelectual. Las protecciones de la PI incluyen el derecho a excluir a otros de la realización de determinados actos de comercio respecto de un objeto protegido como una marca comercial, pero la PI no confiere derechos para realizar cualquier acto de comercio en relación con un objeto protegido. El principio expresado en el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC no tiene el carácter de excepción, sino que permite a los Miembros adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública siempre que tales

[4991] Declaración de Tailandia en calidad de tercero, párrafos 17-19 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 267).
[4992] Declaración de Tailandia en calidad de tercero, párrafos 20-22.
[4993] Comunicación presentada por Turquía en calidad de tercero, párrafo 17; y respuestas de Turquía en calidad de tercero a las preguntas 21 y 23 del Grupo Especial, páginas 1-2.
[4994] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 53 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 395 y 408).
[4995] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 51.
[4996] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 57.

medidas sean compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC. Aunque la Ley TPP tiene un impacto económico y comercial, su objetivo principal es la protección de la salud pública.[4997]

7.2391. La Declaración de Doha, y en particular su apartado 4, reafirma y ratifica el principio según el cual los miembros tienen el derecho de proteger la salud pública; también reafirma que este principio está incorporado en el sistema multilateral y en el Acuerdo sobre los ADPIC. Por lo tanto es una reafirmación de la legitimidad del objetivo perseguido por la medida.[4998] Además, el Uruguay considera que la protección de la salud pública está dentro de la competencia soberana de los Estados y cada Miembro tiene el derecho y la obligación de legislar en base al interés general en aras de un objetivo legítimo de salud pública. Asimismo, en el derecho humanitario los Estados se consagran como garantes principales de la defensa al derecho a la vida y a la salud, entendidos como necesarios para el desarrollo de una sociedad equitativa y justa. Dentro del sistema de la OMC este derecho se reconoce en el Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo OTC y el GATT 94 y también se reconoce en otros organismos de derecho internacional, como el CMCT, así como en la legislación nacional de muchos Estados Miembros.[4999]

7.2392. Zimbabwe considera que el derecho a usar una marca de fábrica o de comercio está protegido por el derecho internacional, en particular los artículos 16 y 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, como se explica en el informe del experto Profesor Dinwoodie. Australia tiene derecho, como todos los Miembros, a promulgar excepciones limitadas de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio con arreglo al artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, siempre que esas excepciones limitadas tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca de fábrica o de comercio y de los terceros. Esos intereses legítimos incluyen el derecho a usar la marca y a preservar su carácter distintivo. No puede considerarse que la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio o una reglamentación muy rigurosa del uso de marcas verbales constituyan una excepción "limitada". Además, el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que los Miembros pueden adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública siempre que esas medidas sean compatibles con el Acuerdo. Las medidas australianas no son "necesarias", ya que no contribuyen a reducir la tasa de consumo de tabaco, ni son compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC porque infringen, entre otros, el artículo 20. Así pues, la ilicitud de las medidas australianas no puede excusarse por referencia a los artículos 8 o 17 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5000]

7.3.5.5.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2393. De conformidad con las normas de interpretación aplicables, tenemos que determinar el sentido corriente que ha de darse al término "injustificablemente" en el artículo 20, en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin de la disposición y del Acuerdo.[5001]

7.2394. El término "injustificablemente" es una forma adverbial del término "injustificable", y alude a algo que se hace de manera injustificable. Así se refleja también en el texto francés del artículo 20, que utiliza la expresión "*de manière injustifiable*" (de manera injustificable).[5002] El término "*unjustifiable*" (injustificable) significa "*[n]ot justifiable, indefensible*" (no justificable, indefendible).[5003] El término "*justifiable*" (justificable) significa, a su vez, "*[a]ble to be legally or morally justified; able to be shown to be just, reasonable, or correct; defensible*" (que puede justificarse jurídica o moralmente; que puede demostrarse que es justo, razonable o correcto; defendible)[5004] y el adverbio "*justifiably*" (justificablemente) significa "*[i]n a justifiable manner; with justification*" (de manera justificable; con justificación).[5005] El término "*justification*"

[4997] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafos 45 y 49.
[4998] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 47.
[4999] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 106.
[5000] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafos 34 y 41-42 (donde se hace referencia a G. Dinwoodie, "*Compatibility of Restrictions on the Use of Trade Marks with the TRIPS Agreement*", 13 de julio de 2014 (Informe de Dinwoodie) (Prueba documental UKR-1)).
[5001] Véase el párrafo 7.1822 *supra*.
[5002] El texto español es "injustificablemente".
[5003] *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 2, fragmentos presentados por Australia (Prueba documental AUS-245), página 3445.
[5004] *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1 fragmentos presentados por Australia, Parte 1 (Prueba documental AUS-243), página 1482.
[5005] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*justifiably*", disponible en:

(justificación), significa, a su vez "*a good reason*" (una buena razón) o, concretamente en el contexto jurídico, "*[t]he showing or maintaining in court of sufficient reason for having committed the act to be answered for*" (la demostración o el mantenimiento ante el tribunal de una razón suficiente para haber cometido el acto del que ha de responderse).[5006]

7.2395. Por consiguiente, el término "injustificablemente" alude a la capacidad para proporcionar una "justificación" o una "buena razón" para la acción o situación pertinente que sea razonable en el sentido de que proporcione apoyo suficiente para esa acción o situación. En el artículo 20, el término "injustificablemente" matiza el verbo "complicará". Así pues, las definiciones arriba citadas indican que el término "injustificablemente", tal como se utiliza en el artículo 20, se refiere a los casos en los que el uso de una marca de fábrica o de comercio es complicado por exigencias especiales sin una justificación o razón que sea suficiente para respaldar la complicación resultante.

7.2396. Esto, a su vez, significa que puede haber casos en los que existan buenas razones que apoyen suficientemente la complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio de manera razonable. Seguidamente consideraremos los tipos de razones que pueden proporcionar una base para esas complicaciones.

7.2397. El artículo 20 no identifica expresamente los tipos de razones que pueden servir de base para la "justificabilidad" de una complicación. A ese respecto encontramos una orientación general útil en el contexto que ofrecen otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2398. Observamos, en primer lugar, que el primer considerando del preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC enuncia un objetivo crucial de dicho Acuerdo, a saber, "reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo", y tiene en cuenta la necesidad, por un lado, "de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual" y, por otro, "de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo".

7.2399. Consideramos asimismo que el artículo 7, titulado "Objetivos" y el artículo 8, titulado "Principios", ofrecen un contexto pertinente.

7.2400. El artículo 7, titulado "Objetivos", dispone lo siguiente:

> La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

7.2401. El artículo 8, titulado "Principios", dispone en su primer párrafo lo siguiente:

> Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.

7.2402. Los artículos 7 y 8, junto con el preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC, articulan metas y principios generales subyacentes en dicho Acuerdo que han de tenerse presentes cuando se están interpretando disposiciones específicas del mismo en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. Como observó el Grupo Especial en *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos* al interpretar los términos del artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC, "[e]s obvio que, al hacerlo, hay que tener presentes los objetivos y las limitaciones indicados en el artículo 7 y en el párrafo 1

<http://www.oed.com/view/Entry/102221?redirectedFrom=justifiably#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5006] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*justification*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/102224?redirectedFrom=justification&>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

del artículo 8, así como las demás disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC en las que se indican el objeto y el fin de este".[5007]

7.2403. El artículo 7 refleja la intención de establecer y mantener un equilibrio entre los objetivos sociales en él mencionados. El párrafo 1 del artículo 8, por su parte, aclara que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC no tienen por objeto impedir que los Miembros adopten leyes y reglamentos que persigan determinados objetivos legítimos, concretamente medidas "necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población" y "promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico", siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo.

7.2404. El artículo 8 ofrece, a nuestro juicio, una orientación contextual útil para interpretar el término "injustificablemente" en el artículo 20. Concretamente, los principios reflejados en el párrafo 1 del artículo 8 expresan la intención de los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC de preservar la capacidad de los Miembros de la OMC para atender a ciertos intereses sociales legítimos, al tiempo que confirman el reconocimiento de que determinadas medidas adoptadas por los Miembros de la OMC con esos fines pueden repercutir en los derechos de propiedad intelectual, y requieren que esas medidas sean "compatibles con lo dispuesto en el... Acuerdo [sobre los ADPIC]".

7.2405. A nuestro entender, la prescripción del artículo 20 de que el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales no se complique "injustificablemente", interpretada en este contexto más amplio, refleja el reconocimiento de que puede haber razones legítimas por las que un Miembro puede complicar ese uso. El término "injustificablemente" define, en el contexto específico de las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio, el criterio aplicable para determinar si esas complicaciones son admisibles.

7.2406. A nuestro juicio, los objetivos específicos identificados expresamente en el párrafo 1 del artículo 8 no agotan necesariamente el ámbito de que lo que puede ser un fundamento válido para que la "justificabilidad" de complicaciones del uso de las marcas de fábrica o de comercio en el sentido del artículo 20. No obstante, su identificación en el párrafo 1 del artículo 8 puede arrojar luz sobre los tipos de "intereses sociales" reconocidos que pueden proporcionar una base para justificar medidas con arreglo a los términos específicos del artículo 20, e indudablemente especifica la salud pública como uno de esos intereses sociales reconocidos.[5008]

7.2407. Señalamos a este respecto que la Declaración de Doha, adoptada por los Ministros el 14 de noviembre de 2001, dispone que "[a]l aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios".[5009]

7.2408. Aunque esa declaración se hizo en el contexto específico de una reafirmación por los Miembros de la flexibilidad que el Acuerdo sobre los ADPIC proporciona en relación con las medidas adoptadas para la protección de la salud pública, observamos que el párrafo 5 de la Declaración de Doha está formulado en términos generales, e invita al intérprete del Acuerdo sobre los ADPIC a leer "cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC" a la luz del objeto y fin del Acuerdo, tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios. Como se indica más arriba, los artículos 7 y 8 tienen una importancia crucial para establecer los objetivos y principios que, según la Declaración de Doha, expresan el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC pertinente para su interpretación.

7.2409. A nuestro juicio, puede considerarse que este párrafo de la Declaración de Doha 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. Como ha aclarado el Órgano de Apelación:

> Basándonos en el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, consideramos que una decisión adoptada por los Miembros puede ser considerada un

[5007] Informe del Grupo Especial, *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*, párrafo 7.26.

[5008] Cf. Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 370; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 313 (donde se examinan objetivos legítimos en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC).

[5009] Declaración de Doha, párrafo 5.

> "acuerdo ulterior entre las partes" acerca de la interpretación de un acuerdo abarcado o de la aplicación de sus disposiciones si: i) la decisión se adopta, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo abarcado pertinente; y ii) los términos y el contenido de la decisión expresan un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación* o *aplicación* de una disposición de las normas de la OMC.[5010]

7.2410. En el presente caso, el instrumento de que se trata es una "declaración", y no una "decisión". No obstante, la Declaración de Doha fue adoptada por una decisión consensuada de los Miembros de la OMC, al más alto nivel, el 14 de noviembre de 2001, con ocasión de la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, posterior a la adopción del Acuerdo sobre la OMC, cuyo Anexo 1C comprende el Acuerdo sobre los ADPIC. A nuestro entender, los términos y el contenido de la decisión por la que se adoptó la Declaración de Doha expresan un acuerdo entre los Miembros acerca del criterio a aplicar para interpretar las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Ese acuerdo, más que reflejar una interpretación concreta de una disposición específica del Acuerdo sobre los ADPIC, confirma la manera en que "cada disposición" del Acuerdo debe interpretarse, y en consecuencia "concretamente guarda[] relación"[5011] con la interpretación de cada una de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2411. La orientación que ofrece la Declaración de Doha es coherente, como la propia Declaración indica, con las normas de interpretación aplicables, que requieren que el intérprete de un tratado tenga en cuenta el contexto y el objeto y fin del tratado que se está interpretando, y confirma, a nuestro entender, que los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC ofrecen un contexto importante para la interpretación del artículo 20.

7.2412. Las partes se han referido ampliamente a las repercusiones que el empleo del término "injustificablemente" en el artículo 20 tiene en la naturaleza y el alcance de la relación que debe existir entre, por un lado, las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes de las exigencias especiales en litigio y, por otro, las razones por las que esas exigencias especiales se adoptaron o, en otras palabras, cómo debe determinarse si esas razones son suficientes para sustentar y justificar la complicación resultante de las exigencias especiales.[5012]

7.2413. Además de tratar de establecer el sentido corriente del término "injustificablemente" en el artículo 20, las partes han buscado orientación a este respecto en la interpretación del término "injustificable" en otras disposiciones de los acuerdos abarcados, o contrastando el término "injustificablemente" con los términos "innecesariamente" o "necesario" y términos afines que figuran en otras disposiciones de los acuerdos abarcados.

[5010] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 262 (las cursivas figuran en el original). Véanse también los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafo 7.27, nota 39 (donde se señala que "los Ministros reconocieron la necesidad de asegurar la coherencia en la solución de las diferencias a que den lugar las medidas antidumping y las medidas en materia de derechos compensatorios" en la Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 o con la Parte V del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el artículo VI del GATT de 1994 o con la Parte V del Acuerdo SMC), y se aplica un análisis interpretativo similar para abordar cuestiones análogas en el marco del Acuerdo Antidumping); *Estados Unidos - Madera blanca VI*, párrafo 7.18 (donde se hace referencia a la Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el artículo VI del GATT DE 1994 o con la Parte V del Acuerdo SMC); *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM*, párrafo 7.351 (donde se hace referencia a la Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el artículo VI del GATT DE 1994 o con la Parte V del Acuerdo SMC); *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 7.81 (donde se hace referencia a la Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el artículo VI del GATT DE 1994 o con la Parte V del Acuerdo SMC); *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 7.58, nota 45 (donde se hace referencia a la Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el artículo VI del GATT DE 1994 o con la Parte V del Acuerdo SMC); y *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 7.354 (donde se hace referencia a la Declaración relativa a la solución de diferencias de conformidad con el artículo VI del GATT DE 1994 o con la Parte V del Acuerdo SMC).

[5011] Esta expresión fue utilizada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 372 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 265, donde a su vez se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 390).

[5012] Véase la sección 7.3.5.5.1.1 *supra*.

7.2414. A este respecto, Australia responde a las opiniones de los reclamantes acerca del sentido de esos términos y la relación entre ellos que, dado que el uso de términos iguales o similares en disposiciones distintas de los acuerdos abarcados crea una presunción de que debe interpretarse que los términos tienen el mismo sentido o un sentido similar[5013], el uso de términos distintos crea una presunción de que la intención era que tuviesen un sentido distinto. Compara el sentido corriente de "injustificablemente" con el sentido de "necesario".[5014] La República Dominicana responde, a su vez, que el intérprete del tratado no puede partir de la suposición de que la palabra "injustificablemente" tiene que interpretarse por *oposición* a la palabra "innecesario"; antes bien, el proceso interpretativo debe comenzar discerniendo el sentido de la palabra realmente utilizada, es decir, "injustificablemente".[5015]

7.2415. Consideramos que debemos discernir el sentido adecuado del término "injustificablemente", tal como se utiliza en el artículo 20, en lugar de determinar su sentido principalmente por oposición a cualquier otro término. Al mismo tiempo, también estimamos que el empleo de términos idénticos o diferentes en disposiciones distintas de los acuerdos abarcados puede ofrecer un contexto pertinente y arrojar luz sobre el sentido que ha de darse a cada uno de ellos en sus respectivos contextos. En efecto, se ha interpretado que el empleo de términos distintos dentro de un acuerdo abarcado implica una elección deliberada destinada a transmitir sentidos distintos:

> Se impone la consecuencia de que la elección y uso de los distintos términos en diferentes lugares del *Acuerdo MSF* son deliberados, y que las distintas expresiones tienen por objeto transmitir significados diferentes. Quien interpreta un tratado no tiene derecho a suponer que ese uso sea meramente imputable a inadvertencia de parte de los Miembros que negociaron y redactaron ese Acuerdo.[5016]

7.2416. A la inversa, el uso del mismo término en contextos distintos no implica necesariamente una identidad total de su sentido. El Órgano de Apelación ha constatado a este respecto que la palabra "necesarias" "designa diversos grados de necesidad, según el contexto en que se emplee".[5017]

7.2417. El Órgano de Apelación también ha subrayado la importancia que tiene dar sentido al uso de distintos términos, en varios párrafos del artículo XX del GATT de 1994, para expresar "el grado de conexión o relación entre la medida sometida a examen y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar":

> Aplicando el principio básico de interpretación según el cual hay que atribuir a los términos de un tratado, como el *Acuerdo General*, su sentido corriente, en el contexto de estos y

[5013] Cuba aduce que el término "injustificablemente" puede tener muchos significados diferentes en función del contexto en el que se utilice y que el significado ordinario del término es solamente el principio del ejercicio holístico de interpretación. Véase la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 95. En este sentido señalamos que ninguna parte ha afirmado que en el presente caso deba darse un sentido especial a ese término. Véase el párrafo 4 del artículo 33 de la Convención de Viena. Así pues, cuando interpretemos ese término en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, debemos mantenernos dentro de una gama de interpretaciones que se ajusten al sentido corriente. Véase el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena.

[5014] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 384-400. A juicio de Australia, los términos conllevan grados de conexión distintos entre las exigencias especiales y los objetivos legítimos. *Ibid.,* Además, el sentido corriente de "injustificablemente" implica que normalmente habrá más de un resultado posible que "pueda demostrarse que es justo, razonable o correcto", o que "está dentro de los límites de la razón".

[5015] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 186.

[5016] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 164. No obstante, también observamos que esto no excluye la posibilidad de que el uso del mismo término en un contexto distinto, incluso dentro de la misma disposición de un acuerdo abarcado, tenga un sentido distinto dentro de cada contexto. Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 25; y *CE - Amianto*, párrafos 88-89 (donde se interpreta el término "similar" en el contexto de los párrafos 2 y 4 del artículo III del GATT de 1994, y se compara el término con un "acordeón" cuyo sentido se extiende y se contrae de manera distinta en contextos distintos).

[5017] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 374, nota 745 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 16)1. El Órgano de Apelación también ha señalado que "[e]n un extremo de este continuo, 'necesarias' se entiende como 'indispensables'; en el otro extremo, en el sentido de que 'que contribuyen a'". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 318, nota 642 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna,* párrafo 161)..

> teniendo en cuenta su objeto y fin, el Órgano de Apelación observa que en el Informe del Grupo Especial no se han tenido en cuenta de forma adecuada los términos utilizados efectivamente en el artículo XX y en sus distintos párrafos. Al enumerar las distintas categorías de actos de los gobiernos, leyes o reglamentos que los Miembros de la OMC pueden llevar a efecto o promulgar para aplicar o promover diferentes políticas o intereses estatales legítimos sin relación con la liberalización del comercio, el artículo XX utiliza distintos términos con respecto a distintas categorías:
>
> "necesarias" - en los apartados a), b) y d); "esenciales" - en el apartado j);
>
> "relativas a" - en los apartados c), e) y g); "para proteger" - en el apartado f);
>
> "en cumplimiento de" - en el apartado h); y "que impliquen" - en el apartado i).
>
> No parece razonable dar por supuesto que la intención de los Miembros de la OMC fuera exigir, para todas y cada una de las categorías, el mismo tipo o grado de conexión o relación entre la medida sometida a examen y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar.[5018]

7.2418. En el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el "tipo o grado de conexión o relación entre la medida sometida a examen y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar", en palabras del Órgano de Apelación, se expresa mediante el uso del término "injustificablemente". Es decir, los Miembros de la OMC han determinado, concretamente con respecto a las exigencias especiales que complican el uso de las marcas de fábrica o de comercio, que esas exigencias especiales no deben complicar "injustificablemente" ese uso.

7.2419. Observamos que el término "*necessary*" (en la versión española "necesario" o expresiones derivadas), en cambio, se utiliza en varias otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, a saber, el párrafo 2 del artículo 3, el párrafo 1 del artículo 8, el párrafo 2 del artículo 27, el párrafo 3 del artículo 39, el párrafo 2 del artículo 43, el párrafo 5 del artículo 50 y el apartado b) del artículo 73, así como en el párrafo 3 del artículo 11 del Convenio de París (1967) y el artículo 17 del Convenio de Berna (1971), incorporados por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC. El término se utiliza también en los párrafos 1 y 3 del artículo 31*bis* del Acuerdo sobre los ADPIC, así como en los párrafos 1 a) y 2 b) i) del Anexo del Acuerdo sobre los ADPIC.[5019] En el párrafo 2 del artículo 41 del Acuerdo sobre los ADPIC se utiliza el término "innecesariamente". A nuestro juicio, este contexto respalda la deducción de que hubo una opción deliberada por un término distinto, "injustificablemente", en el artículo 20. Por consiguiente, consideramos que no debe suponerse que el término "injustificablemente" en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es sinónimo de "innecesariamente".

7.2420. Al mismo tiempo, no creemos que deba suponerse que el término "injustificablemente", tal como se utiliza en el artículo 20, tiene exactamente el mismo sentido que el término "injustificable" tal como se utiliza en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Australia aduce que las interpretaciones de los términos "arbitrario o injustificable" en el artículo XX del GATT de 1994 propugnadas por el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* y *CE - Productos derivados de las focas* respaldan la opinión de que, en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el uso de una marca de fábrica o de comercio solo es complicado "injustificablemente" si no hay una conexión racional entre la imposición de las exigencias especiales y un objetivo de política pública legítimo.[5020]

7.2421. Las constataciones formuladas en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados* en que se apoya Australia no respaldan, a nuestro entender, su interpretación de los términos "arbitrario e injustificable" en el artículo XX del GATT de 1994. Las resoluciones a que hace referencia Australia aclaran que, en el marco del artículo XX del GATT de 1994, cuando *no* hay una conexión racional entre el objetivo de la medida a justificar y una discriminación derivada de la medida, debe constatarse que esa discriminación es "injustificable". Esta resolución respalda la opinión de que, en el contexto del artículo XX del GATT de 1994, la existencia de una "conexión racional" entre la

[5018] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 20.

[5019] Véase el Protocolo por el que se enmienda el Acuerdo sobre los ADPIC, hecho el 6 de diciembre de 2005, que figura en el documento WT/L/641. La enmienda entró en vigor el 23 de enero de 2017.

[5020] Véase el resumen de los argumentos de Australia en los párrafos 7.2328 y 7.2329.

discriminación a justificar y el objetivo de la medida es una condición *necesaria* para que no se considere que esa discriminación es "injustificable". Sin embargo, de ello no se sigue lógicamente que cuando quiera que efectivamente exista algún grado de conexión racional, este siempre sería *suficiente* para justificar la discriminación de que se trata con arreglo a lo dispuesto en la cláusula introductoria del artículo XX.

7.2422. Así pues, no encontramos en esas resoluciones respaldo para la idea de que, en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, debe entenderse que el término "injustificablemente" *solo* requiere la existencia de alguna conexión racional entre las complicaciones impuestas al uso de una marca de fábrica o de comercio y la razón por la que se imponen. Como se señala más arriba, el empleo del término "injustificablemente" transmite la idea de que es necesario que las complicaciones del uso de las marcas de fábrica o de comercio resultantes de exigencias especiales puedan ser explicadas, y de que debe existir una justificación o razón que apoye suficientemente la complicación resultante de la acción o medida en litigio. En ese sentido, convenimos en que en ambas disposiciones ese término refleja una expectativa de que exista algún grado de "conexión racional" entre la acción que se ha de explicar (en el artículo XX del GATT de 1994 la discriminación, y en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC una complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio) y las razones para su adopción.[5021] Sin embargo, esto no significa, a nuestro entender, que la existencia de *cualquier* conexión racional, por tenue que sea, siempre apoyaría suficientemente la imposición de esa complicación admisible en virtud del artículo 20.

7.2423. También hemos de tener debidamente en cuenta la acción que ha de justificarse, es decir, la complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales resultante de las exigencias especiales.

7.2424. A este respecto, la República Dominicana aduce que "el uso de una marca de fábrica o de comercio" es el interés protegido por el artículo 20, y que el objetivo de esa disposición es salvaguardar "en la mayor medida posible" la capacidad de una marca de fábrica o de comercio para cumplir su función básica de distinguir bienes y servicios.[5022] La República Dominicana y Honduras hacen también referencia al artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, y al concepto de "intereses legítimos" de los titulares de marcas de fábrica o de comercio en esa disposición, como contexto pertinente.[5023]

7.2425. El artículo 17, titulado "Excepciones", dice así: "Los Miembros podrán establecer excepciones limitadas de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, por ejemplo el uso leal de términos descriptivos, a condición de que en ellas se tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de terceros".

7.2426. Como señaló el Grupo Especial en *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, el artículo 17 "permite expresamente a los Miembros establecer excepciones limitadas de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio".[5024] Ese Grupo Especial distinguió los "intereses legítimos" del titular de la marca de fábrica o de comercio de los "derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio", y convino con el Grupo Especial a cargo del asunto *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos* en que "la expresión 'legítimos intereses', para que tenga sentido en este contexto, ha de definirse de la forma en que frecuentemente se utiliza en los textos jurídicos, es decir, como concepto normativo que exige la

[5021] Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafo 7.1321 (donde se indica que "[e]n varias diferencias, el Órgano de Apelación ha explicado que un análisis de si la discriminación es arbitraria o injustificable en el sentido de la cláusula introductoria del artículo XX 'debe centrarse en la causa de la discriminación, o los fundamentos expuestos para explicar su existencia'" (no se reproduce la nota de pie de página)).

[5022] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 145.

[5023] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 257; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 359.

[5024] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.647.

protección de intereses que son 'justificables' en el sentido de que están apoyados por políticas públicas u otras normas sociales pertinentes".[5025]

7.2427. El artículo 20 no aborda el establecimiento por los Miembros de la OMC de "excepciones a los derechos conferidos" por una marca de fábrica o de comercio. Tampoco hace referencia expresa a un concepto de "interés legítimo" del titular de la marca de fábrica o de comercio que deba tenerse en cuenta. No obstante, convenimos en que el artículo 17 puede ofrecer un contexto pertinente para la interpretación del artículo 20, en tanto en cuanto puede informar nuestra comprensión de la naturaleza y el alcance de los intereses pertinentes de los titulares de marcas de fábrica o de comercio que el Acuerdo sobre los ADPIC reconoce como "legítimos". En particular, observamos que en *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* el Grupo Especial constató que "[c]ada titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un interés legítimo en preservar ese carácter distintivo, o capacidad para distinguir, de su marca de fábrica o de comercio de modo que pueda cumplir esa función. Esto incluye su interés en usar su propia marca en relación con los bienes y servicios pertinentes de sus empresas propias y autorizadas".[5026]

7.2428. Este contexto confirma, a nuestro juicio, que al evaluar si las complicaciones del uso de una marca de fábrica o de comercio son "injustificables" en el sentido del artículo 20, debemos tomar debidamente en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en usar su marca "en el curso de operaciones comerciales" y la manera en que este se ve afectado por las complicaciones a justificar. Como también expresó el Grupo Especial en *CE -Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, este interés refleja la función de las marcas de fábrica o de comercio en el mercado, que beneficia tanto a los titulares de marcas de fábrica o de comercio como a los consumidores.[5027] Por tanto, una evaluación de la injustificabilidad de las complicaciones en el sentido del artículo 20 debe conllevar una consideración de la naturaleza y la magnitud de la complicación del uso, incluida la medida en que se impide que las marcas de fábrica o de comercio pertinentes cumplan su función prevista en el mercado.

7.2429. Así pues, en definitiva, tal como lo entendemos, el artículo 20 refleja el equilibrio deseado por los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC entre la existencia de un interés legítimo de los titulares de marcas de fábrica o de comercio en utilizar sus marcas en el mercado y el derecho de los Miembros de la OMC a adoptar medidas para proteger determinados intereses sociales que puede afectar desfavorablemente a dicho uso.

7.2430. A la luz de lo anterior, constatamos que una determinación de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales está siendo "injustificablemente" complicado por exigencias especiales debe conllevar una consideración de los siguientes factores:

a. la naturaleza y magnitud de la complicación resultante de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales, permitiendo así que la marca cumpla su función prevista;

b. las razones por las que se aplican las exigencias especiales, incluidos cualesquiera intereses sociales que tengan por objeto salvaguardar; y

c. si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para la complicación resultante.

[5025] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.662-7.663 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*, párrafo 7.69).

[5026] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664.

[5027] En *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, el Grupo Especial también señaló que el artículo 17 "no solo se refiere a los intereses legítimos de terceros, sino que los trata en condiciones de igualdad con los del titular del derecho". Añadió que la función de una marca de fábrica o de comercio de distinguir bienes y servicios de las empresas en el curso de operaciones comerciales "no solo sirve al titular sino también a los consumidores. Por consiguiente, los terceros pertinentes incluyen los consumidores. Los consumidores tienen un interés legítimo en poder distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otra, y de que se evite la confusión". Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafos 7.649 y 7.676; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.649 y 7.675.

7.2431. No estimamos necesario, en esta etapa de nuestro análisis, determinar con más detalle, en abstracto, cómo exactamente han de "sopesarse y confrontarse" los distintos intereses de que se trata a fin de llegar a una conclusión sobre si debe constatarse que una complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio es "injustificable" en un caso dado. Antes bien, a nuestro juicio, esa evaluación tendrá que realizarse caso por caso, a la luz de las circunstancias particulares del caso.

7.3.5.5.2 La cuestión de si las medidas TPP son injustificables *per se*

7.2432. En la anterior sección expusimos nuestro modo de entender la norma de examen aplicable para analizar la cuestión de si las exigencias especiales complican "injustificablemente" el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Antes de aplicar esta norma de examen a las medidas TPP examinaremos las alegaciones de los reclamantes de que dichas medidas son injustificables *per se*.

7.2433. Los reclamantes invocan varias razones por las que consideran que las medidas TPP son injustificables *per se*. En general, estiman que no puede considerarse que las medidas TPP, por su propia naturaleza, sean justificables en el sentido del artículo 20, por lo cual no es preciso que el Grupo Especial analice detalladamente el grado en que contribuyen (o no) a sus objetivos declarados. Aducen que el Grupo Especial solo tendría que examinar con detalle los argumentos y pruebas presentados a este respecto si discrepara de que las medidas son por su propia naturaleza injustificables.

7.2434. En primer lugar, Honduras e Indonesia aducen que la prohibición del uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas alcanza un nivel de restrictividad que no puede estar justificado. En segundo lugar, Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia aducen que las medidas TPP son injustificables porque Australia no evaluó la justificabilidad de las exigencias centrándose en marcas de fábrica o de comercio individuales y sus características individuales. En tercer lugar, Indonesia aduce que las medidas TPP complican injustificablemente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales porque Australia no respetó su propio procedimiento al adoptarlas, y en consecuencia no estableció la justificación misma requerida por el artículo 20 en lo que respecta a las complicaciones del uso de las marcas de fábrica de tabaco impuestas por sus medidas TPP. En cuarto lugar, Cuba aduce, adoptando un enfoque algo distinto, que las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio impuestas por las medidas TPP están comprendidas en la lista ilustrativa de medidas que figura en la primera frase del artículo 20, y en consecuencia, "cabe presumir que son inválidas".

7.2435. A continuación examinaremos sucesivamente cada una de esas alegaciones.

7.3.5.5.2.1 El carácter extremo de la complicación

Principales argumentos de las partes

7.2436. Honduras afirma que "cuando la restrictividad de una medida es especialmente severa y generalizada" deberá considerarse que dicha medida es injustificable sin que sea preciso examinar otros factores. A su juicio, las medidas TPP, por su propia naturaleza, socavan los principios clave del Acuerdo sobre los ADPIC, y en consecuencia no cabe estimar que sean justificables en el sentido del artículo 20.[5028] Más concretamente, aduce que las restricciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio eliminan la esencia de la protección de esas marcas prevista en el Acuerdo sobre los ADPIC. Al prohibir el uso de todas las marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco distintas de las prescritas por la Ley TPP, las medidas en litigio impiden directamente que esas marcas puedan cumplir su función básica, que es la de distinguir los bienes de distintas empresas. Habida cuenta de ello, las restricciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio son disposiciones que restringen esas marcas de manera especialmente generalizada y severa. Honduras considera que esta categoría de medidas es por su propia naturaleza injustificable, y en consecuencia incompatible con lo dispuesto en el artículo 20.[5029]

[5028] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 321.

[5029] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 335-336. En este contexto, Honduras también argumenta que las medidas TPP constituyen una restricción indiscriminada de todas las marcas de fábrica en

7.2437. Indonesia aduce que las medidas TPP, cuando impiden el uso de marcas de fábrica o de comercio, "son una 'complicación' en su forma más extrema, y en consecuencia no pueden justificarse a la luz del objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC y el contexto del artículo 20".[5030] A su juicio, "las exigencias [T]PP imponen cargas tan extremas al uso de marcas de fábrica o de comercio de tabaco que tienen por consecuencia una devaluación de esos bienes. No hay en el texto ni en el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC fundamento alguno para interpretar que esa acción es justificable en ninguna circunstancia. Por esa razón, no es preciso realizar más análisis, y el Grupo Especial debe constatar que las medidas [TPP] de Australia son incompatibles con el artículo 20 por cuanto prohíben el uso de marcas de fábrica o de comercio de tabaco".[5031]

7.2438. Australia responde que las alegaciones de Honduras e Indonesia se basan en la falsa premisa de que el Acuerdo sobre los ADPIC confiere al titular de una marca de fábrica o de comercio un "derecho de uso". Añade que "en el contexto del artículo 20, una medida que prohíbe el uso de determinados tipos de marcas de fábrica o de comercio registradas -suponiendo que esa prohibición esté de algún modo comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 20- no tiene *a priori* un estatus determinado entre los tipos de exigencias especiales que un Miembro puede imponer al uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales". Concluye que con arreglo al artículo 20 los Miembros pueden imponer exigencias especiales al uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales -incluida, en la medida en que dichas exigencias estén comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20, una prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio- siempre que la complicación resultante no sea injustificable.[5032]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2439. Recordamos que en la sección 7.3.5.3 *supra* hemos estudiado si las medidas TPP están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20 en tanto en cuanto prohíben el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco. En ese contexto hemos constatado que las medidas TPP, incluidas las prohibiciones que imponen al uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas, equivalen a "exigencias especiales" en el sentido del artículo 20, y "complican" el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.[5033]

7.2440. Honduras e Indonesia consideran que esas prohibiciones alcanzan un nivel de "restrictividad" que no puede justificarse bajo ninguna circunstancia, y que en consecuencia el Grupo Especial debe considerar que son injustificables *per se*.

7.2441. Observamos que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20, los Miembros se han comprometido a no "complicar[] injustificablemente ... con exigencias especiales" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Los términos utilizados en esa disposición no prohíben ningún tipo de "exigencias especiales" en particular, sino que supeditan la adopción de esas exigencias a que estas no "compli[quen] injustificablemente" el uso de marcas de fábrica o de comercio. Como se expone en la sección 7.3.5.5.1.3 *supra*, una consideración de si el uso de una marca de fábrica o de comercio está "complica[do] injustificablemente" conllevará normalmente un examen de varios elementos, entre ellos la naturaleza y la magnitud de la complicación derivada de las exigencias especiales de que se trate, las razones por las que esas exigencias se aplican, y la cuestión de si esas razones las apoyan suficientemente. Aunque una prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio entraña por su propia naturaleza un alto grado de complicación de ese uso, no vemos fundamento alguno para presuponer que un umbral o grado de complicación en particular sería intrínsecamente "injustificable" en el sentido de esta disposición. Antes bien, estimamos que esto siempre debe evaluarse a la luz de las circunstancias de conformidad con la norma de examen que hemos especificado más arriba. Este razonamiento es comparable, *mutatis mutandis*, con el formulado por el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* en el contexto del apartado b)

los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos, y no se aplican selectivamente a las características específicas de cada marca de fábrica o de comercio. Véase *ibid*., párrafo 334. En la sección 7.3.5.5.2.2 *infra* examinaremos las alegaciones de Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia de que las medidas TPP son injustificables debido a la falta de evaluación individual.

[5030] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 277.
[5031] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 284.
[5032] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 417-418.
[5033] Véase el párrafo 7.2245 *supra*.

del artículo XX del GATT de 1994: "Como reconoció el Grupo Especial, una prohibición de las importaciones es 'por su propio diseño todo lo restrictiva del comercio que puede ser'. Coincidimos con el Grupo Especial en que puede haber circunstancias en las que una medida de esa índole puede, a pesar de ello, ser necesaria en el sentido del apartado b) del artículo XX".[5034] De manera análoga, aunque reconocemos que una prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio entraña un grado muy alto de complicación, no creemos que esto la haga por su propia naturaleza injustificable al amparo del artículo 20.

7.2442. Por consiguiente, concluimos que las exigencias especiales que entrañan un alto grado de complicación, como las previstas en las medidas TPP que prohíben el uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas, no son injustificables *per se*. Antes bien, como se señala más arriba, tenemos que aplicarles la misma norma de examen, que hemos establecido en la sección 7.3.5.5.1.3. *supra*, que a otras exigencias especiales previstas en las medidas TPP.

7.3.5.5.2.2 La cuestión de si la injustificabilidad de las exigencias debe evaluarse con respecto a marcas de fábrica o de comercio y características individuales

Principales argumentos de las partes

7.2443. Honduras aduce que las restricciones impuestas al uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales deben aplicarse a marcas individuales, y no a una clase entera de marcas de fábrica o de comercio, y han de ser de naturaleza limitada.[5035] La protección de las marcas de fábrica o de comercio en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC se basa en la protección de marcas individuales, y "cualquier restricción de las marcas de fábrica o de comercio deberá afectar únicamente a las características específicas de la marca que socavan el objetivo de política de un Miembro".[5036]

7.2444. Honduras añade que "esta es precisamente la razón por la que la expresión en singular 'una marca de fábrica o de comercio' se utiliza en el artículo 20, así como en la mayoría de las demás disposiciones del Acuerdo".[5037] En su segunda comunicación escrita, Honduras reafirma que "el uso del singular confirma el enfoque individual respecto de las marcas de fábrica o de comercio que es tan característico de todas las disposiciones de la Sección 2. No es simplemente una 'convención de redacción', sino más bien el reflejo del enfoque individual aplicable a la creación, mantenimiento, observancia y uso de las marcas de fábrica o de comercio".[5038]

7.2445. A juicio de Honduras, ese enfoque de regular cada marca de fábrica o de comercio con arreglo a sus propias circunstancias en el Acuerdo sobre los ADPIC obedece a que los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio, en lo que se refiere a la adquisición, el registro, el mantenimiento y la observancia de la marca, se adquieren sobre una base individual.[5039] Honduras detalla lo anterior afirmando que "el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio, y la cuestión de si reúne las condiciones para su protección, registro y anulación, siempre se evalúan sobre una base *individual*. Así pues, el Acuerdo sobre los ADPIC presupone que todas y cada una de las marcas de fábrica o de comercio se tratarán a la luz de sus propias circunstancias *individuales*".[5040]

7.2446. En su réplica, Honduras explica que "evidentemente, los Miembros pueden imponer criterios generales que las marcas de fábrica o de comercio deben satisfacer para que su uso se permita. Lo que Honduras destaca es que las marcas de fábrica o de comercio se examinan y aprueban sobre una base individual y existen como marcas de fábrica o de comercio individuales". A la luz del contexto de la Sección 2 y el párrafo 2 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, y la sección B del artículo 6*quinquies* del Convenio de París, el artículo 20 requiere un análisis individualizado similar, o al menos no basado en clases, de las marcas de fábrica o de comercio

[5034] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 150-151.
[5035] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 289.
[5036] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 309.
[5037] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 289 (el subrayado es de Honduras).
[5038] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 370.
[5039] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 289.
[5040] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 309. (las cursivas figuran en el original)

cuando un Miembro trata de justificar, por razones de política pública, una exigencia especial que complica el uso de una marca.[5041]

7.2447. Honduras busca más apoyo contextual en el artículo 6*quinquies* del Convenio de París. Razona que esa disposición requiere que los Miembros registren y protejan las marcas de fábrica o de comercio sin interferir en su formato original; la protección de las marcas, a su vez, incluye la capacidad para utilizarlas en el curso de operaciones comerciales. Por consiguiente, a su juicio, la disposición implica que las desviaciones de la norma *tal cual es* por lo que respecta al uso solo están permitidas en casos excepcionales y dependerán de la naturaleza individual de cada marca de fábrica o de comercio en particular.[5042]

7.2448. Honduras busca asimismo apoyo contextual en el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC. A su entender, el artículo 17 confirma que las excepciones de los derechos conferidos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC han de ser de naturaleza "limitada" y tener en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca, incluido el uso. "En otras palabras, no puede considerarse que una medida que tiene un amplio ámbito de aplicación y abarca, de manera indiscriminada, una amplia gama de marcas de fábrica o de comercio, constituye una excepción limitada. Así pues, esa medida será incompatible con el principio básico del Acuerdo sobre los ADPIC de que las restricciones del *uso* de las marcas de fábrica o de comercio tienen que aplicarse a marcas *individuales* y ser de naturaleza *limitada*".[5043]

7.2449. Honduras aclara que "no cree que el artículo 17 requiera necesariamente, en todos y cada uno de los casos, que una medida afecte a marcas de fábrica o de comercio individuales. ... Antes bien, lo que importa es que el alcance de la excepción sea 'limitado'". Remitiéndose al informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, Honduras aduce que si bien el Grupo Especial señaló que las limitaciones previstas en el artículo 17 no necesariamente tienen que afectar a marcas individuales, aclaró que cuando la excepción de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio abarca categorías enteras de marcas, la medida en que esos derechos se vean afectados deberá ser cuantitativa o cualitativamente limitada, y no constituir una prohibición general u otro tipo de restricción indiscriminada.[5044] A juicio de Honduras, "la expresión 'excepciones limitadas' que figura en el artículo 17 respalda su argumento de que con arreglo al artículo 20 las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales deben ser de naturaleza 'limitada' -la complicación no puede aplicarse a una amplia gama de marcas de fábrica o de comercio de manera indiscriminada-".[5045]

7.2450. La República Dominicana aduce que las marcas de fábrica o de comercio y su protección están individualizadas en lo que respecta al contenido, la adquisición, el disfrute y la observancia de los derechos. Como consecuencia de ello, si un Miembro trata de complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio mediante exigencias especiales, deberá tener debidamente en cuenta las características individuales de cada una de las marcas afectadas. En el caso de las exigencias especiales que distorsionan directamente la apariencia y el contenido visual de una marca de fábrica o de comercio, los Miembros deben analizar individualmente las características de la marca que han de cambiarse, a fin de determinar si el cambio de esas características está justificado por la contribución que hará al logro del objetivo reglamentario que se persigue.[5046] La República Dominicana añade que "Australia estaba obligada, en virtud del artículo 20, a analizar individualmente las características supuestamente infractoras de cada marca de fábrica o de comercio, a fin de evaluar si alguna característica de una marca específica justificaba la complicación".[5047] Una consideración individual habría garantizado que, con respecto a cualesquiera marcas de fábrica o de comercio complicadas, Australia "prohibiera *únicamente las características de diseño específicas* -si las hubiera habido- que se hubiera demostrado eran

[5041] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 362.
[5042] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 290.
[5043] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 291. (las cursivas figuran en el original)
[5044] Respuesta de Honduras a la pregunta 91 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.650 y 7.654-7.657). Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 367.
[5045] Respuesta de Honduras a la pregunta 91 del Grupo Especial, página 7.
[5046] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 394.
[5047] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 400.

realmente problemáticas, permitiendo al mismo tiempo que otras características del diseño se siguieran utilizado sin complicaciones".[5048]

7.2451. A juicio de la República Dominicana, el texto mismo del artículo 20 respalda la opinión de que al evaluar la justificabilidad deben tenerse en cuenta las circunstancias propias de cada marca de fábrica o de comercio, dado que la materia objeto del análisis de la justificabilidad es "una marca de fábrica o de comercio", en singular.[5049]

7.2452. La República Dominicana aduce además que dado que la materia objeto del artículo 20 está definida por las palabras "marca de fábrica o de comercio", la evaluación de la justificabilidad debe tener en cuenta la naturaleza de las marcas de fábrica o de comercio y la protección de esas marcas. Argumenta que una marca de fábrica o de comercio se registra sobre la base de sus características específicas, tras un proceso de solicitud individual por el titular, y una evaluación y aprobación individual por el Miembro. Una marca de fábrica o de comercio también está protegida de infracciones y de su revocación mediante un proceso individualizado que tiene en cuenta sus características específicas.[5050]

7.2453. Remitiéndose al párrafo 1 del artículo 15, la República Dominicana explica que cada marca de fábrica o de comercio es un signo compuesto por letras, números, colores y/u otros elementos figurativos, y/o una combinación única de ellos. Un signo se registra, en primer lugar, como una marca de fábrica o de comercio sobre la base de sus características, tras un proceso de solicitud individual por el titular y una evaluación individual de las características por el Miembro, que culminan en la conclusión de que el signo es suficientemente único y distintivo.[5051]

7.2454. La República Dominicana aduce que una marca de fábrica o de comercio está protegida de infracciones en virtud de un proceso individualizado que tiene en cuenta sus características. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, por ejemplo, la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio para impedir el uso de signos de terceros depende, entre otros factores, de una evaluación individualizada del grado de similitud entre la marca de fábrica y el signo del tercero. Esa evaluación determina si las características del signo del tercero son "idéntic[as] o similares" a las de la marca de fábrica o de comercio.[5052]

7.2455. Además, una marca de fábrica o de comercio registrada está también protegida de la invalidación en virtud de un proceso individualizado que tiene en cuenta sus características. La sección B del artículo 6*quinquies* del Convenio de París contiene una lista exhaustiva de las razones por las que se permite invalidar o rehusar para su registro las marcas de fábrica o de comercio sujetas a esa disposición. Con arreglo a dicha disposición, la autoridad, al considerar si procede invalidar, deberá realizar una evaluación individual en la que se examine cada marca de fábrica o de comercio "en función de sus propias circunstancias".[5053]

7.2456. En lo tocante a la pertinencia de esas disposiciones, la República Dominicana aduce que "si bien las secciones B y C del artículo 6*quinquies* del Convenio de París regulan el *registro* de las marcas de fábrica o de comercio, y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC regula el *uso* de una marca de fábrica o de comercio, esas diferencias no significan que las primeras disposiciones no tengan una pertinencia contextual para la interpretación de la última. ... Una disposición es un contexto pertinente si tiene 'alguna pertinencia' para la interpretación de otra disposición".[5054] "Si se requiere a un Miembro que tenga en cuenta las características únicas de una marca de fábrica o de comercio al adoptar una decisión sobre su registro relacionada con esas características (por ejemplo, que inducen a error), es 'injustificable' que el Miembro haga caso omiso de esas mismas

[5048] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 403. (las cursivas figuran en el original)
[5049] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 386.
[5050] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial, párrafos 127-128.
[5051] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 211-212.
[5052] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 213.
[5053] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 214 (donde se hace referencia a Bodenhausen, texto completo (Prueba documental DOM-79), páginas 115-116).
[5054] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 219 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *China - Partes de automóviles*, párrafo 151). (las cursivas figuran en el original)

características cuando adopta una decisión de alcance similar (o incluso mayor) sobre el uso que también está relacionada con esas características (por ejemplo, que inducen a error)".[5055]

7.2457. La República Dominicana aduce asimismo que "si un Miembro mantiene actualmente el registro de una marca de fábrica o de comercio -y no ha invalidado la marca, basándose en 'sus propias circunstancias', porque induzca a error o sea de otro modo contraria a la moral- ese Miembro no puede, con arreglo al artículo 20, denegar el uso de esa marca de fábrica o de comercio debido a sus características, a menos que también examine la marca 'en función de sus propias circunstancias'".[5056] Añade que eso es precisamente lo que Australia ha hecho, ya que "no ha invalidado ni rehusado para el registro ninguna de las marcas de fábrica o de comercio sujetas a las prescripciones [T]PP porque induzcan a error o sean de otro modo contrarias a la moral pública (por ejemplo, inducen a los consumidores a adoptar una conducta nociva)".[5057]

7.2458. A juicio de la República Dominicana, de la palabra "injustificablemente" también se sigue que es necesario evaluar las características únicas de cada marca de fábrica o de comercio. Para respetar el sentido básico de la palabra "justificable", tal como se refleja en los sinónimos "racional, razonable, adecuado, defendible o justificado", un Miembro no puede hacer caso omiso de esas características al decidir si complica el uso de esa marca de fábrica o de comercio y cómo hacerlo.[5058]

7.2459. La República Dominicana señala que Australia, en su primera comunicación escrita, adujo que "si la justificación de la imposición de exigencias especiales al uso de una marca de fábrica o de comercio guarda relación con un grupo de marcas de fábrica o de comercio en cuanto clase, no hay en el artículo 20 nada que requiera que esa justificación se reitere por referencia a marcas individuales comprendidas en esa clase". La República Dominicana está de acuerdo en que si la decisión de complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio está relacionada con consideraciones comunes a todas las marcas pertenecientes a una clase, y no guarda relación con las características particulares de una marca, no será necesario hacer una evaluación individual.[5059] Mantiene asimismo que "Australia *no* excluye que pueda ser necesaria una evaluación en el marco del artículo 20 en los casos en que una complicación esté relacionada con consideraciones que *varían de una marca de fábrica o de comercio individual a otra* -y no son comunes a 'un grupo de marcas de fábrica o de comercio en cuanto clase-'".[5060]

7.2460. La República Dominicana considera que el artículo 17 es un contexto pertinente para el artículo 20. Señala que Australia recuerda una declaración del Grupo Especial a cargo del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* de que "no hay en el texto del artículo 17 nada que indique que el análisis caso por caso se requiera en el Acuerdo sobre los ADPIC". La República Dominicana, no obstante, aduce que la constatación del Grupo Especial en aquella diferencia respalda su opinión.[5061] En particular, argumenta que la decisión del Grupo Especial se basó en el hecho de que la Unión Europea había requerido que se realizara una evaluación individual de la marca de fábrica o de comercio y de la IG en la fecha del registro de esta última, lo que obviaba la necesidad de realizar una nueva evaluación individual más adelante.[5062] Añade que "así pues, con arreglo al artículo 17, en algunas circunstancias puede ser necesaria una evaluación individual de las características de una marca de fábrica o de comercio.

[5055] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 221. Véase también *ibid*. párrafo 257.
[5056] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 222. (no se reproduce la nota de pie de página)
[5057] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 223.
[5058] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 224-226. Véase también *ibid*. párrafo 247.
[5059] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 233 (donde se cita la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 411) (no se reproducen las cursivas de la República Dominicana). Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial, párrafos 133-134.
[5060] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 234. (las cursivas figuran en el original)
[5061] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 260 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 411, donde a su vez se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.672).
[5062] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 261.

Lo mismo cabe decir por lo que respecta al artículo 20: aunque no siempre es necesario realizar una evaluación individual, esta puede ser necesaria en función de las circunstancias".[5063]

7.2461. La República Dominicana indica que conviene con el Grupo Especial a cargo del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* en que el titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un "interés legítimo" en utilizar su marca, lo cual debe tenerse en cuenta al interpretar el artículo 20. En particular, a su entender, la importancia del interés legítimo en el "uso" es pertinente al examinar la naturaleza de las marcas de fábrica o de comercio y su protección, incluida la necesidad de realizar una evaluación individual de las complicaciones impuestas como consecuencia de preocupaciones acerca de las características específicas de una marca de fábrica o de comercio.[5064] La República Dominicana hace hincapié en que su argumento no guarda relación alguna con un derecho al uso, sino que es consecuencia de una interpretación del texto del artículo 20.[5065]

7.2462. La República Dominicana aduce que Australia debería haber estudiado por separado cada característica de diseño individual de cada marca de fábrica o de comercio, como el tipo de letra, el tamaño, el color, el color del fondo y la forma del signo de aprobación figurativo, especialmente cuando esté combinada con una advertencia sanitaria gráfica del 75%.[5066] Por ejemplo, un Miembro debe evaluar el *tipo de letra* del nombre de la marca para establecer si el tipo de letra de que se trata tiene los supuestos efectos nocivos (es decir, hace que la gente fume induciéndola a error o atrayéndola). Otro ejemplo es que tiene que tomar en cuenta *el uso de mayúsculas* y si las diferencias en el formato de las letras hacen que la gente fume. Además, si la complicación apunta a un uso determinado (por ejemplo, en el empaquetado para venta al por menor), también deberá tener en cuenta *el contexto en que tendrá lugar el uso*; las características de una marca de fábrica o de comercio, como el tipo de letra y el uso de letras mayúsculas, han de examinarse teniendo en cuenta que la imagen dominante en un paquete es la advertencia sanitaria.[5067]

7.2463. La República Dominicana "conviene en que, si la decisión de complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio está relacionada con consideraciones comunes a todas las marcas que constituyen una clase, y no guarda relación con las características de una marca de fábrica o de comercio determinada, no será necesaria una evaluación individual".[5068] Aduce, no obstante, que el hecho de que Australia no realizara una evaluación individual hace que las medidas TPP sean injustificables.[5069] En primer lugar, "no es 'justificable' -racional, razonable, adecuado, defendible o justificado- que una autoridad reglamentaria saque conclusiones acerca de los supuestos efectos de las *características de diseño de una marca de fábrica o de comercio* basándose en las *características del producto* al que se aplica la marca. Así pues, el hecho de que todas las marcas de fábrica o de comercio se apliquen a un producto determinado, incluso a un producto nocivo, no permite a la autoridad reglamentaria *suponer* que todas las características de diseño de todas esas marcas tienen efectos nocivos para los consumidores (por ejemplo, inducen a error o son atractivas)".[5070] En segundo lugar, no es justificable complicar el uso de todas las características de diseño de todas las marcas de fábrica o de comercio debido a la posibilidad de que determinadas características de diseño sean atractivas o induzcan a error.[5071]

7.2464. Cuba aduce que las trabas son "injustificables" porque el empaquetado genérico no se basa en una valoración individual de la marca de fábrica.[5072]

7.2465. Indonesia considera que cada tipo de exigencia especial y la complicación con él relacionada tienen que ser evaluados y "justificados" independientemente.[5073]

[5063] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 262.
[5064] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafos 65-69 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664).
[5065] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 264.
[5066] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 406-407.
[5067] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 227, 228 y 230.
[5068] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 233.
[5069] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 235.
[5070] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 238 (las cursivas figuran en el original). Véase también *ibid.*, párrafos 236-239.
[5071] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 240-255.
[5072] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 68.

7.2466. Indonesia aduce que no sería adecuado utilizar pruebas que puedan respaldar un tipo de complicación (por ejemplo, una limitación del uso de determinados colores) para justificar la imposición de un tipo de complicación distinto (requerir un determinado tipo de letra) o una gama de complicaciones de carácter general.[5074] Mantiene que "Australia ha dado por sentado que *cualquier* elemento de una marca de fábrica o de comercio ubicado *en cualquier lugar* tiene por efecto persuadir a la gente de que fume cuando esta de otro modo no lo haría".[5075]

7.2467. El Grupo Especial recabó las opiniones de Indonesia sobre el grado en que el efecto de distintos tipos de exigencias, como las relacionadas con el color o el tipo de letra, puede distinguirse del efecto global de las medidas TPP; y, en tanto en cuanto las pruebas no permitan distinguir entre esos elementos, qué repercusiones tendría ello en la evaluación de la justificabilidad de esas medidas en el sentido del artículo 20. En respuesta, Indonesia adujo que el hecho de que "Australia diera por sentado que cada elemento de cada marca de fábrica o de comercio que se utilice en un producto de tabaco o en su empaquetado es 'culpable' de inducir a la gente a fumar o de inducir a error a los consumidores" es suficiente para que el Grupo Especial constate la incompatibilidad con el artículo 20. Así pues, "no es necesario que el Grupo Especial trate de encontrar en los datos posteriores a la implementación una indicación de cuáles elementos Australia debería haber regulado y cuáles no".[5076]

7.2468. Australia responde que el hecho de que la adquisición, el registro y la observancia de las marcas de fábrica o de comercio normalmente tengan lugar sobre una base individual es simplemente consecuencia de que las marcas de fábrica o de comercio tienen que ser capaces de distinguir entre productos en el curso de operaciones comerciales. De ello no se sigue que cualquier justificación de la imposición de exigencias especiales al uso de una marca de fábrica o de comercio deba igualmente configurarse por referencia a las características de marcas individuales. El artículo 20 no se ocupa del registro de marcas de fábrica o de comercio individuales, sino más bien de las exigencias especiales que se imponen al uso de esas marcas. Si la justificación de la imposición de exigencias especiales al uso de una marca de fábrica o de comercio está relacionada con un grupo de marcas que constituye una clase, no hay en el artículo 20 nada que requiera que la justificación tenga que reiterarse por referencia a marcas individuales comprendidas en esa clase.[5077]

7.2469. En su segunda comunicación escrita, Australia afirma a modo de resumen que no hay en el artículo 20 nada que implique que sea necesario ningún tipo de "evaluación individualizada" en ninguna circunstancia. Por el contrario, el artículo 20 se ocupa claramente de medidas de política pública que probablemente afectarán a toda una categoría de marcas de fábrica o de comercio que dan pie a la preocupación en materia de política pública. El que una medida abarcada por el artículo 20 sea o no "injustificable" dependerá de la razón de ser de la medida en lo que se refiere a la categoría de marcas de fábrica o de comercio afectada en su conjunto.[5078]

7.2470. Australia aduce que los reclamantes no han invocado ningún fundamento interpretativo para su aseveración de que la prueba de lo "injustificable" requiere que los Miembros realicen una evaluación individualizada de las marcas de fábrica o de comercio.[5079] Por lo que respecta a la interpretación del artículo 20 basada en los "intereses legítimos" de los titulares de marcas de fábrica o de comercio y los Miembros de la OMC propugnada por la República Dominicana, Australia responde que esa expresión no figura en el artículo 20, y que los reclamantes no han explicado por qué el contexto que ofrece el artículo 17 obligaría al Grupo Especial a hacer una lectura que integrara las prescripciones de esta última disposición en el artículo 20.[5080] Añade que "la República Dominicana no mantiene que la obligación de hacer una 'evaluación individual' (al menos en algunos casos) se siga del sentido corriente del término 'injustificablemente', y no ha

[5073] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 293.
[5074] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 293.
[5075] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 316. (las cursivas figuran en el original)
[5076] Respuesta de Indonesia a la pregunta 106 del Grupo Especial, párrafo 31.
[5077] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 410-411. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 202.
[5078] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 204.
[5079] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 201 y 287.
[5080] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 173 y 179 (donde se hace referencia a la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 69). En el párrafo 7.2461 *supra* figura un resumen de la posición de la República Dominicana.

identificado en el contexto del artículo 20 o en el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC nada que respalde la obligación que asevera".[5081]

7.2471. En lo tocante a los argumentos de los reclamantes relativos al uso en singular de la expresión "una marca de fábrica o de comercio" en la primera frase del artículo 20, Australia responde que tratan de atribuir significado interpretativo a lo que no es sino una convención de redacción. Añade que el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC también hace referencia a "una marca de fábrica o de comercio" en singular, y que pese a ello el Grupo Especial a cargo del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* mantuvo que no hay en el texto del artículo 17 nada que requiera que las excepciones de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio se establezcan sobre una base individual. A su juicio, no hay razón alguna por la que en el caso del artículo 20 pueda llegarse a una conclusión distinta.[5082] Añade que a menudo (cuando no normalmente) la justificación de la imposición de exigencias especiales al uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales estará relacionada con una clase de marcas en su conjunto, como los productos farmacéuticos y los productos que son intrínsecamente peligrosos para la salud de las personas (como el tabaco).[5083]

7.2472. Por lo que respecta a los argumentos contextuales relacionados con el artículo 17 presentados por los reclamantes, Australia observa que en *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* el Grupo Especial constató que no es necesario que ninguna excepción de los derechos conferidos por el artículo 16 "t[enga] en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca de fábrica o de comercio" de manera individual. El Grupo Especial observó que si bien la reglamentación en litigio requería un análisis caso por caso de la IG en la fecha de registro, "no hay en el texto del artículo 17 nada que indique que el análisis caso por caso es una obligación establecida en el Acuerdo sobre los ADPIC". A juicio de Australia, la conclusión del Grupo Especial es aplicable *a fortiori* a la interpretación del artículo 20, el cual, a diferencia del artículo 17, no afecta a las excepciones de los derechos conferidos en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Antes bien, el artículo 20 es una disposición que se ocupa de las exigencias especiales que los Miembros imponen al uso de una marca de fábrica o de comercio para alcanzar objetivos de salud pública, y la justificación de esas exigencias estará a menudo relacionada con una clase de marcas de fábrica o de comercio en su conjunto.[5084,5085]

7.2473. Australia aduce que los reclamantes también tratan de encontrar apoyo a su posición en su aseveración global de que el Acuerdo sobre los ADPIC establece un "derecho de uso". Hace referencia, en particular, a los argumentos contextuales de Honduras relativos al artículo 6*quinquies* del Convenio de París. Australia responde que "el Acuerdo sobre los ADPIC no establece un 'derecho de uso' que de algún modo requiera una 'evaluación individual' de determinadas marcas de fábrica o de comercio cuando se imponen exigencias especiales al uso de una clase de marcas".[5086]

[5081] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 201.

[5082] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 413.

[5083] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 414.

[5084] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 411 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.672); y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 202 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.672).

[5085] Australia añade que, "aun en el caso de que una medida *estuviera* relacionada con las 'características específicas' de determinadas marcas de fábrica o de comercio, de ello no se sigue que la medida es 'injustificable' si no se ha realizado una 'evaluación individualizada' de cada marca afectada por la medida. La razón de ser de una medida que está sujeta a lo dispuesto en el artículo 20 podría estar relacionada con una categoría entera de marcas de fábrica o de comercio que poseen alguna característica relacionada con el objetivo de la medida. Por ejemplo, si el objetivo de la medida fuera mejorar la legibilidad del empaquetado de un producto farmacéutico en beneficio de la tercera edad o de personas con visión disminuida, la medida podría requerir que las marcas de fábrica de productos farmacéuticos registradas con un tipo de letra cursiva se imprimieran con un tipo de letra no cursiva en el empaquetado del producto. La razón de ser de esa medida estaría relacionada con toda la categoría de marcas de fábrica o de comercio que están registradas con un tipo de letra cursiva. No se necesitaría ninguna 'evaluación individualizada' de las 'características específicas' de cada marca de fábrica o de comercio comprendida en esa categoría". Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 203. (las cursivas figuran en el original)

[5086] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 412.

7.2474. Australia señala a la atención las "preocupantes repercusiones" de lo que a su juicio representa "un enfoque probatorio extremo respecto de la formulación de políticas en materia de salud pública", y pone en tela de juicio la plausibilidad de realizar evaluaciones individualizadas de cada elemento de cada marca de fábrica o de comercio para cada uno de los muchos centenares de paquetes de tabaco y cigarros (puros) que estaban presentes en el mercado de Australia antes de la implementación del empaquetado genérico del tabaco.[5087]

7.2475. Por lo que respecta a las medidas TPP en particular, Australia aduce que con independencia de que el argumento de los reclamantes acerca de la "evaluación individualizada" tenga o no algún fundamento jurídico, el hecho es que se basa en ya sea un malentendido o una caracterización errónea de los objetivos de las medidas y de la manera en que estas funcionan. Explica que "la premisa de la medida de empaquetado genérico del tabaco no es que 'características específicas' de marcas de fábrica o de comercio determinadas aumenten el atractivo de los productos de tabaco, resten eficacia a las ASG, o induzcan a error a los consumidores en cuanto a los perjuicios derivados del uso de tabaco ... la premisa de la medida de empaquetado genérico del tabaco es que prescribir una apariencia genérica normalizada en los paquetes y productos de tabaco reducirá al mínimo la capacidad de estos para producir cualquiera de esos efectos". Argumenta que, en consonancia con las directrices del CMCT, "la apariencia genérica normalizada de los paquetes de tabaco tiene por objeto eliminar la posibilidad de que las empresas tabacaleras utilicen el paquete como un medio para publicitar y promover el producto" y transmitir cualesquiera asociaciones positivas.[5088] Australia añade que "el diseño del paquete *elimina* la capacidad de las empresas tabacaleras para usar elementos de diseño figurativos con objeto de aumentar el atractivo del paquete o crear algún tipo de asociación positiva con el producto, ya sea de masculinidad, de femineidad, de juventud, de pureza, de buena relación calidad-precio, o cualquier otra asociación que una empresa tabacalera pudiera querer que estuviera vinculada a su producto".[5089]

7.2476. Australia aduce que, aparte de impedir que las empresas tabacaleras utilicen el paquete para aumentar el atractivo de los productos de tabaco, la apariencia genérica del paquete sirve a otros fines importantes: limitar la capacidad del paquete para desviar la atención de las ASG y reducir su visibilidad; impedir que las empresas tabacaleras utilicen distintos colores para crear una percepción engañosa de los efectos nocivos del uso del tabaco o para explotar ciertas asociaciones positivas con determinados colores; y, más ampliamente, restar normalidad al tabaco, que es un producto extraordinariamente peligroso, de hecho el único producto de consumo lícito que mata a sus usuarios cuando se usa como está previsto.[5090]

7.2477. En resumen, Australia explica que "la medida de empaquetado genérico del tabaco no afecta a las 'características específicas' de marcas de fábrica o de comercio determinadas".[5091]

7.2478. Australia sostiene, además, que la República Dominicana reconoce que no se necesita una "evaluación individualizada" a menos que la medida afecte a las "características específicas"

[5087] Declaración final de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 2-16.

[5088] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 291. Australia cita el párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco), que estipula lo siguiente:

> El efecto publicitario o promocional del empaquetado se puede eliminar si se exige un envasado sencillo, a saber: en blanco y negro u otros dos colores contrastantes, según indique la autoridad nacional; nada más que un nombre de marca, un nombre de producto y/o un nombre de fabricante, datos de contacto y la cantidad de producto que contiene el envase, sin logotipos ni otros rasgos distintivos aparte de las advertencias sanitarias, timbres fiscales y otra información o marcado obligatorio; un tipo y un tamaño de letra especificados y una forma, un tamaño y materiales normalizados. *No debería haber publicidad ni promoción dentro del paquete ni adjunto a este ni a cigarrillos ni otros productos de tabaco sueltos*.

Ibid., párrafo 290 (las cursivas son de Australia). Véanse también las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 16.

[5089] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 292. (las cursivas figuran en el original)

[5090] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 293.

[5091] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 294.

de marcas de fábrica o de comercio determinadas.[5092] Los propios reclamantes admiten que su argumento relativo a la "evaluación individualizada" es, por consiguiente, irrelevante.[5093]

Principales argumentos de los terceros

7.2479. El Grupo Especial invitó a los terceros a que hicieran observaciones sobre hasta qué punto una evaluación de la "justificabilidad" de las medidas TPP debe ser individualizada, es decir, marca de fábrica o de comercio por marca de fábrica o de comercio, o exigencia por exigencia.[5094]

7.2480. La Argentina responde que entiende que la evaluación sobre la justificabilidad de las medidas TPP debería realizarse no tanto "requisito por requisito", sino más bien de una manera integral, teniendo en cuenta el conjunto de requisitos y su aporte global a la finalidad buscada, que en el caso de las medidas TPP es el cuidado de la salud pública mediante la persuasión a dejar el hábito de fumar así como desalentar el inicio de este.[5095]

7.2481. El Brasil no está persuadido de que la expresión "exigencias especiales" que figura en el artículo 20 deba estar circunscrita a las exigencias concretamente aplicables a marcas de fábrica o de comercio individuales. El Acuerdo sobre los ADPIC utiliza la expresión "una marca de fábrica o de comercio" o "el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada" al establecer las definiciones, los derechos conferidos, las excepciones, la duración de la protección y los requisitos y condiciones de las licencias (artículos 15-21); esto, sin embargo, no significa que determinadas exigencias horizontales que afectan a las marcas de fábrica o de comercio en general queden excluidas de su ámbito de aplicación. Así pues, la expresión "exigencias especiales" que figura en el artículo 20 puede también aludir a exigencias aplicables a un grupo de marcas de fábrica o de comercio relacionadas, y no solo a una marca individual. Por consiguiente, el hecho de que una medida en litigio sea horizontal no parece ser en sí mismo una prueba de infracción del artículo 20.[5096]

7.2482. El Canadá responde que el texto del artículo 20 no requiere que cada marca de fábrica o de comercio afectada o cada exigencia que afecta a la marca sean evaluadas individualmente para determinar si la medida en litigio es "justificable". Concretamente, el artículo 20 no requiere que una medida que repercute en una categoría de marcas de fábrica o de comercio (por ejemplo, las marcas utilizadas en un grupo concreto de productos) solo se considere "justificable" si ha tenido en cuenta las características individuales de cada marca de fábrica o de comercio afectada. El sentido corriente de la palabra "justificable", en su contexto, apoya esta interpretación. En otras palabras, si se constata que la exigencia especial complica el uso de una categoría de marcas de fábrica o de comercio, la justificación de esa exigencia estaría lógicamente relacionada con cualquiera de las marcas comprendidas en esa categoría y con todas ellas. El uso de la expresión en singular "una marca de fábrica o de comercio" es una convención de redacción, como la utilizada en el artículo 17, y no indica *ipso facto* que todas las exigencias especiales tengan que justificarse por referencia a cada marca de fábrica o de comercio individual afectada. Además, el Canadá considera que cuando un reclamante ha impugnado determinadas "exigencias especiales" al amparo del artículo 20 puede ser adecuado que un grupo especial realice un análisis separado de cada una de ellas para determinar si son compatibles con la disposición. No obstante, cuando un reclamante impugna una medida constituida por varias exigencias, un grupo especial pude sacar conclusiones acerca de si la medida es "justificable" en su conjunto basándose en un análisis integrado de esas exigencias.[5097]

7.2483. La Unión Europea considera que la evaluación de la "justificabilidad" de conformidad con el artículo 20 no requiere un análisis individual, caso por caso, especialmente en situaciones como la presente, en la que los factores o preocupaciones subyacentes en la complicación del uso de marcas de fábrica o de comercio son comunes para todas las marcas. Encuentra apoyo para ello en el informe del Grupo Especial sobre el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e*

[5092] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 295 (donde se hace referencia a la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial, párrafos 133-134). Los argumentos de la República Dominicana sobre esta cuestión se resumen en el párrafo 7.2459 *supra*.
[5093] Declaración inicial de Australia en la segunda reunión con el Grupo Especial, párrafo 126.
[5094] Pregunta 18 del Grupo Especial.
[5095] Respuesta de la Argentina en calidad de tercero a la pregunta 18 del Grupo Especial.
[5096] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero, párrafos 36-39.
[5097] Respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 18 del Grupo Especial, párrafos 31-33.

indicaciones geográficas (Estados Unidos). La Unión Europea añade que "el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC hace una referencia expresa a 'los intereses legítimos del titular de la marca'. Si ni siquiera el artículo 17 requiere un análisis caso por caso, aún menos lo requerirá el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que no contiene una referencia expresa a 'los intereses legítimos del titular de la marca'".[5098]

7.2484. El Japón entiende que entre los tres objetivos específicos de las medidas enunciados en el artículo 3(2) de la Ley TPP, el primero parece destinado a desalentar a los consumidores de fumar, con independencia de que estén o no plenamente informados de los efectos nocivos de los productos de tabaco, mientras que los objetivos segundo y tercero parecen destinados a impedir que los consumidores no comprendan los riesgos para la salud de los productos de tabaco. A su juicio, el análisis de si las medidas están razonablemente ajustadas para contribuir al logro de sus objetivos de política se vería facilitado si Australia explicara, con respecto al primer objetivo, qué aspecto o aspectos de las marcas de fábrica o de comercio utilizadas en productos de tabaco son los que hacen que dichos productos atraigan a los consumidores, y por qué están justificadas las restricciones aplicables a otros aspectos de las marcas; y, con respecto a los dos últimos objetivos, qué aspectos de las marcas de fábrica o de comercio dan lugar a que los consumidores no comprendan los efectos nocivos.[5099]

7.2485. Nueva Zelandia aduce que el artículo 20 no requiere una evaluación de la "justificabilidad" de las exigencias de Australia en materia de empaquetado genérico. Por el contrario, requiere que los reclamantes demuestren que las medidas de Australia imponen una complicación injustificablemente. Si los reclamantes hacen una acreditación *prima facie*, Australia estará obligada a demostrar que sus medidas no son injustificables. El artículo 20 no concierne al registro de marcas de fábrica o de comercio individuales, sino más bien a las exigencias especiales que se imponen al uso de las marcas. Si la justificación de la imposición de exigencias especiales al uso de una marca de fábrica o de comercio guarda relación con un grupo de marcas que constituye una clase, no hay en el artículo 20 nada que requiera que la justificación se reitere por referencia a marcas de fábrica o de comercio individuales comprendidas en esa clase. Nueva Zelandia señala que en *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* el Grupo Especial constató que no es necesario que cualquier excepción al amparo del artículo 17 de los derechos conferidos por el artículo 16 "t[enga] en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca de fábrica o de comercio" de manera individual, y considera que esas conclusiones son igualmente aplicables a las presentes diferencias.[5100]

7.2486. Nicaragua considera que cualquier medida por la que se imponen exigencias específicas que trate de restringir o negar los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio tiene que basarse en una evaluación individualizada de la marca de que se trate en particular, a fin de determinar si esa marca, o cualquier elemento de ella, plantean preocupaciones que justifican la limitación del derecho conferido por la marca.[5101]

7.2487. Noruega aduce que la opinión de los reclamantes parece fundamentarse en gran medida en que los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio, en lo que se refiere a la adquisición, el registro, el mantenimiento y la observancia de las marcas, se adquieren sobre una base individual. Replica que la razón por la que la adquisición, el registro y la observancia de las marcas de fábrica o de comercio normalmente tienen lugar de manera individual es que tienen que ser capaces de distinguir entre bienes en el curso de operaciones comerciales; esto, sin embargo, no es un fundamento para requerir una evaluación individualizada de la "justificabilidad" en el contexto del artículo 20. El uso de la expresión en singular "una marca de fábrica o de comercio" en nada modifica lo anterior: el uso del singular en la mayoría de las disposiciones del Acuerdo indica que se trata de una forma de redactar, y no de un factor interpretativo. El singular se utiliza también en el artículo 17. En *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* el Grupo Especial observó en ese sentido que "no hay en el texto del artículo 17 nada que indique que el análisis caso por caso es una obligación establecida en el Acuerdo sobre

[5098] Respuesta de la Unión Europea en calidad de tercero a la pregunta 18 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.672).

[5099] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafos 30-32.

[5100] Respuesta de Nueva Zelandia en calidad de tercero a la pregunta 18 del Grupo Especial, páginas 8-9 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos),* párrafo 7.672).

[5101] Respuesta de Nicaragua en calidad de tercero a la pregunta 18 del Grupo Especial, página 13.

los ADPIC". Habida cuenta de ello, Noruega sostiene que en el artículo 20 no hay fundamento alguno para requerir una evaluación individualizada de la "justificabilidad" en los casos en que las exigencias especiales en litigio son aplicables a un grupo de marcas de fábrica o de comercio.[5102]

7.2488. Singapur opina que con arreglo a los términos del Acuerdo sobre Los ADPIC no es necesaria una evaluación individualizada de las marcas de fábrica o de comercio. Si se constata que esa prescripción no existe en lo que respecta al artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, que regula excepciones de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, *a fortiori* esa prescripción no será aplicable al uso de una marca de fábrica o de comercio, que no es un derecho conferido en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.[5103]

7.2489. Sudáfrica aduce que la justificabilidad de una medida tiene que evaluarse en su totalidad, como un conjunto. Puede haber varios factores que informen la justificabilidad de una medida; no obstante, la medida en su conjunto y el objetivo de dicha medida deben examinarse en un proceso único.[5104]

7.2490. Zambia no encuentra justificación alguna para las medidas TPP, habida cuenta, entre otras cosas, de que esas medidas no tienen en cuenta cada marca de fábrica o de comercio individualmente.[5105]

7.2491. Zimbabwe aduce que Australia impone una prohibición a las marcas de fábrica o de comercio sin examinar si determinadas marcas son una de las causas del aumento de las tasas de consumo de tabaco o impiden que los fumadores abandonen su hábito. A su juicio, eso es contrario al principio de "independencia de los productos" reflejado en el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5106]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2492. La cuestión que tenemos ante nosotros aquí es si el artículo 20 requiere que la "injustificabilidad" de cualesquiera "exigencias especiales" impuestas al uso de marcas de fábrica o de comercio se evalúe, en todos los casos, en relación con cada marca de fábrica o de comercio individual y sus características específicas, y si, como consecuencia de ello, las complicaciones impuestas por las medidas TPP son "injustificables" *per se* por cuanto no conllevan esa evaluación individual, sino que, por el contrario, se aplican, sin distinción, a todas las marcas de fábrica o de comercio de productos de tabaco.

7.2493. De conformidad con las normas de interpretación aplicables, examinaremos en primer lugar el texto del artículo 20.[5107] Observamos que ese texto, ni en su primera ni en su segunda frase, dice nada sobre si las exigencias especiales a que se refiere conciernen al uso de marcas de fábrica o de comercio individuales o de una clase de marcas, o al uso de marcas de fábrica o de comercio en determinadas situaciones. El texto simplemente dispone que esas exigencias especiales no deberán complicar injustificablemente el uso de "una marca de fábrica o de comercio" en el curso de operaciones comerciales.

7.2494. Como se señala más arriba, las partes discrepan sobre las repercusiones del uso de la expresión en singular "una marca de fábrica o de comercio" en la primera frase del artículo 20. Convenimos con Australia y con varios de los terceros en que el uso de esa expresión en singular es una convención de redacción utilizada en muchas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, por lo cual no estamos persuadidos de que implique, como tal, que la justificabilidad de

[5102] Respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 18 del Grupo Especial, párrafos 40-42 (donde se cita la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 289; e informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.672).

[5103] Respuesta de Singapur en calidad de tercero a la pregunta 18 del Grupo Especial, página 11 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.672).

[5104] Respuesta de Sudáfrica en calidad de tercero a la pregunta 18 del Grupo Especial, página 8.

[5105] Declaración de Zambia en calidad de tercero, párrafo 13.

[5106] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 35.

[5107] El texto del artículo 20 se reproduce en el párrafo 7.2131 *supra*.

cualesquiera exigencias especiales deba evaluarse con respecto a cada una de las marcas de fábrica o de comercio.[5108]

7.2495. Muchas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que establecen derechos mínimos y excepciones admisibles utilizan de manera análoga el singular para establecer el nivel general de protección aplicable a toda la materia objeto de protección. Por ejemplo, ciertas disposiciones que determinan el alcance de las excepciones admisibles de los derechos otorgados a los titulares de derechos en virtud de las respectivas secciones de la Parte II del Acuerdo también utilizan el singular: el artículo 13, que es aplicable al derecho de autor, alude a "la obra" y el "titular de los derechos"; el artículo 17, aplicable a las marcas de fábrica o de comercio, alude a "una marca de fábrica o de comercio"; y el artículo 30, aplicable a las patentes, alude a "una patente". Anteriores grupos especiales han aplicado esas disposiciones a medidas que afectaban a una gama de materias protegidas más que a obras, marcas o patentes individuales, lo que indica que no se consideró que el uso del singular fuera materialmente importante para determinar la compatibilidad de esas medidas internas con las disposiciones de que se trataba. En *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, el Grupo Especial constató que determinadas limitaciones internas de los derechos a comunicar obras al público satisfacían los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y en consecuencia eran compatibles con el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 de dicho Acuerdo.[5109] En *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, el Grupo Especial constató que una reglamentación interna que establecía un régimen especial de coexistencia entre IG y anteriores marcas de fábrica o de comercio era incompatible con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, pero estaba justificada al amparo del artículo 17.[5110] En *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*, el Grupo Especial constató que una excepción interna a los derechos exclusivos que permitía producir invenciones patentadas a efectos del examen reglamentario satisfacía las condiciones del artículo 30, y en consecuencia no era incompatible con el párrafo 1 del artículo 28 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5111]

7.2496. A la luz de lo anteriormente expuesto, no encontramos en el texto ni en el contexto inmediato del artículo 20 apoyo para la aseveración de los reclamantes de que las exigencias especiales que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio solo pueden ser "justificables" sobre la base de una evaluación de las marcas de fábrica o de comercio individuales y de sus características específicas.

7.2497. Los reclamantes hacen hincapié en que la adquisición, el registro, el mantenimiento, la invalidación y la observancia de las marcas de fábrica o de comercio tienen lugar sobre una base individual. Australia está de acuerdo, pero responde que esto se debe a que las marcas de fábrica o de comercio tienen que ser distintivas, y que de ello no se sigue que cualesquiera exigencias especiales para el uso de marcas de fábrica o de comercio deban formularse y justificarse, de manera análoga, con respecto a cada marca individual.

7.2498. Observamos que la definición de lo que puede constituir una marca de fábrica o de comercio que figura en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC hace referencia a cualquier signo o combinación de signos que sean "capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". Convenimos con los reclamantes en que la naturaleza misma de la protección de las marcas de fábrica hace que las decisiones acerca de si se cumplen los criterios para la protección, el registro y la invalidación se adopten con respecto a marcas individuales. Esto se refleja en el artículo 15, así como en los artículos 6 y 6*quinquies* del Convenio de París (1967). La observancia de los derechos conferidos en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC requiere una consideración de si es probable que el uso por un tercero de un signo que es idéntico o similar a una marca de fábrica o de comercio registrada cause confusión. Esa evaluación, por su propia naturaleza, conlleva una comparación del signo del

[5108] Observamos que la expresión en singular "la marca" también figura en la segunda frase del artículo 20, que permite a los Miembros imponer la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente con la marca que distinga esos bienes o servicios.

[5109] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, párrafo 7.1 a).

[5110] Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.686; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.688.

[5111] Informe del Grupo Especial, *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*, párrafo 7.84.

tercero con la marca de fábrica o de comercio registrada de que se trate. Sin embargo, de ello no se sigue, a nuestro entender, que las exigencias especiales, en el sentido del artículo 20, siempre tengan que formularse y evaluarse con respecto a marcas individuales, entre otras cosas porque esas exigencias regulan el uso de las marcas y en nada afectan a la posibilidad de que estas sean registradas ni a decisiones específicas sobre si se procede a registrar una marca individual. De manera análoga, no vemos fundamento alguno para trasponer las normas sobre el *registro o la invalidación* de marcas de fábrica o de comercio individuales aplicables en las situaciones contempladas en el artículo 6*quinquies* a la interpretación del artículo 20, que no guarda relación con el registro o la invalidación de las marcas de fábrica o de comercio, sino con su uso.[5112]

7.2499. Antes bien, cualesquiera exigencias especiales para el uso de marcas de fábrica o de comercio deben examinarse a la luz de los términos del artículo 20. Como ya hemos señalado, la obligación establecida por el artículo 20 es que esas exigencias no se impongan "injustificablemente". Ese texto nada dice sobre si esas exigencias conciernen al uso de marcas individuales, de una clase de marcas, o al uso de marcas de fábrica o de comercio en determinadas situaciones. No vemos razón alguna para suponer que los Miembros de la OMC no pueden optar por abordar el uso de las marcas de fábrica o de comercio de manera general, dentro de las limitaciones impuestas por el artículo 20 y otras disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2500. Tanto la República Dominicana como Australia citan el informe del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* en apoyo de sus respectivas posiciones. El pasaje pertinente dice así:

> El Grupo Especial observa que el apartado 4 del artículo 7 y el apartado 3 del artículo 14 del Reglamento sí requieren un análisis caso por caso en el momento de adoptarse una decisión sobre el registro de una indicación geográfica, y que si bien no requieren un análisis caso por caso con ocasión del uso posterior, no hay en el texto del artículo 17 nada que indique que el análisis caso por caso es una obligación establecida en el Acuerdo sobre los ADPIC.[5113]

7.2501. Como se explica más arriba, Australia considera que la conclusión del Grupo Especial es *a fortiori* aplicable a la interpretación del artículo 20. A juicio de la República Dominicana, implica que en el marco del artículo 20 no siempre es preciso realizar evaluaciones individuales, aunque puede serlo en función de las circunstancias. En el curso de los procedimientos, Honduras aclaró que no considera que el artículo 17 requiera necesariamente que una medida afecte a marcas de fábrica o de comercio individuales; antes bien, lo que importa es que el alcance de la excepción sea "limitado"; a su entender, esto respalda su argumentación de que con arreglo al artículo 20 las complicaciones deben ser de carácter "limitado".

[5112] Remitiéndose a las secciones B y C del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), la República Dominicana aduce que si un Miembro no ha invalidado una marca de fábrica o de comercio específica porque induzca a error o sea de otro modo contraria a la moral, no puede, con arreglo al artículo 20, denegar el uso de esa marca de fábrica o de comercio debido a sus características, a menos que también examine la marca en función de sus propias circunstancias. Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 214-223. Como ha explicado el Órgano de Apelación, "el párrafo A(1) del artículo 6*quinquies* establece otra forma de hacer que se proteja esa marca de fábrica o de comercio en otros países de la Unión de París". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 134. La sección B del artículo 6*quinquies* dispone que las marcas de fábrica o de comercio reguladas por ese artículo no podrán ser rehusadas para su registro ni invalidadas más que en determinados casos especificados, entre ellos cuando sean contrarias a la moral o al orden público, y en particular cuando sean capaces de engañar al público. Como hemos señalado, la naturaleza misma de la protección de las marcas de fábrica o de comercio hace que las decisiones sobre el registro o la invalidación se adopten con respecto a una marca determinada, incluso en los casos contemplados en el artículo 6*quinquies*. Honduras observa que con arreglo al artículo 6*quinquies* del Convenio de París los Miembros están obligados a registrar y proteger una marca de fábrica o de comercio "tal cual es" en determinadas circunstancias. Aduce que esto incluye la capacidad para *usar* una marca de fábrica o de comercio, y que en consecuencia las desviaciones de la norma "tal cual es" por lo que respecta al uso dependerán de la naturaleza individual de cada marca de fábrica o de comercio en particular. Véase el párrafo 7.2447 *supra*. En la sección 7.3 *supra* constatamos que la norma "tal cual es" establecida en el artículo 6*quinquies* no concierne a la capacidad para usar una marca de fábrica o de comercio. Por consiguiente, del artículo 6*quinquies* tampoco se sigue que, con arreglo al artículo 20, la evaluación de si las exigencias especiales para el uso han sido impuestas "injustificablemente" debe necesariamente hacerse con respecto a cada marca individual.

[5113] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.672.

7.2502. Observamos que en la exposición que precede al párrafo citado *supra*, el Grupo Especial a cargo del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* explicó en qué forma se tienen en cuenta los intereses legítimos del titular de una marca de fábrica o de comercio anterior cuando se registra una IG subsiguiente con arreglo al reglamento de las CE pertinente. El mismo Grupo Especial mantuvo que el artículo 17 no requiere un análisis caso por caso de las excepciones de los derechos conferidos por el artículo 16, y que el número de marcas de fábrica o de comercio o de titulares de marcas afectados por una excepción no es determinante al considerar si una excepción es "limitada" a los efectos del artículo 17.[5114] Esta interpretación es coherente con anteriores interpretaciones de cláusulas de excepciones generales similares articuladas en los artículos 13 y 30.[5115]

7.2503. Observamos que en anteriores resoluciones concernientes al artículo 17[5116] no se ha entendido que el término "limitadas" requiera que las excepciones de los derechos conferidos se apliquen con respecto a marcas de fábrica o de comercio individuales. El hecho de que el término "limitadas" que figura en el artículo 17 no implique que los Miembros están necesariamente obligados a formular excepciones a los derechos conferidos con respecto a marcas de fábrica o de comercio individuales respalda la opinión de que, de manera análoga, los Miembros no están necesariamente obligados a formular ninguna exigencia especial, en el sentido del artículo 20, por lo que respecta a marcas de fábrica o de comercio individuales. Observamos asimismo que el término "limitadas" se utiliza en el artículo 17 para matizar excepciones admisibles de los derechos conferidos por el artículo 16, mientras que el término distinto "injustificablemente" se utiliza en el artículo 20 para matizar las exigencias especiales que pueden imponerse al uso de marcas de fábrica o de comercio.

7.2504. Este punto de vista es también coherente con nuestra opinión de que el artículo 20 refleja el equilibrio deseado por los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC entre la existencia de un interés legítimo de los titulares de marcas de fábrica o de comercio en usar sus marcas en el mercado y el derecho de los Miembros de la OMC a adoptar medidas para proteger determinados intereses sociales que pueden afectar desfavorablemente a dicho uso[5117], entre otras cosas por razones de salud pública.

7.2505. A la luz de lo anteriormente expuesto, constatamos que el artículo 20 no exige que los Miembros evalúen en todos los casos la injustificabilidad de las exigencias especiales en el sentido del artículo 20 con respecto a marcas de fábrica o de comercio individuales y sus características específicas. La medida en que una determinación de la injustificabilidad de complicaciones específicas requerirá una evaluación basada en marcas de fábrica o de comercio individuales y sus características específicas dependerá de las circunstancias del caso. En particular, cuando un Miembro aplica esas exigencias a una clase de marcas de fábrica o de comercio o a algunos tipos específicos de situaciones, y no a las características específicas de marcas de fábrica o de comercio determinadas, una evaluación de la injustificabilidad de esas exigencias puede tener que centrarse en su razón de ser global en lo que se refiere al motivo para adoptarlas.

7.2506. A nuestro entender, los antecedentes de negociación del artículo 20, que proporcionan alguna indicación de los tipos de medidas que el artículo 20 estaba destinado a abordar, confirman esta interpretación. Los dos primeros ejemplos de la lista ilustrativa, a saber, el "uso con otra marca de fábrica o de comercio" y el "uso en una forma especial", ya figuraban en anteriores propuestas de las Partes Contratantes en el GATT.[5118] Una de esas propuestas incluía ejemplos de las políticas pertinentes aplicadas a la sazón por varios países, a saber, la obligación de exponer en un medicamento el nombre genérico en conjunción con un nombre de marca, y el uso de una

[5114] Véase el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.650 y 7.654.

[5115] Véanse los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derechos de Autor* (por lo que respecta al artículo 13); y *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos* (por lo que respecta al artículo 30).

[5116] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.644-7.686.

[5117] Véase el párrafo 7.2429 *supra*.

[5118] Véanse, por ejemplo, las sugerencias de los Estados Unidos, Suiza e India en los documentos del GATT MTN.GNG/NG11/W/14/Rev.1, página 5; MTN.GNG/NG11/W/73, artículo 217; y MTN.GNG/NG11/W/37, párrafo 42 iv), respectivamente.

marca de fábrica o de comercio extranjera en conjunción con una marca nacional.[5119] Ambas prácticas conciernen a políticas aplicadas a categorías enteras de marcas de fábrica o de comercio.

7.2507. En las circunstancias del presente caso, tomamos nota de la explicación de Australia de que la eliminación de tipos de letra estilizados, logotipos, emblemas y otra imaginería de marca en el empaquetado y los productos de tabaco tiene por objeto impedir que esa imaginería se utilice para comunicar mensajes específicos a grupos demográficos concretos o para transmitir asociaciones positivas. Australia explica además que las medidas TPP no afectan a las características específicas de marcas de fábrica o de comercio determinadas; antes bien, su premisa es que la prescripción de una apariencia genérica normalizada para los paquetes y productos de tabaco tiene por objeto reducir al mínimo su capacidad para aumentar el atractivo de los productos de tabaco, restar eficacia a las advertencias sanitarias gráficas, o inducir a error a los consumidores acerca de los daños derivados del uso de tabaco. Estimamos que ese enfoque no es injustificable *per* se. Antes bien, como se señala más arriba, en la medida en que las exigencias en litigio afectan a una clase entera de marcas o signos, la mejor forma de enfocar la evaluación de su injustificabilidad es atendiendo a la medida en que las razones para su adopción lo apoyan. Por consiguiente, examinaremos si así ocurre en lo que respecta a las medidas TPP, como parte de nuestro análisis en la sección 7.3.5.5.3.4 *infra.*

7.2508. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las exigencias en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP sean incompatibles *per se* con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 porque no prevén la evaluación individual de las marcas de fábrica o de comercio y sus características específicas.

7.3.5.5.2.3 Observancia de los procedimientos reglamentarios nacionales

Principales argumentos de las partes

7.2509. Indonesia aduce que las medidas TPP complican injustificablemente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales porque Australia no respetó sus propios procedimientos al adoptar el empaquetado genérico. Más concretamente, afirma que una de las definiciones de "*justified*" (justificado) es "*to show sufficient lawful reason for an act done*" (que aporta una razón legítima suficiente para un acto realizado). Añade que la definición de "*lawful*" (legítimo) es "*being in harmony with the law*" (que está en armonía con la ley).[5120] Alega que en el proceso de aprobación de las medidas TPP Australia no respetó sus procedimientos reglamentarios establecidos. El proceso reglamentario estaba diseñado para determinar, entre otras cosas, si el Reglamento TPP propuesto estaba "justificado". Indonesia alega que Australia tuvo que desviarse de su proceso reglamentario porque el Gobierno no pudo convencer a su propia OBPR de que las medidas TPP estaban justificadas. Al esquivar ese proceso, Australia no aportó la justificación misma que el artículo 20 requiere para las complicaciones impuestas a las marcas de fábrica o de comercio de tabaco por sus medidas TPP.[5121]

7.2510. Australia responde que respetó plenamente sus propios procesos administrativos y legislativos internos al elaborar las medidas TPP. Añade que, en cualquier caso, el que Australia respetara o no sus propios procesos internos carece de pertinencia jurídica para la interpretación y aplicación del artículo 20. A su juicio, la evaluación de si las exigencias especiales impuestas al uso de una marca de fábrica o de comercio son "injustificables" ha de centrarse en la razón de ser objetiva de esas exigencias especiales, no en si se ha respetado la legislación nacional.[5122]

[5119] Propuesta de la India, documento del GATT MTN.GNG/NG11/W/37, párrafo 42 iv).

[5120] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 295 (donde se hace referencia a *Merriam-Webster online*, definición de "*lawful*", disponible en: <http://www.merriam-webster.com>, consulta realizada el 29 de septiembre de 2014).

[5121] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 295-302 (donde se hace referencia al Informe de Howell (Prueba documental UKR-4)).

[5122] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 423 y Parte II.G.1. En la nota 603 de su primera comunicación escrita, Australia explica que el proceso de análisis de los efectos de la reglamentación de Australia permite realizar un EPI en los casos en que, por una u otra razón, una RIS relacionada con una propuesta reglamentaria no se ha completado y debe iniciarse entre uno y dos años desde la implementación. EL EPI es un proceso similar al de una RIS. Australia añade que, de conformidad con su mejor práctica reglamentaria, el proceso de EPI para las medidas TPP comenzó el 1º de diciembre de 2014. Afirma que "así

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2511. En la sección 7.3.5.5.1.3 *supra* establecimos la norma de examen para evaluar si las exigencias especiales complican "injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el sentido del artículo 20. No excluimos la posibilidad de que la manera en que una medida se elaboró y adoptó informe la evaluación de la injustificabilidad de determinadas "exigencias especiales" con arreglo a esa norma. Sin embargo, a nuestro juicio, el artículo 20 no impone a los Miembros ninguna obligación independiente específica en cuanto a la manera en que deben diseñar sus procedimientos legislativos internos o la manera en que estos deberían funcionar. La observancia por un Miembro de sus propios procedimientos reglamentarios internos no determina en sí misma si el Miembro ha cumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 20.

7.2512. Por consiguiente, no estimamos necesario examinar con más detalle los argumentos de Indonesia de que el hecho de que Australia supuestamente no observara sus propios procedimientos reglamentarios internos en el proceso conducente a la adopción de las medidas TPP haría, en y por sí mismo, que las medidas TPP fueran incompatibles con el artículo 20.

7.2513. Destacamos que en la sección 2.1.2.9 *supra* describimos el proceso de análisis de los efectos de la reglamentación efectuado por Australia y la manera en que el Gobierno australiano lo llevó a cabo en relación con las medidas TPP, entre otras cosas completando un EPI del empaquetado genérico del tabaco en febrero de 2016.

7.3.5.5.2.4 La cuestión de si se presume que las complicaciones comprendidas en los ejemplos enumerados en la primera frase del artículo 20 son "injustificable[s]"

Principales argumentos de las partes

7.2514. Cuba aduce en su primera comunicación escrita que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio previstas en las medidas TPP están comprendidas en la lista ilustrativa de medidas que figura en la primera frase del artículo 20, y en consecuencia son "presumiblemente inválidas".[5123] En otras palabras, en esa frase se enumeran medidas que debe presumirse infringen el artículo 20. A juicio de Cuba, así lo implica el uso de la expresión "como por ejemplo" inmediatamente después de las palabras "complicará injustificablemente ... con exigencias especiales" y una coma. La enumeración que sigue a la coma es una enumeración de exigencias especiales que conllevan complicaciones injustificables.[5124]

7.2515. Cuba argumenta que esta posición está respaldada por el texto del artículo 20, el contexto y los antecedentes de redacción.[5125] Aduce, en particular, que como la segunda frase del artículo 20 dispone que un subconjunto de las medidas enumeradas es admisible, procede inferir que la primera frase dispone que las medidas enumeradas son inadmisibles.[5126] A su juicio, los antecedentes de redacción indican que todas y cada una de las medidas enumeradas en la primera frase dieron lugar a peticiones de prohibición de los participantes en las negociaciones de la Ronda Uruguay, con independencia de que pudieran o no pasar la prueba de la justificabilidad; la inclusión final de la enumeración en la primera frase indica que los negociadores pudieron llegar a un consenso en cuanto a que esa serie de medidas debería prohibirse o al menos presumirse prohibida.[5127]

7.2516. A la luz de lo anteriormente expuesto, Cuba sostiene que "una vez que una medida está comprendida en el ámbito de la lista ilustrativa cabe presumir que es injustificable. En otras palabras, a no ser que tenga un alto grado de confianza en que la medida permite alcanzar un

---

pues, Indonesia simplemente incurre en error cuando aduce que la adopción de la medida relativa al empaquetado genérico del tabaco no era 'legítima' o no estaba 'en armonía con la ley'".

[5123] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 323-325.
[5124] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 326.
[5125] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 328-330.
[5126] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 329.
[5127] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 330.

objetivo legítimo de manera proporcionada, el Grupo Especial a cargo de su examen deberá resolver que infringe el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC".[5128]

7.2517. Australia responde que "los tres ejemplos que figuran en la primera frase del artículo 20 son simplemente ilustraciones de lo que podrían ser 'exigencias especiales', no ilustraciones de exigencias especiales que son injustificables o que 'cabe presumir que son injustificables'. Así lo evidencia la ubicación de esos tres ejemplos inmediatamente después de las palabras 'exigencias especiales', introducidos por 'como por ejemplo'".[5129]

7.2518. Antes de su primera reunión con las partes, el Grupo Especial pidió a todos los reclamantes que aclararan si consideran que las situaciones introducidas por la expresión "como por ejemplo" en el artículo 20 constituyen "exigencias especiales para el uso", o "complicaciones" o "complicaciones injustificables".[5130]

7.2519. Honduras responde que a su entender las tres situaciones introducidas por la expresión "como por ejemplo" en el artículo 20 son ejemplos de "exigencias especiales", como pone de manifiesto el que esas tres situaciones figuren inmediatamente después de la expresión "como por ejemplo", cuyo sentido corriente es "de un tipo o carácter por indicar o dar a entender". A su juicio, el texto, el contexto y los antecedentes de negociación del artículo 20 no indican que una "exigencia especial" sea por definición "injustificable" en el sentido de esa disposición.[5131]

7.2520. La República Dominicana considera, de manera análoga, que la lista ilustrativa de ejemplos que sigue a la expresión "como por ejemplo" no enumera ejemplos de medidas que necesariamente conllevan complicaciones injustificables. Aduce, entre otras cosas, que si bien puede haber alguna ambigüedad en las versiones española e inglesa del texto, el texto francés indica que los tres ejemplos conllevan "exigencias especiales"; la versión francesa indica que los ejemplos son "exigencias especiales", dado que la expresión "*telles que*" (o "como por ejemplo") figura en plural y concuerda con la expresión "*prescriptions spéciales*" *(*o "exigencias especiales").[5132]

7.2521. Indonesia entiende que la lista ilustrativa de exigencias especiales proporciona ejemplos de medidas que "complican el uso en el curso de operaciones comerciales".[5133]

7.2522. Cuba "remite al grupo especial a la respuesta dada por Honduras, la que Cuba suscribe en tanto considera que los ejemplos que siguen al 'como por ejemplo' son ejemplos de exigencias especiales que dificultan el uso de las marcas comerciales".[5134]

Principales argumentos de los terceros

7.2523. El Canadá opina que los ejemplos enumerados no son ejemplos de exigencias especiales "injustificables" que complican el uso de una marca de fábrica o de comercio; antes bien, la obligación establece que las exigencias enumeradas, al igual que otras exigencias similares, no deben imponer una carga "injustificable" al uso de una marca de fábrica o de comercio. Las exigencias que complican "justificablemente" la manera en que una marca de fábrica o de comercio puede utilizarse no infringen el artículo 20.[5135] El texto francés corrobora esa interpretación.[5136] Está además respaldada por los antecedentes de negociación: la palabra "injustificablemente" se insertó en el texto (inicialmente entre corchetes) tras haberse llegado a un consenso general sobre la lista de "exigencias especiales" que había que incluir. A juicio del Canadá, esto demuestra que no se consideró que las exigencias que figuran en la lista fueran

[5128] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 331.
[5129] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 422.
[5130] Pregunta 39 del Grupo Especial.
[5131] Respuesta de Honduras a la pregunta 39 del Grupo Especial, página 17.
[5132] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 39 del Grupo Especial, párrafos 156-157 y 164.
[5133] Respuesta de Indonesia a la pregunta 39 del Grupo Especial, párrafo 44.
[5134] Respuesta de Cuba a la pregunta 39 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[5135] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 69.
[5136] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 71-72.

"injustificables" y que el término se incluyó para dar a los Miembros la oportunidad de justificar cualquier posible medida infractora.[5137]

7.2524. Singapur se refiere a los argumentos de Cuba relativos al texto del artículo 20, el contexto y los antecedentes de negociación.[5138] En particular, aduce que del hecho de que la segunda frase del artículo 20 haga referencia a exigencias que son admisibles sería erróneo inferir que los tres ejemplos enumerados en la primera frase están por tanto presuntamente injustificados. En lugar de ello, solo se puede decir definitivamente que no es precisa una justificación por lo que respecta a las medidas comprendidas en la segunda frase del artículo 20.[5139] Comentando los antecedentes de negociación, Singapur señala que el resultado final del artículo 20 fue un compromiso entre los países que requerían que se prohibieran determinadas medidas, con independencia de que estas pudieran o no pasar una prueba de la justificabilidad, los que deseaban dejar a la legislación nacional la cuestión del uso de las marcas de fábrica o de comercio, y otros que proponían que se prohibieran determinadas exigencias especiales a menos que no fueran injustificables.[5140] Singapur sostiene que, a la luz de los antecedentes de negociación, la interpretación que refleja mejor la intención de los redactores es aquella según la cual los ejemplos enumerados en la primera frase del artículo 20 son complicaciones no permitidas si son injustificables, mientras que el ejemplo que figura en la segunda frase del artículo 20 es admisible porque se considera que es justificable.[5141]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2525. Como se ha señalado antes, la expresión "como por ejemplo" se halla inmediatamente después de las palabras "exigencias especiales", lo cual indica que la enumeración que sigue especifica ejemplos de "exigencias especiales". Como han observado tanto la República Dominicana como el Canadá, la expresión en plural "*telles que*" que figura en la versión francesa alude a "*des prescriptions spéciales*".[5142]

7.2526. Por consiguiente, constatamos que las situaciones especificadas en esa lista son ilustraciones de exigencias especiales, y no ejemplos de complicaciones presuntamente "injustificables". Así pues, las prescripciones especiales comprendidas en el ámbito de uno de los tres ejemplos están sujetas a la misma obligación que otras exigencias especiales, a saber, que no compliquen de manera injustificable el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.

7.2527. A nuestro entender, los antecedentes de negociación del artículo 20 confirman esa interpretación.[5143] Las propuestas de proyectos de texto introducidas durante el primer semestre de 1990 eran de tres categorías: habrían o bien prohibido las exigencias especiales que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio, las habrían permitido siempre que ese uso no fuera complicado "injustificablemente", o habrían dejado totalmente a la reglamentación nacional la regulación de cualesquiera condiciones para el uso de marcas de fábrica o de comercio.[5144] Esos

[5137] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 73.
[5138] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 39-42.
[5139] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 40.
[5140] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 41.
[5141] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 42.
[5142] El texto francés de la primera frase del artículo 20 dice así: "*L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales*, *telles que l'usage simultané d'une autre marque*, *l'usage sous une forme spéciale*, *ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises*". La expresión en español es "como por ejemplo".
[5143] Observamos que Cuba y Honduras, así como el Canadá y Singapur, analizan los antecedentes de negociación del artículo 20 para arrojar luz sobre el papel de los tres ejemplos. Mientras Cuba explica que los negociadores analizaron cada una de las medidas enumeradas en la primera frase del artículo 20, Singapur observa que el resultado final representó un compromiso entre tres categorías de propuestas de las Partes Contratantes del GATT de 1994.
[5144] Propuestas de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos, Suiza y el Japón, y un grupo de 12 países, a saber, la Argentina, el Brasil, Chile, China, Colombia, Cuba, Egipto, la India, Nigeria, el Perú, Tanzanía y el Uruguay, distribuidas en los documentos del GATT con las signaturas MTN.GNG/NG11/W/68 (Comunidades Europeas), MTN.GNG/NG11/W/70 (Estados Unidos), MTN.GNG/NG11/W/73 (Suiza), MTN.GNG/NG11/W/74 (Japón) y MTN.GNG/NG11/W/71 (Argentina, Brasil, Chile, China, Colombia, Cuba, Egipto, India, Nigeria, Perú, Tanzanía y Uruguay). Las propuestas relacionadas con exigencias especiales formuladas en anteriores etapas de las negociaciones figuran en los documentos del GATT

proyectos de texto constituyeron la base para los proyectos siguientes.[5145] Finalmente, los negociadores aceptaron la segunda formulación, que solo prohíbe las exigencias especiales que compliquen "injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.[5146]

7.2528. Habida cuenta lo que antecede, así como de nuestra anterior constatación, enunciada en el párrafo 7.2526, no estimamos necesario examinar con más detalle, a efectos de abordar la alegación de infracción *per se* formulada por Cuba, si las exigencias especiales que forman parte de las medidas TPP están comprendidas en el ámbito de la lista ilustrativa que figura en la primera frase del artículo 20.

7.3.5.5.3 Aplicación a las medidas TPP

7.3.5.5.3.1 Introducción

7.2529. Recordamos nuestra constatación, en el párrafo 7.2430, de que la determinación de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales está siendo complicada "injustificablemente" por exigencias especiales debe entrañar una consideración de los siguientes factores:

a. La naturaleza y magnitud de la complicación resultante de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales, permitiendo así que la marca cumpla su función prevista;

b. las razones por las que se aplican las exigencias especiales, incluidos cualesquiera intereses sociales que tengan por objeto salvaguardar; y

c. si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para la complicación resultante.

7.2530. También hemos señalado que la manera en que los distintos intereses de que se trata deben "sopesarse y confrontarse" para llegar a una conclusión sobre si debe constatarse que una complicación es "injustificable" tiene que determinarse caso por caso, a la luz de las circunstancias particulares del caso.

7.2531. Examinaremos en primer lugar la naturaleza y magnitud de las complicaciones resultantes de las exigencias en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, y después las razones por las que se aplican esas exigencias especiales. A continuación examinaremos si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones resultantes, teniendo en cuenta la manera en que las exigencias especiales guardan relación con las razones por las que se aplican, entre otras cosas si pueden contribuir y contribuyen a los intereses sociales que tienen por objeto salvaguardar. En ese contexto, sopesaremos y confrontaremos los distintos intereses de que se trata para llegar a una conclusión sobre si debe constatarse que las exigencias resultantes de las medidas TPP complican "injustificablemente" el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.

7.3.5.5.3.2 Naturaleza y magnitud de la complicación resultante de las medidas TPP

7.2532. Como se indica más arriba, procedemos ahora a determinar si las exigencias especiales en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP complican "injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Primero examinaremos la naturaleza y la magnitud de las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes de esas exigencias.

MTN.GNG/NG11/W/14 y Rev.1 (Estados Unidos), y MTN.GNG/NG11/W/35 (Australia), MTN.GNG/NG11/W/37 (India), MTN.GNG/NG11/W/38 y Add.1 (Suiza), MTN.GNG/NG11/W/47 (Canadá) y MTN.GNG/NG11/W/51 (Hong Kong).

[5145] Documentos del GATT MTN.GNG/NG11/W/76 y MTN.TNC/W/35/Rev.1.

[5146] Véase la página 67 del Proyecto de Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, de diciembre de 1991, Documento del GATT de 1991 MTN.TNC/W/FA, conocido como el "Proyecto Dunkel". No hubo más cambios en el texto del artículo 20 antes de la adopción del Acuerdo sobre los ADPIC como parte de los resultados de la Ronda Uruguay.

7.2533. Recordamos nuestra constatación *supra* de que el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC prevé el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio registrada de impedir determinadas actividades de terceros no autorizados con arreglo a las condiciones establecidas en la primera frase de dicha disposición.[5147] Además, los Miembros se han comprometido, en virtud del artículo 20, a no complicar injustificablemente con exigencias especiales el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. En el párrafo 7.2286 *supra* constatamos que el "uso" pertinente a los efectos del artículo 20 no está limitado al uso de una marca de fábrica o de comercio con el fin específico de distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otras empresas. Seguidamente consideraremos las repercusiones que esas limitaciones tienen en el mercado, tanto por lo que respecta a la capacidad de una marca de fábrica o de comercio para distinguir bienes y servicios en el curso de operaciones comerciales como a la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio para obtener valor económico del uso de su marca.

7.2534. En esta etapa, nuestro análisis se centra en la naturaleza y la magnitud de las complicaciones del uso de una marca de fábrica o de comercio en el mercado para que podamos sopesar adecuadamente la repercusión de esas limitaciones contrastándolas con las razones por las que se aplican las exigencias especiales, y considerar si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones resultantes.

Principales argumentos de las partes[5148]

7.2535. Honduras aduce que "las marcas de fábrica o de comercio son un elemento esencial de la vida comercial. Es imposible concebir una economía avanzada sin que los operadores comerciales utilicen sistemáticamente marcas de fábrica o de comercio".[5149] Añade que el uso de una marca de fábrica o de comercio forma parte esencial de los derechos y obligaciones de carácter jurídico establecidos en los artículos 15 a 21, así como las políticas y normas que sustentan esos derechos y obligaciones de carácter jurídico. Desde una perspectiva comercial, un comerciante solo dedicará tiempo y recursos financieros a crear una marca de fábrica o de comercio si posteriormente puede utilizarla y sacar provecho de ese uso.[5150] De manera análoga, desde una perspectiva jurídica, el concepto de "uso" está omnipresente en la estructura jurídica del Acuerdo sobre los ADPIC que regula las marcas de fábrica o de comercio.[5151]

7.2536. Honduras añade que "la función básica de las marcas de fábrica o de comercio -a saber, distinguir los bienes y servicios del titular de la marca- así como la protección de la marca al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC, dependen del uso real de la marca en el curso de operaciones comerciales".[5152] Añade que el origen, la calidad y otras características están en el centro de la función distintiva que cualquier marca de fábrica o de comercio desempeña en el mercado.[5153]

7.2537. La República Dominicana aduce que en una economía de mercado la competencia requiere que haya diferencias perceptibles, como diferencias de precio, calidad y disponibilidad, entre los bienes y servicios competidores. En el caso de los bienes de consumo, la marca desempeña una función crucial para promover la diferencia en el mercado. Normalmente, los consumidores están dispuestos a pagar un premium por esta garantía de la calidad, características

[5147] Párrafo 7.1978 *supra*.

[5148] Las partes no han presentado argumentos que aborden concretamente la "naturaleza y la magnitud" de la complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio, bajo el encabezamiento exacto utilizado en esta sección, que refleja la prueba para determinar si el uso de una marca en el curso de operaciones comerciales está siendo "injustificablemente" complicado por exigencias especiales que hemos aclarado *supra*. Sin embargo, las partes han analizado ampliamente las repercusiones de las exigencias en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP en el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Señalamos asimismo que algunos de los argumentos presentados sobre esta cuestión se solapan con su análisis de la restrictividad del comercio de las medidas TPP efectuado en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

[5149] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 143.

[5150] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 166-167.

[5151] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 168. Hemos examinado los argumentos conexos concernientes a la interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC en el contexto de esas disposiciones en particular.

[5152] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 272.

[5153] Respuesta de Honduras a la pregunta 167 del Grupo Especial, página 21.

y reputación del producto.[5154] Al distinguir los bienes y servicios en el mercado, y dar a conocer a los consumidores la calidad, las características y la reputación, las marcas de fábrica o de comercio crean valiosas oportunidades competitivas para los productores y los países exportadores.[5155] La República Dominicana mantiene que no puede aceptar los esfuerzos de Australia por impedir que sus productores sigan compitiendo utilizando marcas de fábrica o de comercio e IG para dar a conocer la calidad premium, las características y la reputación de sus productos.[5156]

7.2538. La República Dominicana añade que la diferenciación mediante marcas de fábrica o de comercio abre oportunidades competitivas facilitando el desarrollo de la fidelidad de los consumidores y manteniendo con ello la cuota de mercado y sustentando sobreprecios.[5157] Las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a las marcas de fábrica o de comercio promueven las oportunidades competitivas requiriendo a los Miembros que protejan la capacidad de los proveedores de bienes y servicios para distinguir sus productos de los de otros proveedores.[5158] Para desempeñar la función de distinguir bienes o servicios es preciso utilizar un signo relacionado con esos bienes o servicios.[5159] Sin la posibilidad de utilizar marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, los beneficios que justifican la protección internacional de las marcas desaparecen.[5160] El artículo 20, en particular, desempeña una función crítica en el Acuerdo sobre los ADPIC actuando como un elemento crucial en el régimen regulador de las marcas de fábrica o de comercio en su conjunto que busca garantizar que, al menos en principio, las marcas puedan desempeñar su función básica de distinguir bienes o servicios mediante su uso en operaciones comerciales.[5161] Las medidas TPP imponen una grave complicación, mediante exigencias especiales, al uso de marcas verbales, marcas compuestas y marcas figurativas.[5162]

7.2539. Cuba subraya "el papel esencial que las marcas de fábrica o de comercio desempeñan en cualquier economía, desarrollada o en desarrollo, capitalista o socialista, al permitir que los consumidores escojan con fundamento cuando adquieren bienes o servicios y al crear incentivos para que los proveedores inviertan en calidad". Las medidas TPP, al generar incertidumbre en los consumidores, hacen que estos estén menos dispuestos a recompensar las inversiones en calidad de la industria cubana pagando un sobreprecio por los productos cubanos.[5163]

7.2540. Indonesia aduce que, como pone de manifiesto la definición de una "marca de fábrica o de comercio" en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, la función principal de una marca es diferenciar los bienes y servicios de una empresa de los de otra. La función distintiva de las marcas de fábrica o de comercio ofrece a los consumidores un medio rápido para identificar los productos y la calidad a ellos asociada. También promueve la competencia en el mercado ofreciendo a los consumidores un medio para diferenciar entre productos y proporcionando a los titulares de marcas de fábrica o de comercio un incentivo para mantener la calidad que los consumidores esperan de sus productos. La eliminación del empaquetado de cigarrillos con marca distintiva hace que los consumidores estén menos dispuestos a pagar por las marcas de cigarrillos premium.[5164] En la capacidad de diferenciar productos y promover la competencia en el mercado subyace la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio para utilizar su marca. Por consiguiente, el uso se ha convertido en la piedra angular de la protección de las marcas de fábrica o de comercio.[5165] Indonesia afirma que "la finalidad de [las medidas TPP] es destruir incluso la capacidad de una marca legalmente registrada para transmitir a los consumidores información significativa acerca de un producto legal".[5166]

7.2541. Australia responde que las medidas TPP garantizan que los fabricantes de tabaco puedan seguir diferenciando sus productos de los de otros fabricantes en el curso de operaciones

[5154] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 10-12.
[5155] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 16.
[5156] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 22.
[5157] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 209.
[5158] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 220.
[5159] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 225.
[5160] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 243.
[5161] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 344.
[5162] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 111-127 y 201-204.
[5163] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 333 y 337.
[5164] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 132-136.
[5165] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 137.
[5166] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 267.

comerciales permitiéndoles utilizar razones sociales, nombres de marca y nombres de variantes en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor. Además, el artículo 28 de la Ley TPP y otros elementos de la legislación australiana garantizan que la incapacidad de los fabricantes de tabaco para usar determinados tipos de marcas de fábrica o de comercio (como las marcas figurativas) en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos no menoscabe los derechos que les corresponden en virtud de la legislación australiana por lo que respecta al registro y la observancia de esas marcas.[5167]

7.2542. Australia aduce que las medidas TPP limitan la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio (así como la de otros signos y elementos de marca) para desempeñar una función de promoción al prohibir el uso de tipos de letra, colores y logotipos no normalizados en el empaquetado para la venta al por menor de los productos de tabaco.[5168] El uso de logotipos, emblemas u otra imaginería de marca en el empaquetado puede comunicar mensajes específicos a determinados grupos demográficos.[5169] En consonancia con las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, las medidas están destinadas a eliminar la oportunidad de usar el paquete como un medio de publicidad y promoción y para transmitir cualesquiera asociaciones positivas.[5170] Además, las medidas TPP dan lugar a una mayor visibilidad de las advertencias sanitarias, en gran parte porque la interferencia visual y la competencia de las imágenes de marca se reducen mucho.[5171] La eliminación de determinadas características de diseño también contribuye a reducir la capacidad del paquete para inducir a error a los consumidores.[5172]

7.2543. Australia aduce que estrechamente relacionada con la función distintiva ("identificación de la fuente") está la función indicativa de que los productos que llevan una misma marca de fábrica o de comercio son fabricados bajo el control de la misma fuente comercial, y de que, como consecuencia de ello, los consumidores pueden esperar que su experiencia con los productos que llevan esa marca sea coherente (a lo que a veces se alude como la función de "calidad" o "garantía" de las marcas de fábrica o de comercio).[5173] No obstante, el uso de una marca de fábrica o de comercio para publicitar y promover el producto objeto de la marca no forma parte de la función distintiva de las marcas.[5174]

7.2544. A juicio de Australia, la aseveración de los reclamantes de que las marcas de fábrica o de comercio sirven para distinguir bienes y servicios en el curso de operaciones comerciales por "la calidad, las características y la reputación" del producto es un eufemismo que los reclamantes han aprovechado a fin de describir el uso de las marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promover los productos de tabaco.[5175] Por lo que respecta a la "calidad", las medidas TPP permiten a las empresas tabacaleras utilizar nombres de marcas y de variantes objeto de marca registrada en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor, de manera que los consumidores puedan esperar que su experiencia con los productos de tabaco que llevan esas marcas sea coherente, pero limitan el uso de marcas de fábrica o de comercio para crear percepciones "artificiales".[5176] Por lo que respecta a las "características", las medidas TPP no dificultan el uso de marcas de fábrica o de comercio para transmitir información sobre las características reales de los productos de tabaco, pero reducen la posibilidad de que las empresas tabacaleras utilicen elementos figurativos, colores, tipos de letra estilizados y otros elementos de diseño para asociar sus productos con determinadas "características" sociales o de actitud (masculinidad, femineidad, etc.) o con otras asociaciones positivas que no son características reales del producto (como pureza, limpieza o salubridad).[5177] En lo tocante a la "reputación", cabe señalar que solo a través de un uso reiterado del producto objeto de la marca pueden los consumidores llegar a esperar una experiencia específica con los productos que llevan esa marca; Australia considera que probablemente los reclamantes se refieren al uso de marcas de fábrica o de comercio para conferir una "reputación" social o de actitud específica a los productos de tabaco, como en "este cigarrillo

[5167] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 5.
[5168] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 86.
[5169] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 89.
[5170] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 291-292.
[5171] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 176.
[5172] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 187-200.
[5173] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 90.
[5174] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 95.
[5175] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 98 y 118.
[5176] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 105-108.
[5177] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 109-114.

tiene fama de que lo fuman hombres", o "este cigarrillo tiene fama de que lo fuman chicos guay".[5178]

7.2545. Australia afirma que los reclamantes no han presentado ninguna prueba de que alguna exigencia especial impuesta por las medidas TPP complique el uso de marcas de fábrica o de comercio para distinguir los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas. Antes bien, las medidas TPP permiten a las empresas tabacaleras utilizar nombres de marca y de variante en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor a fin de distinguir sus productos de los de otras empresas.[5179]

7.2546. En respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre si hay algún testimonio empírico de que los consumidores no puedan distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas en lo que respecta a la fuente comercial de esos bienes, Honduras sostiene que no tiene conocimiento de ningún estudio empírico posterior a la implementación de las medidas TPP que demuestre que, como consecuencia de ellas, los consumidores no han podido distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas en lo que respecta a la fuente comercial de esos bienes. Subraya, no obstante, que esos datos cuantitativos en modo alguno ayudarían al Grupo Especial a pronunciarse sobre las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC en las presentes diferencias, porque dicho Acuerdo no requiere específicamente un determinado nivel de "confusión real" entre los consumidores ni un nivel específico de "suficiencia" para distinguir entre productos.[5180]

7.2547. Honduras aduce que el que las marcas de fábrica o de comercio desempeñen o no funciones distintas de la identificación y distinción de la fuente del producto depende de las circunstancias del mercado y de la forma en que el titular utiliza la marca. "Sin duda, dependiendo del producto, las marcas de fábrica pueden ser usadas 'en publicidad'. Sin embargo, esto no significa que para productos de tabaco las marcas sean usadas *para* su publicidad visto que en Australia la publicidad para los productos de tabaco ha sido prohibida en los últimos 25 años. Actualmente, las marcas de fábrica en productos de tabaco sólo comunican el origen y la calidad del producto al consumidor".[5181]

7.2548. Cuba responde que no tiene evidencia empírica que demuestre que, como consecuencia de las medidas TPP, los consumidores no han podido distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas en lo que respecta a la fuente comercial de esos bienes. No obstante, como también indica Honduras en su respuesta, considera que este no es un aspecto relevante para el presente caso.[5182]

7.2549. En lo que respecta a la función de una marca de fábrica o de comercio, Cuba argumenta que los consumidores no pagan un precio superior como reconocimiento a la identidad de un productor; los consumidores pagan el sobreprecio porque se adhieren a la propuesta de marca comunicada por una marca de fábrica. Los fabricantes de productos de prestigio y de productos de lujo no dedicarían fondos muy sustanciales al marketing y la promoción global de sus marcas de fábrica si simplemente sirvieran para identificar a un productor. En el caso de productos de lujo de alta gama, las marcas de fábrica son un medio de indicación de estatus y de prestigio, son una garantía de calidad y unos medios fundamentales de diferenciación de producto.[5183]

7.2550. Indonesia responde que, habida cuenta de que la norma jurídica establecida por el Acuerdo sobre los ADPIC no requiere la existencia de pruebas de confusión real para acreditar una reclamación de "probabilidad de confusión" o "similitud engañosa", no ha dedicado sus limitados recursos a reunir pruebas sobre si los consumidores han podido o no distinguir entre productos como consecuencia de las medidas TPP. A su entender, la cuestión que tiene ante sí el Grupo Especial no es si hay testimonios de una confusión real en el mercado australiano, sino i) si hay probabilidad de confusión, dado que la memoria de los consumidores es imperfecta y los paquetes de cigarrillos están ahora privados de cualesquiera características distintivas; y ii) si el titular de

[5178] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 115-117.
[5179] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 121.
[5180] Respuesta de Honduras a la pregunta 168 del Grupo Especial, página 22.
[5181] Declaración inicial de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 12. (las cursivas figuran en el original)
[5182] Respuesta de Cuba a la pregunta 168 del Grupo Especial, página 11.
[5183] Declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 37-38.

una marca figurativa o estilizada puede protegerse de infracciones sin una mínima oportunidad para utilizar la marca.[5184]

7.2551. Indonesia argumenta que la fuente comercial solo es uno de los indicadores de la calidad, las características y la reputación de un producto, y no siempre es suficiente para impedir la confusión. A su juicio, los testimonios sobre el mercado australiano demuestran que las marcas verbales en los productos de tabaco no permiten distinguir adecuadamente la calidad, las características y la reputación. Concretamente, las medidas TPP han dado lugar a un cambio de productos de tabaco de mayor precio a productos de menor precio, lo que demuestra que las distinciones entre marcas se han debilitado, la fidelidad de los consumidores se ha reducido, y el cambio de unas a otras marcas ha aumentado.[5185]

7.2552. La República Dominicana aduce que la función distintiva de una marca de fábrica o de comercio refleja una banda en la que cada rasgo distintivo adicional aumenta el poder de distinción de la marca dentro de la banda. De manera correspondiente, la interferencia en cualquier rasgo adicional disminuye ese poder de distinción. Por lo que respecta a las marcas figurativas y compuestas, cabe señalar que cada característica del diseño de una marca representa un medio distinto por el que los consumidores diferencian el bien pertinente. Las características de diseño de las marcas de fábrica o de comercio son poderosas señales visuales que los consumidores pueden reconocer fácilmente. Un tipo de letra distintivo de una marca verbal hace una contribución gradual a la distinción entre un bien competidor y otro. La eliminación de esos rasgos diferenciadores significa que la calidad, las características y la reputación pertinentes no se comunican adecuadamente a los consumidores, como ocurriría de no existir las medidas TPP. La República Dominicana alega que los testimonios sobre el mercado australiano demuestran que las marcas verbales en los productos de tabaco no distinguen adecuadamente la fuente comercial, la calidad, las características y la reputación. Concretamente, las medidas TPP han dado lugar a un cambio de productos de tabaco de mayor precio a productos de menor precio, lo que demuestra que las distinciones entre marcas se han debilitado, la fidelidad de los consumidores se ha reducido, y el cambio de unas a otras marcas ha aumentado.[5186]

7.2553. La República Dominicana añade que las medidas TPP están diseñadas, estructuradas e implementadas para eliminar la posibilidad de que los productores diferencien sus productos utilizando características de diseño, como las marcas de fábrica o de comercio, así como la forma, el tamaño, el mecanismo de apertura del paquete y los materiales que lo componen. Esa diferenciación genera fidelidad entre los consumidores y, a su vez, hace que estos estén más dispuestos a pagar. Las percepciones de los consumidores acerca de la calidad de marcas competidoras se basan en una combinación de i) beneficios funcionales y ii) beneficios intangibles que los consumidores obtienen de cada marca. La repercusión desproporcionada en los beneficios intangibles percibidos de los productos premium se traduce en una menor fidelidad y una menor disposición a pagar por dichos productos.[5187] En su informe de réplica, el Profesor Steenkamp, un experto para la República Dominicana y Honduras, explica lo siguiente:

> El logotipo, el tipo de letra y el color de la marca, así como otros elementos del empaquetado relacionados con la marca son canales importantes a través de los cuales se crean y sostienen las percepciones de calidad de los consumidores (Richardson *et al.* 1994, Stokes 1985, Wells *et al*. 2007). Aribarg *et al*. (2014) aducen que el empaquetado con marca es crucial para crear y mantener asociaciones positivas y únicas, como medio para diferenciar la marca de las ofertas de productos competidores. ... Con el empaquetado genérico los elementos específicos de la marca quedan eliminados, reduciendo así la contribución de las marcas a los beneficios intangibles, tanto para las marcas premium como para las asequibles.
>
> Las percepciones de los consumidores acerca de la calidad de distintas marcas se basan en una combinación de los beneficios funcionales (por ejemplo, gusto, aroma, etc.) y los beneficios intangibles proporcionados por esa marca. Generalmente, los consumidores de marcas premium perciben mayores beneficios funcionales y

[5184] Respuesta de Indonesia a la pregunta 168 del Grupo Especial, párrafos 32 y 34.
[5185] Respuesta de Indonesia a la pregunta 167 del Grupo Especial, párrafos 29 y 31.
[5186] Respuestas de la República Dominicana, a las preguntas 167 y 168 del Grupo Especial, párrafos 173, 181, 184 y 185.
[5187] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 933-936.

> beneficios intangibles por las marcas premium que por las marcas asequibles. A menudo, las diferencias entre las marcas premium y las marcas asequibles son mayores por lo que respecta a los beneficios intangibles que por lo que respecta a los beneficios funcionales (Park y Srinivasan 1994), y el empaquetado desempeña una función importante en el establecimiento y mantenimiento de los elevados beneficios intangibles atribuidos a los productos premium. Así pues, si bien los beneficios intangibles disminuyen tanto para las marcas asequibles como para las marcas premium cuando la diferenciación disminuye, la disminución de los beneficios intangibles para las marcas premium es significativamente mayor que la disminución de los beneficios intangibles para las marcas asequibles.[5188]

7.2554. La República Dominicana explica que el Profesor Steenkamp dedicó parte de su segundo informe de réplica a detallar el sentido de la expresión "beneficios intangibles".[5189] El experto define como sigue el concepto de "beneficios intangibles":

> El concepto de "beneficio intangible", tal como yo lo he usado, guarda relación con el beneficio derivado de que un consumidor pueda confiar, con un alto grado de certeza, en que el producto que está comprando tiene ciertas cualidades y/o características previstas. En ese caso, el "beneficio intangible" es consecuencia de la seguridad -aumento de la certidumbre- acerca de la calidad y las características del producto que un consumidor deriva de los rasgos de diseño distintivos, como las marcas y las marcas de fábrica o de comercio.[5190]

7.2555. Australia responde que el artículo al que se refiere el Profesor Steenkamp (Park y Srinivasan 1994) analiza los beneficios intangibles que los productos obtienen de las marcas. A tenor del examen que figura en ese artículo, el valor intangible que las marcas proporcionan tiene dos componentes, a saber i) una percepción de atributos sesgada favorablemente en virtud de la cual el consumidor percibe los atributos del producto más favorablemente de lo que indicaría una medición objetiva de ellos; y ii) el componente no basado en atributos que capta las asociaciones de la marca no relacionadas con los atributos del producto (por ejemplo la imagen de masculinidad transmitida por el Hombre Marlboro).[5191] Australia considera que la definición de los "beneficios intangibles" que el Profesor Steenkamp propone en su segundo informe de réplica no se compadece con opiniones suyas publicadas anteriormente y con el uso del término, con carácter más general, en las publicaciones sobre mercadotecnia.[5192] A juicio de Australia, el contexto pone de manifiesto que el Profesor Steenkamp, cuando aceptó en su informe de réplica que la eliminación de elementos específicos de la marca en el empaquetado reducía la contribución de la marca a los beneficios intangibles, tanto de las marcas premium como de las marcas asequibles, se estaba refiriendo a todas las características no tangibles que las marcas pueden imbuir en los

---

[5188] Informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafos 92-93.

[5189] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafo 187.

[5190] Segundo informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-19), párrafo 45. El Profesor Steenkamp resume sus opiniones explicando que "las marcas premium proporcionan a los consumidores 'beneficios intangibles' garantizando que el producto que se compra tiene las calidades y características tangibles que el consumidor espera. En dos palabras, esos beneficios intangibles son la seguridad, basada en la reputación de la marca, de que esta proporcionará los beneficios y características tangibles prometidos. Por consiguiente, los beneficios intangibles reducen la incertidumbre de los consumidores en lo que respecta a la elección del producto, y esos beneficios se transmiten a los consumidores mediante el nombre, el logotipo, el tipo de letra y los elementos estilísticos de la marca". *Ibid*., párrafo 6.

[5191] Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafo 146 (donde se hace referencia a Park y Srinivasan 1994 (Prueba documental AUS-619), página 272).

[5192] Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafos 145-153. Australia cita a Kumar y Steenkamp, *Private Label Strategy* (Prueba documental AUS-601), página 99:

> Las marcas de los fabricantes ofrecen algo intangible que la mayoría de las marcas blancas (todavía) no ofrece. Permiten a los consumidores identificarse con los valores intrínsecos de la marca, y los ayuda a expresar quiénes son y en qué modo esas marcas encajan en su estilo de vida y su concepción de sí mismos. La imaginería de marca alude al vínculo socioemocional personalizado que el consumidor mantiene con una marca. ¿Qué representa la marca, y es ello algo que me atrae? ... Por ejemplo, marcas como Marlboro, Harley-Davidson, Jack Daniels y Levi's dan glamur a los ideales americanos del Oeste, la fuerza y la masculinidad.

productos y que son atractivas para los consumidores.[5193] Australia mantiene que son precisamente esos beneficios intangibles los que las medidas TPP pretenden recortar.[5194]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2556. Recordamos que, como se señala más arriba, con respecto al empaquetado para la venta al por menor de los productos de tabaco, las medidas TPP permiten utilizar marcas verbales que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, siempre que esas marcas de fábrica o de comercio figuren en la forma prescrita por el Reglamento TPP, pero prohíben el uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas. En lo que respecta a los productos de tabaco, las medidas TPP prohíben el uso de cualquier marca de fábrica o de comercio en los cigarrillos, y, en cuanto a los cigarros (puros), permiten el uso de marcas que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, así como el país de origen, siempre que figuren en la forma prescrita por el Reglamento TPP.[5195]

7.2557. Los reclamantes hacen hincapié en el amplio alcance de las prohibiciones impuestas por las medidas TPP al uso en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco, de marcas de fábrica o de comercio figurativas, así como de los elementos figurativos y estilizados de las marcas compuestas y verbales. Convenimos en que esas prohibiciones son de gran alcance. Los elementos figurativos, las combinaciones de colores y las combinaciones de signos forman parte de la definición de la materia objeto de protección en el párrafo 1 del artículo 15. Su inclusión en esa definición indica que los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC consideraron que era posible utilizar ese contenido no verbal de las marcas de fábrica o de comercio para distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas. Las medidas TPP eliminan la posibilidad de aplicar marcas de fábrica o de comercio figurativas, o elementos figurativos o estilizados de marcas compuestas y verbales, al empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco para distinguir de ese modo los bienes de una empresa de los de otras empresas.

7.2558. Así pues, las medidas TPP impiden que cualesquiera componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio pertinentes, como el tipo de letra y su tamaño, los colores y la ubicación de la marca en el producto, así como cualquier otro contenido visual distintivo, contribuyan a distinguir los productos en el mercado. Como se señala más arriba[5196], a juicio de los reclamantes, la eliminación de los elementos figurativos ha menoscabado la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio para señalar a los consumidores la calidad, las características y la reputación de los productos de tabaco. La República Dominicana distingue entre los beneficios funcionales (o tangibles) y los beneficios intangibles que los consumidores obtienen de cada marca. Aduce que las medidas TPP tienen una repercusión desproporcionada en los beneficios intangibles percibidos de los productos premium. Los reclamantes hacen también hincapié en que las medidas TPP, al eliminar la posibilidad de diferenciar los productos de tabaco utilizando características de diseño, hacen que disminuya la fidelidad de los consumidores y su disposición a pagar por productos premium, lo que da lugar a un cambio a productos de menor precio en el mercado australiano.

7.2559. Australia, no obstante, considera que el funcionamiento de las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio debe contemplarse en su conjunto. Aduce que las medidas TPP garantizan que los fabricantes de tabaco puedan seguir distinguiendo sus productos de los de otros fabricantes en el curso de operaciones comerciales al permitirles utilizar razones sociales, nombres de marcas y nombres de variantes en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor. Considerando conjuntamente los aspectos permisivos y prohibitivos de las medidas, Australia alega que las medidas TPP no han afectado a la capacidad de las empresas tabacaleras para usar marcas de fábrica o de comercio con objeto de distinguir sus productos en el curso de operaciones comerciales. Hace hincapié en que la prohibición del uso de elementos figurativos y estilísticos solo tiene por finalidad impedir el uso de esos elementos con fines promocionales y para transmitir cualesquiera asociaciones positivas, así como aumentar la visibilidad de las

[5193] Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafo 154.
[5194] Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafo 153.
[5195] Más detalles en las secciones 2.1.2.3.3 y 2.1.2.4 *supra*.
[5196] Véase la sección "Principales argumentos de las partes" en la sección 7.3.5.5.3.2 *supra*.

advertencias sanitarias y reducir la capacidad del paquete para inducir a error a los consumidores.[5197]

7.2560. Recordamos que en *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* el Grupo Especial explicó que:

> Por referencia al párrafo 1 del artículo 15 se entiende que las marcas de fábrica o de comercio tienen la función de distinguir los bienes o servicios de las empresas en el curso de operaciones comerciales. Cada titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un interés legítimo en preservar ese carácter distintivo, o capacidad para distinguir, de su marca de fábrica o de comercio de modo que pueda cumplir esa función. Esto incluye su interés en usar su propia marca en relación con los bienes y servicios pertinentes de sus empresas propias y autorizadas. Si ese interés legítimo se tiene en cuenta se tendrá también en cuenta el interés del titular de la marca de fábrica o de comercio en el valor económico de su marca derivado del renombre de que disfruta y de la calidad que denota.[5198]

7.2561. Este pasaje, aunque concierne al análisis de "los intereses legítimos del titular de la marca" en el artículo 17 realizado por el Grupo Especial, proporciona una valiosa orientación contextual por lo que respecta a la legitimidad de las preocupaciones acerca de las limitaciones del uso de las marcas de fábrica o de comercio también a los efectos del artículo 20. Además, reconocemos la importancia del uso de marcas de fábrica o de comercio de manera que puedan servir para distinguir productos en el mercado.

7.2562. Reconociendo la legitimidad del interés del titular de una marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca con diversas finalidades, entre ellas identificar la fuente del producto y dar a conocer sus beneficios, ya sean funcionales o intangibles, tenemos que analizar la repercusión de las medidas TPP en la capacidad del titular del derecho para usar marcas de fábrica o de comercio para esas diversas finalidades. Reconocemos asimismo que la repercusión de esas medidas puede variar en función de las distintas finalidades para las que el titular del derecho tal vez desee utilizar su marca.

7.2563. Como se señala en la sección 7.3.5.4.2 *supra*, estimamos que el "uso ... en el curso de operaciones comerciales" pertinente en el marco del artículo 20 no está limitado a una función particular de las marcas de fábrica o de comercio. Recordamos, en particular, nuestra constatación, en el párrafo 7.2286, de que dicho "uso" no está limitado al uso de una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otras empresas. El artículo 20 no hace distinciones entre las distintas funciones que las marcas de fábrica o de comercio pueden desempeñar en el mercado. Así pues, no es preciso que opinemos sobre cómo deben caracterizarse esas funciones. Como se señala más arriba, un examen del "uso" pertinente a efectos del artículo 20 debe basarse en el "hecho" del uso en el curso de operaciones comerciales. A nuestro entender, no sería adecuado mezclar el uso real de las marcas de fábrica o de comercio con las distintas funciones a qué obedece dicho uso.[5199] A continuación nos centraremos 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 y en las formas en que el titular de una marca puede desear utilizarla en el mercado, así como en la manera en que esas prescripciones afectan a los consumidores.

[5197] Véase la sección "Principales argumentos de las partes" en la sección 7.3.5.5.3.2 *supra*.

[5198] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*,párrafo 7.664.

[5199] Observamos que la aplicación de una marca de fábrica o de comercio a los bienes pertinentes puede tener, y a menudo tiene múltiples funciones; de ahí que una forma de uso que sirve para distinguir los bienes de una empresa de los de otra empresa puede también indicar otros atributos acerca de precisamente los mismos bienes. De hecho, los productos de una empresa pueden distinguirse de los de otra empresa en parte debido a los aspectos intangibles de la marca, que incluyen distintos aspectos de reputación, calidad y otras características distintivas: esto es aplicable a las marcas verbales y al efecto de sus asociaciones para el público, así como a las marcas figurativas o las marcas compuestas. Es, por tanto, importante distinguir el hecho empírico del uso de una marca de fábrica o de comercio -por ejemplo, la aplicación de la marca a productos que se ofrecen para venta al público- de la gama de funciones superpuestas que pueda desempeñar ese uso de la marca.

7.2564. Observamos, en primer lugar, que las medidas TPP permiten a las empresas utilizar marcas verbales que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social o el nombre de la variante del producto en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco a fin de distinguir sus productos de tabaco de los de otras empresas. Los reclamantes no han tratado de demostrar que de hecho los consumidores no han podido distinguir la *fuente* comercial de los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas (es decir, la identidad de la fuente o fabricante del producto) como consecuencia de las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio. Sin embargo, como se indica más arriba, aducen que la eliminación de elementos figurativos ha menoscabado la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio para dar a conocer a los consumidores la calidad, las características y la reputación de los distintos productos de tabaco.

7.2565. Australia considera que la "función de calidad" está estrechamente relacionada con la "función de identificación de la fuente", y aduce que las medidas TPP no obstaculizan la comunicación de la calidad, las características y la reputación del producto en lo que respecta a la coherencia de la experiencia y las características reales. Explica que las medidas TPP tienen precisamente por objeto reducir las posibilidades de comunicar percepciones artificiales y características de actitud o reputaciones, lo cual Australia caracteriza como una "función publicitaria".

7.2566. Recordamos nuestras anteriores constataciones de que el empaquetado con marca puede actuar como un instrumento de publicidad o promoción en relación con los productos de tabaco, y que de hecho así lo han considerado las empresas tabacaleras que operan en el mercado australiano, incluso en presencia de significativas restricciones de la publicidad en el período conducente a la entrada en vigor de las medidas TPP. Esto es especialmente así en un contexto reglamentario como el de Australia, en el que todas las demás formas de publicidad y promoción de los productos de tabaco están prohibidas.[5200] También se ha reconocido el importante papel que las marcas de fábrica o de comercio desempeñan en el desarrollo de las marcas y la comercialización de los productos. En ese sentido, las marcas de fábrica o de comercio han sido descritas como "el anclaje jurídico para el uso de las funciones comerciales de las marcas".[5201]

7.2567. También se ha reconocido el papel que desempeñan en este contexto los colores y otras características de diseño, cuyo uso está prohibido por las medidas TPP. Recordamos nuestras constataciones, en la sección 7.2.5.3.5.2 *supra*, de que los testimonios que tenemos ante nosotros, en particular determinadas declaraciones de la propia industria tabacalera, indican que uno de los principales fines del uso de una marca en los productos de tabaco, incluido el empaquetado, es generar determinadas percepciones positivas relacionadas con el producto a los ojos del consumidor, entre otras cosas, como se señala más arriba, para "generar el nivel óptimo de modernidad, imagen juvenil y atractivo" entre los consumidores.[5202] De hecho, como explica Australia, la finalidad misma de las medidas TPP, incluidos sus aspectos relacionados con marcas de fábrica o de comercio, es impedir que esas características de diseño creen percepciones positivas del producto, y de ese modo desalentar el uso de productos de tabaco por los consumidores. Por la misma razón, las medidas TPP impiden que los titulares de marcas de fábrica o de comercio usen esas características de las marcas en el mercado como un medio de promoción y diferenciación del producto.

7.2568. Destacamos, en particular, los diversos informes de expertos presentados por los reclamantes, en los que se describe con detalle la repercusión prevista de las medidas TPP en la capacidad para mantener o crear la diferenciación de productos y marcas por lo que respecta a los productos de tabaco. El Profesor Winer explica que una marca y sus marcadores objeto de una marca de fábrica o de comercio "abarcan una serie de valores y atributos (tanto tangibles como intangibles) que diferencian significativa y adecuadamente productos que por lo demás son muy similares".[5203] Sostiene que los beneficios que una marca fuerte proporciona a la empresa que la posee incluyen una mayor fidelidad de los consumidores, mayores márgenes y facilidad para la expansión internacional.[5204] Añade que el valor de una marca fuerte es especialmente alto para un

[5200] Véase "El empaquetado de tabaco como forma de promoción o publicidad" en la sección 7.2.5.3.5.2, especialmente los párrafos 7.659 y 7.663 *supra*.

[5201] Informe de la OMPI sobre las marcas (Prueba documental DOM-56), página 22.

[5202] Véase el párrafo 7.660 *supra*.

[5203] Informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 14 (donde se hace referencia a J.M. Murphy, Brand Strategy 2 (*Cambridge*, *United Kingdom: Director Books* 1990)).

[5204] Informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 22.

producto como los cigarrillos, donde las marcas son fuentes cruciales de diferenciación entre los que por lo demás son productos en gran medida similares[5205], y que el empaquetado con marca de fábrica o de comercio es el único vehículo de comunicación con el que aún cuentan los fabricantes de cigarrillos en Australia, donde las oportunidades publicitarias y promocionales se han ido reduciendo progresivamente.[5206] El Profesor Neven explica que el diseño de los paquetes, incluido el uso de marcas de fábrica o de comercio y logotipos en los paquetes de cigarrillos, es una forma de diseño de un producto que permite a los productores distinguir sus ofertas de las de otras marcas competidoras y potenciar el valor comercial de su marca.[5207] Sostiene que es probable que el empaquetado genérico tenga efectos perjudiciales para el capital social y los beneficios de la marca de los productores y la posibilidad de entrar en el mercado australiano.[5208] El Profesor Steenkamp explica que "el logotipo, tipo de letra, color de la marca y otros elementos del empaquetado relacionados con ella son canales importantes a través de los cuales se crean y sustentan las percepciones del consumidor en lo que respecta a la calidad", y que "el empaquetado con marca es crucial para crear y mantener asociaciones positivas y únicas, como medio para diferenciar la marca de las ofertas de productos competidores". Añade que con arreglo a las medidas TPP "los elementos específicos de la marca son eliminados, lo que reduce la contribución de la marca a los beneficios intangibles, tanto para las marcas premium como para las asequibles".[5209]

7.2569. Observamos que al no permitir el uso de las características de diseño de las marcas de fábrica o de comercio, las medidas TPP impiden que el titular de una marca use esas características para transmitir cualesquiera mensajes acerca del producto, ya sean funcionales o intangibles, y obtenga algún valor económico de su uso. Así pues, las medidas TPP impiden al titular de una marca de fábrica o de comercio obtener valor económico de cualesquiera características de diseño de su marca mediante su uso en el curso de operaciones comerciales. Por tanto, en principio, las prohibiciones de las medidas TPP concernientes al uso de marcas de fábrica o de comercio figurativas en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco, así como al uso de los elementos figurativos y estilizados de las marcas compuestas y verbales, afectan mucho a las posibilidades que el titular de la marca espera tener de obtener valor económico del uso de esas características.

7.2570. Las repercusiones prácticas de esas prohibiciones se ven en parte mitigadas por el hecho de que las medidas TPP permiten a los fabricantes de tabaco utilizar marcas verbales, incluido el nombre de la marca y de la variante, para distinguir unos de otros sus productos. Como se señala más arriba, los reclamantes no han tratado de demostrar que, como consecuencia de las complicaciones resultantes de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, de hecho los consumidores no han podido distinguir los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas.[5210]

7.2571. Sin embargo, en lo que respecta a la capacidad de los titulares de las marcas de fábrica o de comercio afectadas para obtener de otro modo un valor económico de esas marcas, los reclamantes aducen que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, al restringir la posibilidad de diferenciar el producto, aumentan la competencia de precios y repercuten desfavorablemente en determinadas marcas premium.[5211] En el contexto de nuestro análisis de las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del

[5205] Informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 27.
[5206] Informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 49.
[5207] Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 19.
[5208] Informe de Neven (Prueba documental UKR-3) (IEC), página 41.
[5209] Informe de réplica de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-14), párrafos 92-93.
[5210] Honduras observa en ese sentido que no se ha realizado un estudio empírico para evaluar si los consumidores no han podido distinguir la fuente comercial de los productos de tabaco de una empresa de la de otras empresas tras la implementación de las medidas TPP, pero considera que esos datos cuantitativos no ayudarían al Grupo Especial al pronunciarse sobre las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC en los presentes procedimientos. Véanse las respuestas de Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia a la pregunta 168 del Grupo Especial, que se reflejan en los párrafos 7.2546, 7.2552, 7.2548 y 7.2550, respectivamente. Un análisis relacionado con ello figura en la nota 5496. Destacamos que parte de los testimonios que tenemos ante nosotros indican que en algunos de los estudios sobre el empaquetado genérico se tuvo en cuenta la posible repercusión del empaquetado genérico en el recuerdo de una marca, es decir, la capacidad para reconocerla, y se concluyó que "al menos para los fumadores jóvenes el empaquetado genérico no afectaría al recuerdo de la marca". Informe de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), sección 4.6.3, página 82.
[5211] Véanse los "Principales argumentos de las partes" en la sección 7.3.5.5.3.2 *supra*.

artículo 2 del Acuerdo OTC hemos analizado los testimonios que tenemos ante nosotros acerca de la repercusión de una menor diferenciación en los precios y la sustitución a la baja.

7.2572. Por lo que respecta a la competencia de precios, las pruebas empíricas que tenemos ante nosotros, presentadas tanto por Australia como por los reclamantes, demuestran que el precio neto de impuestos de los productos de tabaco ha aumentado desde la introducción de las medidas TPP, a lo largo del período sobre el que disponemos de datos.[5212] Además, las pruebas que tenemos ante nosotros también indican que en el primer año tras la implementación del empaquetado genérico las marcas de los segmentos de mayor precio generalmente mantuvieron o aumentaron sus sobreprecios respecto de las marcas de los segmentos de menor precio, y no han sufrido una disminución considerable.[5213] Determinadas pruebas presentadas al Grupo Especial, entre ellas datos proporcionados por los reclamantes, también demuestran claramente que el valor total del mercado minorista aumentó, en lugar de disminuir, en el período comprendido entre el cuarto trimestre de 2009 y el tercer trimestre de 2013, a pesar de la reducción del consumo de productos de tabaco en el mercado australiano.[5214] En definitiva, las pruebas empíricas que tenemos ante nosotros por lo que respecta a los precios de los cigarrillos, al valor total del mercado minorista y al valor y el volumen totales de las importaciones de cigarrillos no corroboran el argumento de los reclamantes de que las medidas TPP darán lugar a un aumento de la competencia de precios y a la caída de los precios y, en consecuencia, a una disminución del valor de las ventas de productos de tabaco y del valor total de las importaciones.[5215] Aunque los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP han reducido el valor de los productos de tabaco importados en el mercado australiano, no cabe excluir que esto pueda suceder en el futuro, ya sea como consecuencia únicamente del efecto de las medidas en el consumo o como consecuencia de ese efecto combinado con una caída de los precios.[5216]

7.2573. Por lo que respecta a la sustitución a la baja hemos constatado que hay algunas pruebas, si bien limitadas, de que las medidas TPP, junto con las ASG ampliadas introducidas en la misma fecha, parecen haber tenido una repercusión negativa en la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de mayor precio y las de cigarrillos de bajo precio. Puesto que hay razones para esperar que los efectos de las medidas TPP, y en particular la eliminación de los elementos figurativos en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor, tengan una mayor repercusión en el atractivo de los productos de tabaco en el caso de los cigarrillos premium, es razonable esperar que la reducción de la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de mayor precio y las de cigarrillos de bajo precio observada desde que esas medidas entraron en vigor sea el resultado, al menos en parte, del funcionamiento deseado de las medidas TPP y su efecto en el consumo de productos de tabaco en términos más generales. Esto puede suceder cuando una parte importante del valor de los productos premium depende de la contribución de la marca a crear y mantener asociaciones positivas y exclusivas como medio de diferenciarlos de los productos competidores.[5217] Sin embargo, no estamos convencidos de que esta disminución del consumo y las importaciones de productos de tabaco premium sea exclusivamente el resultado del "cambio a productos de menor precio" tal como lo describen los reclamantes, es decir, la transferencia del consumo/las importaciones de productos premium a productos no premium. En primer lugar, teniendo en cuenta que el consumo general de productos de tabaco ha disminuido, al menos parte de esa disminución del consumo productos de tabaco premium no ha sido sustituida por el consumo de productos no premium. En segundo lugar, y más en general, como se analiza en el apéndice E, parece que los segmentos del mercado de precios más altos y más bajos han evolucionado siguiendo tendencias distintas, incluso antes de la implementación de las medidas TPP.[5218]

7.2574. Por último, observamos que el artículo 28 de la Ley TPP tiene por objeto preservar la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio para protegerla y para registrarla y mantener su registro.[5219] La Ley TMA tiene por objeto permitir al Gobierno australiano, si fuera

[5212] El período de tiempo abarcado por cada conjunto de datos proporcionado al Grupo Especial varía en función de la fuente. El conjunto mayor de datos pertinentes para este tema abarca el período comprendido entre enero de 2000 y septiembre de 2015. Véase el apéndice E, párrafo 12, nota 14 y figura E.5.
[5213] Véase el párrafo 7.1215 supra.
[5214] Véase el párrafo 7.1216 *supra*.
[5215] Véase el párrafo 7.1218 *supra*.
[5216] Véase el párrafo 7.1225 *supra*.
[5217] Véase el párrafo 7.1196 *supra*.
[5218] Véase el párrafo 7.1197 *supra*.
[5219] Más información en la sección 2.1.2.5 *supra*.

necesario, remediar rápidamente cualquier interacción no prevista entre la Ley TPP y la Ley TMA.[5220] Los argumentos de los reclamantes concernientes a las consecuencias de las medidas TPP respecto de otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC invocadas por ellos los examinaremos en el contexto del análisis relacionado con esas disposiciones.

7.3.5.5.3.3 Las razones para adoptar las medidas TPP

7.2575. Procederemos ahora a examinar las razones por las que se aplican las exigencias especiales previstas en las medidas TPP, incluidos cualesquiera intereses sociales que tengan por objeto salvaguardar, de manera que nos permita analizar si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones resultantes del uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.

Principales argumentos de las partes

7.2576. Australia aduce que el uso de tabaco es la principal causa de morbilidad y mortalidad evitables en el mundo, y en el CMCT está clasificado como una epidemia mundial. El uso de tabaco es responsable de la muerte de casi 6 millones de personas al año, entre ellas 600.000 no fumadores expuestos al humo de tabaco ajeno. No hay un nivel inocuo de uso de tabaco ni un nivel inocuo de exposición pasiva o ambiental al humo de tabaco. El uso de tabaco perjudica prácticamente todos los órganos del cuerpo.[5221]

7.2577. Australia sostiene que la nicotina es el producto químico en el tabaco que causa adicción. Todos los productos de tabaco contienen cantidades sustanciales de nicotina; los cigarrillos son especialmente eficaces para proporcionar nicotina. Las propiedades adictivas de la nicotina son cruciales en la transición de los fumadores de la experimentación al hábito sostenido y en la preservación del hábito de fumar para la mayoría de fumadores que desean dejarlo. Las estadísticas indican que un 95% de los intentos de abandono fracasan; así es de fuerte la adicción a la nicotina.[5222]

7.2578. Australia destaca que el tabaco es "un producto único, sumamente adictivo y letal", y "el único producto de consumo legal que mata a la mitad de sus usuarios a largo plazo cuando se utiliza precisamente como pretende el fabricante, y hasta a dos de cada tres fumadores australianos". La opinión científica autorizada ha concluido que el consumo de tabaco causa muchas formas de cáncer (pulmón, laringe, labios, lengua, boca, faringe, esófago, páncreas, vejiga, riñones, útero, estómago y leucemia mieloide aguda, cáncer del hígado y cáncer del tracto urinario), derrame cerebral, enfermedad vascular periférica, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, varias enfermedades cardiovasculares graves, muchas clases de enfermedades respiratorias e incapacidades y otros tipos de enfermedades. También hay una opinión científica autorizada de que la inhalación involuntaria de humo de tabaco ("consumo pasivo de tabaco") "es causa prematura de muerte y enfermedades en niños y en adultos no fumadores", con inclusión del cáncer de pulmón, la enfermedad coronaria y el síndrome de muerte súbita del bebé (SIDS). El humo de los cigarros (puros), como el de los cigarrillos, contiene productos químicos tóxicos y cancerígenos nocivos tanto para los fumadores como para los no fumadores. Sin embargo, la cantidad de esas sustancias que se encuentra en el humo de los cigarros es muy superior. El consumo de cigarros está vinculado causalmente con el cáncer, las enfermedades cardiovasculares y las enfermedades crónicas de los pulmones.[5223]

7.2579. Australia explica que la OMS estima que si las tendencias actuales persisten el número de muertes anuales derivadas del uso de tabaco en todo el mundo podría ascender a más de 8 millones en 2030. Esta epidemia global de tabaco afecta a todos los Miembros de la OMC. Australia destaca que la OMS y la secretaría del CMCT, en su comunicación *amici*, esbozan las muchas consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y la exposición a él, y aclaran que esas consecuencias "tienen una repercusión especialmente acusada en los países en desarrollo". El uso de tabaco es el único factor de riesgo común para las cuatro principales enfermedades no transmisibles (enfermedades cardiovasculares, cánceres, enfermedades respiratorias crónicas y diabetes). La carga de mortalidad y morbilidad debida a las

[5220] Más información en la sección 2.1.2.8 *supra*.
[5221] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 23.
[5222] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 24-27.
[5223] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 1 y 28-30.

enfermedades no transmisibles se concentra sobre todo en los países más pobres del mundo. Las enfermedades relacionadas con el tabaco tienen una repercusión significativa entre los pobres y los económicamente vulnerables, e imponen una creciente presión social y económica a gobiernos obligados a dedicar mayores cantidades que contribuyan a hacer frente a la carga de morbilidad causada por el uso de tabaco. Tan grave es el efecto del consumo de tabaco en los países en desarrollo que las Naciones Unidas han destacado la aplicación del CMCT como uno de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda para el Desarrollo después de 2015.[5224]

7.2580. En Australia, el uso de tabaco sigue siendo una de las principales causas de enfermedades y muertes prematuras evitables. Las estimaciones de la mortalidad anual atribuible al tabaquismo en Australia desde 2000 han "oscilado de unas 15.000 a unas 20.000 muertes, diferencias estas que reflejan el método utilizado". Hasta dos de cada tres fumadores australianos morirán prematuramente como consecuencia de enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco. Las comunidades menos aventajadas sufren desproporcionadamente las consecuencias nocivas del uso de tabaco, y el diagnóstico o el tratamiento de enfermedades mentales son dos veces más probables para los fumadores que para los no fumadores en Australia. El consumo de tabaco es responsable del 12,1% del total de la carga de morbilidad y del 20% de las muertes en las poblaciones aborigen e isleña del Estrecho de Torres. Aunque las tasas de prevalencia del consumo de tabaco en Australia siguen disminuyendo, se prevé que los costos sociales y económicos del consumo de tabaco en el país, estimados en 31.500 millones de dólares australianos en 2004, seguirán aumentando, ya que las enfermedades y los efectos para la salud causados por el consumo de tabaco pueden tardar muchos años en manifestarse.[5225]

7.2581. Australia afirma que su Gobierno, para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud del CMCT, introdujo las medidas TPP para mejorar la salud pública de los ciudadanos australianos. Añade que "esa decisión se adoptó en el contexto de la gama integral de medidas de control del tabaco australianas, que incluyen prohibiciones de la publicidad y la promoción, impuestos especiales, advertencias sanitarias gráficas e inversiones en iniciativas contra el tabaco".[5226]

7.2582. Honduras alega que esta diferencia "no concierne a si fumar es peligroso o a si afecta a la salud de muchas personas en Australia y en todo el mundo -lo es, y las afecta-". Explica que la propia Honduras ha implementado medidas integrales de reglamentación del tabaco y comparte el objetivo de Australia de reducir la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco.[5227] Añade que "[t]odos los Miembros de la OMC pueden, y deben, promover sus objetivos de salud en el marco de los compromisos legales asumidos al final de la Ronda Uruguay".[5228] Hace hincapié en que Honduras es y seguirá siendo una Parte muy activa del CMCT y apoya con plena convicción el llamado del CMCT previsto en el apartado 4.3 de dicho instrumento de "establecer y aplicar programas eficaces de control del tabaco tomando en consideración los factores culturales, sociales, económicos, políticos y jurídicos locales".[5229] A juicio de Honduras, "[e]l asunto ante el Grupo Especial es si la simple invocación de la protección de la salud pública, sin más, constituye una base suficiente para que un Miembro haga caso omiso de sus obligaciones vinculantes multilaterales".[5230]

7.2583. La República Dominicana subraya que comparte el objetivo de Australia de reducir la prevalencia del uso de tabaco. Añade que "la necesidad de un control eficaz del tabaco ... no está en entredicho. ... Las consecuencias para la salud y los consiguientes costos sociales del consumo de tabaco son considerables, y todos los gobiernos tienen el derecho -y la obligación- de adoptar medidas de control del tabaco que promuevan la salud pública". Observa que "al igual que Australia, la República Dominicana atribuye gran importancia a los objetivos reglamentarios del control del tabaco. No obstante, los objetivos perseguidos no son por sí solos suficientes para justificar la interferencia en el comercio y los intereses de la propiedad intelectual protegidos".[5231]

[5224] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 31-33 (donde se cita el escrito *amici curiae* de la OMS y el CMCT (Prueba documental AUS-42 (revisada)), párrafo 5).
[5225] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 34-35. Véase también *ibid*., párrafo 1; y declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 2-7.
[5226] Declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 8.
[5227] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 1-2. (subrayado en el original)
[5228] Declaración inicial de Honduras en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 2.
[5229] Declaración final de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 3.
[5230] Declaración inicial de Honduras en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 2.
[5231] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 138-139 y 143.

Añade que "la República Dominicana no discute el derecho de ningún Miembro de la OMC a adoptar medidas de salud pública *eficaces*. Tampoco alegamos que el desarrollo económico de la República Dominicana deba alcanzarse a expensas de la promoción de la salud pública por otro gobierno".[5232]

7.2584. Cuba explica que uno de los objetivos primordiales de la política del Estado y el Gobierno cubanos es precisamente la constante elevación del nivel de salud y la calidad de vida de la población cubana, lo cual se expresa de manera fehaciente en su Constitución, en la Ley de Salud Pública y en numerosas disposiciones que son parte de su sistema jurídico. La importancia que el Gobierno cubano concede a la salud pública es innegable. La constante mejora de sus indicadores de salud es un objetivo permanente de la política de salud pública cubana. Aduce que "cada país tiene el derecho soberano y el deber primordial de aplicar medidas dirigidas a preservar la salud de su población, pero ... al hacerlo deben respetar los compromisos que han contraído multilateralmente, además de tener en cuenta adecuadamente las implicaciones socio-económicas que estas tendrán para las economías pequeñas y vulnerables en desarrollo, antes de ser implementadas".[5233]

7.2585. Indonesia aduce que la OMC ofrece a sus Miembros un amplio margen para perseguir objetivos de política pública legítimos, como la prevención del consumo de tabaco. Como consecuencia de ello, ninguno de los reclamantes rechaza el derecho de Australia a restringir la publicidad de los productos de tabaco e imponer prescripciones en materia de etiquetado, restricciones relativas a los puntos de venta, advertencias sanitarias obligatorias y las muchas otras medidas adoptadas por Australia para reducir el consumo de productos del tabaco y reducir las tasas de prevalencia del consumo de tabaco dentro de sus fronteras.[5234] Indonesia hace hincapié en que "nadie, y desde luego no el Gobierno de Indonesia ... niega los efectos trágicos del consumo de tabaco. Como Australia ha recordado al Grupo Especial en muchas ocasiones, el uso de tabaco es 'la principal causa de morbilidad y mortalidad evitables en el mundo, y causa la muerte de casi 6 millones de personas anualmente'".[5235] Añade que "el daño causado por el uso del tabaco es algo que todas las naciones deben abordar. No obstante, el mero hecho de que el uso de tabaco sea malo no significa que cualquier forma de control del tabaco sea buena". A juicio de Indonesia, las medidas TPP "no funcionan, y desde luego no justifican la drástica ruptura de Australia con decenios de protección de las marcas de fábrica o de comercio y la propiedad intelectual".[5236]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2586. Recordamos que en el contexto de nuestro análisis de las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC concluimos que a nuestro entender el objetivo perseguido por Australia a través de las medidas TPP es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.[5237] Las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio forman parte integrante de las medidas TPP en su conjunto, que también incluyen la normalización de otros elementos del empaquetado y la apariencia de los productos de tabaco. Nuestro análisis en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC abarcaba tanto las prescripciones relacionadas con marcas de fábrica o de comercio como otras prescripciones de las medidas TPP. Así pues, también es pertinente para determinar la preocupación de política subyacente que se aborda mediante las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, a los efectos del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por consiguiente, entendemos que, a efectos del artículo 20, la razón por la que Australia aplica las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, como parte integrante de las medidas TPP, es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

[5232] Declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 4. (las cursivas figuran en el original)
[5233] Declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 2-4.
[5234] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6.
[5235] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 2 (donde se hace referencia a la declaración inicial de Australia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 3).
[5236] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 2-3. (no se reproducen las notas de pie de página)
[5237] Véase el párrafo 7.232 *supra*.

7.2587. Observamos que las partes están de acuerdo acerca de la importancia de la salud pública como una preocupación de política. Convienen, además, en la importancia que unas medidas de control del tabaco eficaces tienen para reducir la carga para la salud pública resultante del uso de tabaco. Recordamos asimismo que el Órgano de Apelación ha reconocido que la protección de la vida y la salud de las personas es un valor "vital y de la máxima importancia".[5238]

7.2588. Por lo que respecta al Acuerdo sobre los ADPIC en particular, ya hemos señalado que el párrafo 1 del artículo 8 arroja luz sobre los tipos de intereses sociales que pueden proporcionar una base para justificar medidas con arreglo a los términos específicos del artículo 20, y reconoce expresamente la salud pública como uno de esos intereses sociales.[5239] El párrafo 5 de la Declaración de Doha nos invita a leer "cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC" a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios, lo que incluye el artículo 8.[5240] Los Miembros de la OMC también han hecho hincapié en la importancia de la salud pública como una preocupación de política legítima en el párrafo 4 de la Declaración de Doha.[5241]

7.2589. Tomamos nota asimismo de la explicación de Australia de que la decisión de introducir las medidas TPP se adoptó en el contexto de una gama integral de medidas de control del tabaco, entre ellas prohibiciones de la publicidad y la promoción, impuestos especiales, ASG e inversiones en iniciativas contra el tabaco. Tomamos también nota de la referencia hecha, en la Ley TPP y su Memorándum explicativo, a la intención de Australia de dar cumplimiento a determinadas obligaciones establecidas en el CMCT mediante la adopción de las medidas TPP, así como de las explicaciones de Australia sobre la manera en que las medidas TPP reflejan lo estipulado en las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT.[5242] En lo que respecta a los objetivos de salud pública del CMCT, tomamos nota de que el preámbulo del Convenio reconoce que "la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral".[5243]

7.3.5.5.3.4 La cuestión de si las razones para la aplicación de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP proporcionan un apoyo suficiente para la complicación resultante

7.2590. Habiendo identificado la naturaleza y la magnitud de las complicaciones para el uso de marcas de fábrica o de comercio derivadas de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, así como las razones por las que dichas prescripciones se están aplicando, procedemos ahora a examinar si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones resultantes.

7.2591. Con ese fin tenemos que evaluar las preocupaciones en materia de salud pública subyacentes en las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio contrastándolas con sus repercusiones en el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, habida cuenta de la naturaleza y la magnitud de las complicaciones en cuestión que hemos descrito más arriba.

7.2592. Observamos, en primer lugar, que no se discute que los motivos por los que se aplican las exigencias especiales para el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de

---

[5238] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto,* párrafo 172.
[5239] Véase el párrafo 7.2406 *supra*.
[5240] Véase el párrafo 7.2408 *supra*.
[5241] El párrafo 4 de la Declaración de Doha dice así:

> Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.
> A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.

[5242] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 140-141. Véase también el Memorándum explicativo del proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 2.
[5243] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), preámbulo, segundo considerando.

operaciones comerciales en virtud de las medidas TPP abordan un problema nacional y mundial excepcionalmente grave de salud que alcanza un alto nivel de morbilidad y mortalidad evitables. El hecho de que esas exigencias especiales, como parte de las medidas TPP en su conjunto y en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia, puedan contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos indica que las razones por las que esas exigencias especiales se aplican proporcionan un apoyo suficiente para aplicar las complicaciones resultantes al uso de marcas de fábrica o de comercio.

7.2593. Concretamente, recordamos nuestras constataciones *supra*, basadas en las pruebas que tenemos ante nosotros, de que la eliminación de las características de diseño en el empaquetado para la venta al por menor y los cigarrillos es adecuada para reducir el atractivo de los productos de tabaco y aumentar la eficacia de las ASG. El hecho de que el uso de determinadas características y signos figurativos, incluidos los que son materia objeto de protección, como las marcas de fábrica o de comercio, esté restringido como parte de la normalización global del empaquetado para la venta al por menor y de los propios productos (cigarrillos y cigarros (puros)) constituye parte integrante de ese enfoque. Este diseño global de las medidas TPP, del que las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio forman parte integrante, proporciona apoyo a la conclusión de que las razones para su adopción apoyan suficientemente esas prescripciones, y de que, en consecuencia, estas no se aplican "injustificablemente".

7.2594. Observamos además que la uniformidad de esas características forma también parte integrante del enfoque subyacente en las medidas TPP, incluidas sus prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio. Recordamos que, en el contexto del análisis de las medidas alternativas propuestas por los reclamantes en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, observamos que cualquier mecanismo de escrutinio previo conllevaría la introducción de discrecionalidad administrativa y la posibilidad de que se permitan elementos del empaquetado del tabaco que tendrían efectos contrarios al objetivo de las medidas TPP.[5244] Un mecanismo de escrutinio previo introduciría la posibilidad, que no existe en el marco de las medidas TPP, de que hubiera elementos de diferenciación y empaquetado que dieran lugar a un mayor atractivo para los consumidores, a la probabilidad de inducir a error o a distraer de las ASG. En la medida en que esa posibilidad se materializara en virtud de un mecanismo de escrutinio previsto, estimamos que ello daría lugar a un grado de contribución menor que el de las medidas TPP.[5245] Estas observaciones respaldan la premisa en que Australia basa el empaquetado normalizado, como se describe más arriba. Por consiguiente, las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio, dado su diseño, no tienen por objeto abordar marcas individuales y sus características específicas, sino contribuir, como parte integrante de las medidas TPP, a una normalización global del aspecto del empaquetado y los productos de tabaco. Los reclamantes no han demostrado que esa normalización de características dentro del diseño global de las medidas TPP sería injustificable. A la luz de este contexto, no estamos persuadidos de que la falta de una evaluación individualizada de marcas de fábrica o de comercio o características de las marcas de fábrica o de comercio individuales haga por sí misma que las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes de las medidas TPP sean "injustificables" en el sentido del artículo 20.

7.2595. Recordamos que las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT disponen que las Partes en el Convenio "deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a restringir o prohibir en el empaquetado la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional que no sean el nombre comercial o el nombre del producto en un color y tipo de letra corrientes (empaquetado sencillo)".[5246] De manera análoga, las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT recomiendan que las Partes en el Convenio "consider[en] la posibilidad de adoptar requisitos para envasados sencillos con el fin de eliminar los efectos de la publicidad o la promoción en los envases".[5247] Las Directrices detallan las características normalizadas del

[5244] Véase el párrafo 7.1680 *supra*.
[5245] Véase el párrafo 7.1680 *supra*.
[5246] Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-20), anexo, párrafo 46. Este párrafo dispone además que esa restricción o prohibición "permite aumentar la vistosidad y eficacia de las advertencias sanitarias y mensajes, impedir que el paquete distraiga la atención de estos últimos y prevenir el uso de técnicas industriales de diseño de envases que sugieran que algunos productos son menos nocivos que otros". *Ibid*.
[5247] Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(12) (Prueba documental JE-21), anexo, "*Recomendación*" después del párrafo 17.

empaquetado genérico en el sentido de que este no incluye más que el nombre comercial o del producto, sin logotipos ni otros rasgos distintivos y en un tipo y un tamaño de letra especificados.[5248]

7.2596. Tomamos nota de la referencia, en la Ley TPP y su Memorándum explicativo, a la intención de Australia de dar cumplimiento, mediante la adopción de las medidas TPP, a determinadas obligaciones asumidas en el marco del CMCT.[5249] A nuestro entender, el hecho de que Australia trate de alcanzar su objetivo de salud pública en consonancia con sus compromisos en virtud del CMCT, que "se elaboró en respuesta a la globalización de la epidemia de tabaquismo"[5250] y ha sido ratificado por 180 países[5251], subraya también la importancia de las razones de salud pública por las que se aplican las exigencias especiales relacionadas con marcas de fábrica o de comercio establecidas en las medidas TPP.

7.2597. Honduras, la República Dominicana y Cuba aducen que la norma jurídica para evaluar si las exigencias especiales complican "injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales debe comprender una consideración de si "podría haberse utilizado una medida alternativa que hiciera una contribución equivalente, al tiempo que impusiera una complicación menor al uso de una marca de fábrica o de comercio o no le impusiera ninguna".[5252] Australia sostiene que el sentido corriente del término "injustificablemente" no respalda la aseveración de los reclamantes de que dicho término requiere un examen de si la complicación es la "menos restrictiva" posible a la luz de las "alternativas razonablemente disponibles".[5253] Recordamos nuestra constatación, en el párrafo 7.2430, de que la determinación de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales está siendo complicada "injustificablemente" por exigencias especiales debe conllevar una consideración de i) la naturaleza y la magnitud de la complicación resultante de las exigencias especiales, ii) las razones por las que se aplican las exigencias especiales, incluidos cualesquiera intereses sociales que tengan por objeto salvaguardar; y iii) si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para la complicación resultante.

7.2598. A nuestro entender, el término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 ofrece a los Miembros un cierto margen de discrecionalidad para escoger una intervención encaminada a abordar un objetivo de política, lo cual puede tener alguna repercusión en el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, siempre que las razones apoyen suficientemente cualquier complicación resultante. Esto, sin embargo, no significa que la disponibilidad de una medida alternativa que entrañe una complicación menor, o no entrañe ninguna complicación, del uso de marcas de fábrica o de comercio no podría informar una evaluación de si las razones por las que se aplican las exigencias especiales apoyan suficientemente la complicación resultante. No excluimos la posibilidad de que la disponibilidad de una medida alternativa pudiera, en las circunstancias particulares de un determinado caso, poner

[5248] El párrafo 16 de las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT dispone lo siguiente:

> El efecto publicitario o promocional del empaquetado se puede eliminar si se exige un envasado sencillo, a saber: en blanco y negro u otros dos colores contrastantes, según indique la autoridad nacional; nada más que un nombre de marca, un nombre de producto y/o un nombre de fabricante, datos de contacto y la cantidad de producto que contiene el envase, sin logotipos ni otros rasgos distintivos aparte de las advertencias sanitarias, timbres fiscales y otra información o marcado obligatorio; un tipo y un tamaño de letra especificados y una forma, un tamaño y materiales normalizados. No debería haber publicidad ni promoción dentro del paquete ni adjunto a este ni a cigarrillos ni otros productos de tabaco sueltos.

Directrices relativas al artículo 13 del CMCT, FCTC/COP/3(10) (Prueba documental JE-21), anexo, párrafo 16.

[5249] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3(1)(b); y Memorándum explicativo del proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7), página 2.

[5250] CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19), prefacio.

[5251] Véanse también el párrafo 2.97 y la nota 908 *supra*.

[5252] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 390 (no se reproduce el subrayado). Honduras aduce que las medidas TPP "restringen las marcas de fábrica o de comercio más de lo necesario, dado que ... Australia dispone de *alternativas menos restrictivas de las marcas de fábrica o de comercio* que tienen un efecto cuando menos equivalente". Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 320 (sin cursivas en el original). Cuba aduce que debe considerarse que una exigencia especial es injustificable si "hay disposiciones alternativas que no complican el uso de las marcas de fábrica o de comercio (o que lo complicarían en menor grado) y que satisfacen en una medida equivalente (o mayor) el objetivo legítimo que se trata de alcanzar. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 319.

[5253] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 397.

en entredicho las razones que un demandado hubiera invocado para adoptar una medida impugnada en virtud del artículo 20. Esto podría ser así, especialmente, si una alternativa fácilmente disponible tuviera como mínimo resultados equivalentes en lo que se refiere al objetivo de política de la medida impugnada, poniendo así en entredicho que las razones invocadas apoyen suficientemente cualesquiera complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes de la medida.

7.2599. Honduras, la República Dominicana y Cuba se remiten, en el contexto de sus alegaciones al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, a las mismas cuatro medidas que en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, como posibles alternativas válidas a las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP.[5254] Estas son i) un aumento de la tributación de los productos de tabaco; ii) un aumento de la edad mínima para la compra legal de productos de tabaco; iii) una mejora de las campañas de mercadotecnia social contra el consumo de tabaco; y iv) la creación de un mecanismo de escrutinio previo para el empaquetado del tabaco. Tres de esas alternativas no conllevarían complicación alguna del uso de las marcas de fábrica o de comercio, mientras que un mecanismo de escrutinio previo conllevaría también complicaciones del uso de las marcas.

7.2600. Recordamos que hemos analizado esas alternativas detalladamente en la sección 7.2.5.6 *supra*, en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En ese contexto hemos constatado, entre otras cosas, que ninguna de esas medidas alternativas podría hacer una contribución al objetivo de Australia que fuera equivalente a la de las medidas TPP. A nuestro entender, ese análisis es también pertinente para nuestra consideración de si la disponibilidad de esas medidas pone en tela de juicio la justificabilidad de las exigencias relacionadas con marcas de fábrica o de comercio establecidas en las medidas TPP a efectos de las alegaciones formuladas al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2601. A la luz de esas anteriores constataciones en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, concluimos, a efectos de nuestro análisis en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que los reclamantes no han demostrado que ninguna de las medidas alternativas propuestas, sola o en combinación con otras, contribuiría al logro del objetivo de salud pública de Australia, operando de manera comparable a las medidas TPP manifiestamente mejor como parte integrante de las políticas integrales de control del tabaco de Australia y al nivel deseado por Australia. A la luz de nuestro análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, no estamos persuadidos de que las alternativas propuestas pongan en tela de juicio la suficiencia de las razones dadas por Australia para las restricciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio, teniendo en cuenta la contribución que las medidas TPP, incluidas sus exigencias en materia de marcas de fábrica o de comercio, hacen, como parte de las políticas integrales de control del tabaco de Australia, a su objetivo de mejorar la salud pública.

7.2602. Una de las medidas alternativas propuestas, la creación de un mecanismo de escrutinio previo, entrañaría una evaluación de elementos individuales de marcas de fábrica o de comercio individuales.[5255] Como se señala más arriba, los reclamantes consideran que el artículo 20 requiere esa evaluación individual de las marcas de fábrica o de comercio y de sus características.[5256] También aducen que aun en el caso de que el Grupo Especial discrepara, el escrutinio previo representaría una forma menos restrictiva de alcanzar los mismos resultados que las medidas TPP.[5257]

7.2603. Recordamos nuestra constatación, en el párrafo 7.2505, de que el artículo 20 no requiere que la evaluación de la injustificabilidad de las exigencias especiales en el sentido del artículo 20 se centre en todos los casos en marcas de fábrica o de comercio individuales y sus características

[5254] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 565-642; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 736-832; y primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 356-362. Los reclamantes mantienen que la consideración por el Grupo Especial de las alternativas menos restrictivas propuestas por ellos solo es necesaria si el Grupo Especial, tras evaluar las pruebas en el presente caso, determina que las restricciones TPP contribuyen al logro del objetivo de Australia. Véanse la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 566; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 737; y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 356.

[5255] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 799.

[5256] Véase la sección "Principales argumentos de las partes" en la sección 7.3.5.5.2.2 *supra*.

[5257] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 625; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 801; y primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 358.

específicas. Por lo que respecta a las medidas TPP en particular, en el párrafo 7.2594 *supra* constatamos que los reclamantes no han demostrado que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 porque no prevén una evaluación individual de las marcas de fábrica o de comercio y de sus características específicas. En el contexto de nuestro análisis, observamos que las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio no están destinadas a abordar marcas individuales o sus características específicas, sino a contribuir, como parte integrante de las medidas TPP, a la política integral de normalización del empaquetado y la apariencia de los productos.[5258] Esto, a su vez, tiene por objeto contribuir al logro del objetivo de las medidas TPP de mejorar la salud pública reduciendo el uso de los productos de tabaco y la exposición a dichos productos. Recordamos además que, en el contexto de nuestro análisis de las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, describimos las posibles deficiencias de un mecanismo de escrutinio previo que abriera la posibilidad de que se alcance el objetivo de Australia en menor medida, de manera que impediría a esta perseguir su objetivo de salud pública legítimo al nivel que considera adecuado.[5259] Dado que hemos constatado que Australia no está obligada a realizar una evaluación individual de las marcas de fábrica o de comercio y sus características en las circunstancias del presente caso, no creemos que la disponibilidad de un mecanismo de escrutinio previo, que en lo fundamental equivale a un método específico para realizar esa evaluación, pondría en tela de juicio que las razones de salud pública aducidas para las exigencias especiales impuestas al uso de marcas de fábrica o de comercio apoyan suficientemente las complicaciones resultantes de las restricciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio.

7.2604. En definitiva, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que Australia ha actuado más allá de los márgenes de que dispone en virtud del artículo 20 para escoger una intervención de política adecuada para abordar sus preocupaciones en materia de salud pública en relación con los productos del tabaco, al imponer determinadas exigencias especiales previstas en las medidas TPP que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Aunque reconocemos que las marcas de fábrica o de comercio tienen un valor económico sustancial, y que las exigencias especiales afectan mucho a las posibilidades de los titulares de marcas de obtener un valor económico del uso de las características figurativas o estilizadas de las marcas de fábrica o de comercio, observamos que las medidas TPP, incluidas sus restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, son parte integrante de las políticas integrales de control del tabaco de Australia, y están destinadas a complementar las medidas preexistentes. Como se señala más arriba, el hecho de que las exigencias especiales, como parte de las medidas TPP globales y en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia, puedan contribuir, y de hecho contribuyan, al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, indica que las razones por las que esas exigencias especiales se aplican proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes. Observamos asimismo que Australia, aunque ha sido el primer país en implementar el empaquetado genérico del tabaco, ha tratado de alcanzar su objetivo de salud pública interno pertinente obrando en consonancia con las nacientes políticas multilaterales de salud pública en la esfera del control del tabaco reflejadas en el CMCT y la labor realizada bajo sus auspicios, incluidas las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT.

7.2605. Habida cuenta de lo anterior, concluimos que los reclamantes no han demostrado que las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP compliquen injustificablemente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

[5258] Véase el párrafo 7.2594 *supra*.

[5259] Véase la sección 7.2.5.6.5.5. *supra*. Por lo que respecta a las alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, constatamos, en el párrafo 7.1715 *supra*, que los reclamantes no han demostrado que la medida alternativa propuesta por ellos consistente en un mecanismo de escrutinio previo para el empaquetado del tabaco haría una contribución equivalente al objetivo de Australia, habida cuenta de la naturaleza del objetivo y de los riesgos que crearía el no alcanzarlo.

7.3.5.6 Conclusión general

7.2606. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.3.6 El artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.3.6.1 Introducción

7.2607. A continuación abordaremos las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con los párrafos 1), 3) 1 y 3) 3 del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), que se refiere a la represión de la competencia desleal.

7.2608. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Convenios sobre propiedad intelectual", dispone lo siguiente:

> En lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo, los Miembros cumplirán los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967).

7.2609. El artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) dispone lo siguiente:

> 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.
>
> 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.
>
> 3) En particular deberán prohibirse:
>
> 1. cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
>
> 2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
>
> 3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

7.2610. Los reclamantes alegan que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).

7.2611. Australia solicita al Grupo Especial que rechace esas alegaciones en su totalidad.

7.2612. Las partes discrepan en cuanto a si el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC mediante una referencia en el párrafo 1 de su artículo 2, abarca tanto las prescripciones de las medidas TPP que afectan al uso de las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas y otras categorías de derechos de propiedad intelectual en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco ("prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio") como las prescripciones que atañen a otras características físicas del empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco ("prescripciones relativas al formato"). Por consiguiente, en primer lugar examinaremos el alcance de la incorporación del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2613. Seguidamente examinaremos la interpretación del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), y después abordaremos las alegaciones de los reclamantes de que las medidas TPP son incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud de los párrafos 1), 3) 1 y 3) 3 del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC.

7.3.6.2 Alcance de la incorporación del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.2614. Los reclamantes consideran que el artículo 10*bis*, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC por remisión en el párrafo 1 de su artículo 2, se aplica tanto a las prescripciones de las medidas TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio como a las relativas al formato.[5260] Sin embargo, Australia considera que, "si se pudiera aplicar el artículo 10*bis* a la medida de empaquetado genérico del tabaco (contrariamente a lo que opina Australia), se aplicaría solo en lo que respecta a las 'prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio' que son objeto de las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC".[5261]

7.2615. En consecuencia, examinamos en primer lugar el alcance del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) en conjunción con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.3.6.2.1 Principales argumentos de las partes

7.2616. Por lo que atañe a la expresión "[e]n lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo" que figura en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, Honduras y Cuba (por referencia a la respuesta de Honduras) observan que la Parte II abarca siete esferas de derechos de propiedad intelectual, y que el párrafo 1 de su artículo 15 se refiere a cualquier "signo" que sea capaz de distinguir productos. Sostienen que mediante la referencia general a "cualquier signo" quedan protegidas las palabras, los logotipos y las combinaciones de colores, así como las figuras y formas distintivas, etc. Por consiguiente, una forma podría ser una marca de fábrica o de comercio. "Las prescripciones relativas al formato tienen una influencia real o potencial en varias categorías de derechos de propiedad intelectual abarcadas por la Parte II, a saber: las marcas de fábrica o de comercio, los dibujos y modelos industriales y las patentes. Por ejemplo, el empaquetado de los cigarrillos, incluido el paquete de cartón con tapa abatible, ha sido objeto de registro de marcas de fábrica o de comercio, de registro de dibujos y modelos industriales y de registro de patentes en Australia".[5262]

7.2617. La República Dominicana e Indonesia estiman que la referencia que se hace en el párrafo 1 del artículo 2 a determinadas partes del Acuerdo sobre los ADPIC no limita las obligaciones de los Miembros de la OMC en virtud de los artículos incorporados del Convenio de París a las formas concretas de propiedad intelectual enumeradas en la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC. La República Dominicana aduce que no hay nada en el propio texto del artículo 10*bis* del Convenio de París que limite su alcance de modo que abarque los actos de competencia desleal que se produzcan mediante el uso de marcas de fábrica o de comercio o restricciones de dicho uso, o mediante limitaciones de cualquier otra forma específica de propiedad intelectual, y añade que "el artículo 10*bis* no se refiere específicamente a ninguna forma de propiedad intelectual en particular, sino que atañe a la protección contra la 'competencia desleal' (que, en sí misma, es un tipo de derecho de propiedad intelectual) en todas sus formas".[5263]

[5260] Respuesta de Honduras a la pregunta 16 del Grupo Especial; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 16 del Grupo Especial; respuesta de Cuba a la pregunta 16 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde hace suya la respuesta de Honduras a la pregunta); y respuesta de Indonesia a la pregunta 16 del Grupo Especial.

[5261] Respuesta de Australia a la pregunta 16 del Grupo Especial.

[5262] Respuesta de Honduras a la pregunta 16 del Grupo Especial. Cuba indica que está de acuerdo con la respuesta de Honduras. Véase la respuesta de Cuba a la pregunta 16 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5263] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 16 del Grupo Especial; y respuesta de Indonesia a la pregunta 16 del Grupo Especial. Para respaldar su posición, la República Dominicana e Indonesia se remiten al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafos 320-341. Al igual que Honduras, señalan que determinadas características de formato, como las formas, son susceptibles de ser registradas como marcas de fábrica o de comercio, o podrían ser objeto de protección como dibujos o modelos industriales, patentes u otras formas de derechos de propiedad intelectual.

7.2618. Australia considera que el artículo 10*bis* está incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC "[e]n lo que respecta a las Partes II, III y IV" de dicho Acuerdo. Las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC tratan de diversos aspectos de los derechos de propiedad intelectual definidos en el Acuerdo. Aduce que "si se pudiera aplicar el artículo 10*bis* a la medida de empaquetado genérico del tabaco (contrariamente a lo que opina Australia), se aplicaría solo en lo que respecta a las 'prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio' que son objeto de las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC".[5264]

7.3.6.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2619. Recordamos que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC establece lo siguiente:

> *En lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo*, los Miembros cumplirán los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967). (sin cursivas en el original)

7.2620. En los presentes procedimientos no se cuestiona que la incorporación resultante del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC incluye el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). Sin embargo, las partes tienen opiniones distintas sobre el alcance de esta incorporación y sobre el modo en que este afecta a la aplicación de dicha disposición a sus alegaciones relativas a las medidas TPP.

7.2621. Como se ha expuesto *supra*, la República Dominicana e Indonesia consideran que la referencia que se hace en el párrafo 1 del artículo 2 a las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC no limita las obligaciones de los Miembros de la OMC en lo que respecta a los artículos del Convenio de París (1967) incorporados. Honduras y Cuba sostienen que la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC, a la que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 2, abarca siete esferas de derechos de propiedad intelectual y que las prescripciones TPP relativas al formato tienen una influencia real o potencial en varias categorías de derechos de propiedad intelectual abarcadas por la Parte II. Por su parte, Australia estima que, en la medida en que la disposición se aplica a las medidas TPP, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC leído en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) solo podría aplicarse a las "prescripciones [TPP] en materia de marcas de fábrica o de comercio" que son objeto de las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2622. Para respaldar su posición, la República Dominicana e Indonesia se remiten al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*. En ese caso, la cuestión sometida al Grupo Especial y al Órgano de Apelación era en qué medida la incorporación de determinadas disposiciones del Convenio de París (1967) en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 comprende los nombres comerciales, que están protegidos en el marco del artículo 8 de dicho Convenio. El artículo 8 del Convenio de París (1967) dispone que "[e]l nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio". Los nombres comerciales no se indican como materia objeto de protección en la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC bajo un título de sección independiente, ni se hace referencia a ellos de ningún otro modo en el texto de las Partes II, III y IV.

7.2623. El Grupo Especial que entendió en ese asunto interpretó que la expresión "[e]n lo que respecta a" que figura en el párrafo 1 del artículo 2 significa que "los Miembros tienen que cumplir los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967) 'en lo que respecta a' las materias reguladas por las partes del Acuerdo sobre los ADPIC que se indican allí".[5265] El Grupo Especial concluyó que el artículo 8 del Convenio de París (1967) es aplicable como parte del Acuerdo sobre los ADPIC en la medida en que puede afectar a la protección de las categorías de propiedad intelectual comprendidas en el Acuerdo.[5266] También constató que, como los nombres comerciales

---

Véanse la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 16 del Grupo Especial, párrafo 78; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 16 del Grupo Especial, párrafo 13.

[5264] Respuesta de Australia a la pregunta 16 del Grupo Especial.

[5265] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 8.30.

[5266] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 8.41. El Grupo Especial constató que las categorías de propiedad intelectual comprendidas en el Acuerdo sobre

no constituyen una categoría de propiedad intelectual comprendida en el Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros no están obligados por el Acuerdo sobre los ADPIC a protegerlos.[5267] El Órgano de Apelación revocó esta constatación y constató que los Miembros de la OMC están obligados por el Acuerdo sobre los ADPIC a otorgar protección a los nombres comerciales, en virtud de la incorporación del artículo 8 del Convenio de París (1967).[5268] A juicio del Órgano de Apelación, la interpretación del párrafo 2 del artículo 1 hecha por el Grupo Especial "no tiene en cuenta que la expresión 'objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II' no se refiere únicamente a las categorías de propiedad intelectual indicadas en el *título* de cada sección, sino también a las demás categorías que son *objeto* de ella".[5269] El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con la opinión del Grupo Especial de que las palabras "en lo que respecta a" que figuran en el párrafo 1 del artículo 2 "limitaban" las obligaciones de los Miembros derivadas de los artículos del Convenio de París (1967) incorporados al Acuerdo sobre los ADPIC, lo que entrañaba la consecuencia de que los nombres comerciales no estaban comprendidos en este último.[5270] El Órgano de Apelación constató que el párrafo 1 del artículo 2 incorpora expresamente al Acuerdo sobre los ADPIC el artículo 8 del Convenio de París (1967) y que, como el artículo 8 de dicho Convenio se refiere *exclusivamente* a la protección de los nombres comerciales, "[a]doptar el enfoque del Grupo Especial equivaldría a privar de cualquier sentido y efecto al artículo 8 del Convenio de París (1967), incorporado al *Acuerdo sobre los ADPIC* en virtud del párrafo 1 del artículo 2 de dicho Acuerdo".[5271]

7.2624. La resolución del Órgano de Apelación en la diferencia *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones* se limitaba a la cuestión de si los nombres comerciales están comprendidos en el Acuerdo sobre los ADPIC. Aún no se ha aclarado en qué medida otras materias abarcadas por los artículos 1 a 12 del Convenio de París (1967) pero no abordadas expresamente en las Partes II, III o IV del Acuerdo sobre los ADPIC quedan comprendidas en virtud de la incorporación del párrafo 1 del artículo 2 de dicho Acuerdo. A este respecto, observamos que en las resoluciones adoptadas en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC, el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) se ha tratado hasta ahora solamente una vez, en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*. En ese procedimiento, el Grupo Especial consideró que Australia, como reclamante, "no ha[bía] explicado claramente la premisa fundamental de sus alegaciones" y concluyó que Australia no había hecho una acreditación *prima facie*.[5272] El Grupo Especial añadió que su constatación "no implica[ba] opinión alguna sobre si los artículos 10*bis* y 10*ter* del Convenio de París (1967) están incorporados, y en qué modo, en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC".[5273]

7.2625. Como se ha expuesto *supra*, Australia considera que, en la medida en que el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) se pudiera aplicar a las medidas TPP, se aplicaría solo en lo que respecta a las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio" que son objeto de las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC. De ello se deduce una lectura de la expresión "[e]n lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo" del párrafo 1 del

los ADPIC son aquellas a las que se refiere el párrafo 2 de su artículo 1. *Ibid.*, párrafo 8.41. Véase también *ibid.* Párrafos 8.25 y 8.27.

[5267] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 8.41.

[5268] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 341.

[5269] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 335 (las cursivas figuran en el original). El Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial había interpretado la segunda cláusula del párrafo 2 del artículo 1 como si equivaliera a "'propiedad intelectual' abarca las categorías de propiedad intelectual que aparecen en los *títulos* de las secciones 1 a 7 de la Parte II". *Ibid*., párrafo 335.

[5270] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 337. Aunque el Órgano de Apelación rechazó la lectura que el Grupo Especial había hecho de la expresión "en lo que respecta a" contenida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, no dio ningún otro sentido a dicha expresión.

[5271] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 338. El Grupo Especial analizó la historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC y estimó que confirmaba su opinión. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafos 8.31-8.40. El Órgano de Apelación no consideró que la historia de la negociación fuera en absoluto decisiva para la cuestión que examinaba. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafos 339 y 340.

[5272] Véase el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.719-7.728.

[5273] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.728, nota 629.

artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC que limita la aplicación del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC a aquellos actos de competencia desleal que guarden relación con las categorías de derechos de propiedad intelectual abarcadas por esas partes del Acuerdo, como las marcas de fábrica o de comercio.

7.2626. Así pues, la cuestión que se nos plantea es de qué modo la expresión "[e]n lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo" que figura en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC afecta al alcance de la prescripción, establecida en virtud de dicho párrafo, de que los Miembros de la OMC cumplan el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) y aseguren una protección eficaz contra la competencia desleal, como estipula dicha disposición.[5274]

7.2627. La expresión "*in respect of*" (en lo que respecta a) se define como "*as regards*, *as relates to; with reference to*" (en lo relativo a, en lo relacionado con; por lo que se refiere a).[5275] Por lo tanto, el sentido corriente de esta expresión, junto con la estructura gramatical del párrafo 1 del artículo 2, da a entender que los Miembros cumplirán las disposiciones indicadas del Convenio de París (1967) en cuanto esas disposiciones del Convenio de París guarden relación con las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC. Entendemos que la referencia atañe a las materias que se abordan en las Partes II, III y IV, a saber, las normas de protección, la observancia a nivel nacional y la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual.[5276] Así pues, la frase "[e]n lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo" deja claro que los artículos del Convenio de París (1967) incorporados por referencia pueden tener trascendencia no solo para las normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual (Parte II), sino también para la observancia de los derechos de propiedad intelectual (Parte III) y para la adquisición y mantenimiento de dichos derechos (Parte IV). A su vez, los artículos del Convenio de París (1967) se refieren a la protección de la propiedad industrial.[5277]

7.2628. Observamos la determinación del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones* de que las palabras "en lo que respecta a" que figuran en el párrafo 1 del artículo 2 *no* "limita[n]" el alcance de las obligaciones de los Miembros derivadas de los artículos del Convenio de París (1967) incorporados al Acuerdo sobre los ADPIC, y su conclusión de que, en consecuencia, los Miembros de la OMC están obligados por el Acuerdo sobre los ADPIC a otorgar protección a los nombres comerciales, de conformidad con el artículo 8 del Convenio de París (1967)[5278], pese al hecho de que estos no constituyen una categoría de propiedad intelectual específica abordada o identificada expresamente en las Partes II, III o IV del Acuerdo sobre los ADPIC. De este razonamiento se deduce que, de modo análogo, tampoco debería suponerse que la incorporación de las obligaciones de los Miembros de la OMC en lo que respecta a la competencia desleal conforme al artículo 10*bis* esté "limitada" de tal manera que su

[5274] Observamos que esta cuestión se entiende sin perjuicio de otra distinta, el alcance del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), independientemente de su incorporación por referencia en el Acuerdo sobre los ADPIC. Observamos también que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que "[n]inguna disposición de las Partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París...".

[5275] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*in respect of*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/163779?redirectedFrom=in+respect+of#eid177413195>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5276] Esos temas corresponden a los títulos de las Partes II, III y IV, a saber, "Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual"; "Observancia de los derechos de propiedad intelectual"; y "Adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos contradictorios relacionados", respectivamente.

[5277] Por regla general, los derechos de propiedad intelectual se dividen en dos categorías, a saber: derecho de autor y propiedad industrial. El Convenio de París (1967), cuyo título completo es "Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial", se refiere a la protección de la propiedad industrial. El párrafo 1 de su artículo 1 dispone lo siguiente: "Los países a los cuales se aplica el presente Convenio se constituyen en Unión para la protección de la propiedad industrial." En el párrafo 2 de dicho artículo se define la idea de "propiedad industrial" del siguiente modo: "La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal." Al igual que las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC, las disposiciones sustantivas del Convenio de París (1967) se ocupan de las normas de protección, la observancia, y la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad industrial, aunque las disposiciones relativas a las normas de protección y la observancia a nivel nacional tienen un menor alcance que las del Acuerdo sobre los ADPIC.

[5278] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 341.

alcance se circunscriba a las clases de materias indicadas expresamente en las Partes II, III o IV del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2629. Observamos también que, si bien las disposiciones de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC no regulan de forma específica los actos de competencia desleal, se refieren expresamente a las disposiciones del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) cuando se tratan determinadas clases de materias abordadas en la Parte II. En concreto, el párrafo 2 b) del artículo 22 dispone que "[e]n relación con las indicaciones geográficas, los Miembros arbitrarán los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir: ... cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967)".[5279] En cuanto a la protección de la información no divulgada, el párrafo 1 del artículo 39 establece que, "[a]l garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3". Este contexto, en particular la referencia "[a]l garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10*bis*" que figura en dicho párrafo, confirma la intención de incorporar la obligación de otorgar una protección eficaz contra la competencia desleal prevista en el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Además, el artículo 4 del Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados (1989), incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC mediante una referencia en su artículo 35, reconoce la competencia desleal como una de las diversas formas jurídicas de protección mediante las cuales los Miembros tienen libertad para cumplir sus obligaciones de otorgar protección a los esquemas de trazado de circuitos integrados.

7.2630. Observamos asimismo que en el propio texto del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) no se traza una distinción entre los actos de competencia desleal que guardarían relación con las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas u otras categorías específicas de propiedad intelectual, y otros actos de competencia desleal. El artículo 10*bis* del Convenio de París no contiene tal distinción y exige que las partes en el Convenio aseguren una protección eficaz contra la competencia desleal, sin ninguna salvedad. De ello se desprende que el alcance de esa disposición no está limitado intrínsecamente a las clases de materias identificadas y abordadas en las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC, y las disposiciones que figuran en ellas, sino que abarca la represión de la competencia desleal como un objeto de la protección de la propiedad industrial.

7.2631. A la luz de lo que antecede, constatamos que, de conformidad con la segunda parte del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros están obligados a cumplir el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), y que la expresión "en lo que respecta a" que figura en la primera parte del párrafo 1 del artículo 2 no limita el alcance de la incorporación de la obligación prevista en el artículo 10*bis* de modo que abarque únicamente los actos de competencia desleal relacionados con las clases de materias abordadas en las Partes II, III o IV del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2632. Además, observamos que las medidas impugnadas en el presente asunto, las medidas TPP, incluyen características que se pueden considerar relacionadas con diversas categorías de propiedad intelectual abordadas en la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC. En concreto, no se cuestiona que afectan al uso de las marcas de fábrica o de comercio y a las indicaciones geográficas, y podrían afectar también a otras categorías de propiedad intelectual, como los dibujos y modelos industriales, y las patentes.[5280] Teniendo en cuenta esto también, estimamos conveniente no limitar nuestro examen de cómo se relacionan las medidas TPP con la protección contra la competencia desleal a cómo se relacionan con una determinada materia abordada en la Parte II, III o IV del Acuerdo sobre los ADPIC.

[5279] La expresión "*in respect of*" (en relación con) se utiliza también en la parte introductoria del párrafo 2 del artículo 22, que constituye el fundamento de alegaciones separadas en los presentes procedimientos. Véase la sección 7.3.7 *infra*.

[5280] Honduras sostiene que, por ejemplo, el empaquetado de los cigarrillos, incluido el paquete de cartón con tapa abatible, ha sido objeto de registro de marcas de fábrica o de comercio, de registro de dibujos y modelos industriales y de registro de patentes en Australia. Respuesta de Honduras a la pregunta 16 del Grupo Especial.

7.2633. Teniendo presentes estas determinaciones iniciales, examinaremos en primer lugar la interpretación del artículo 10*bis*, para fundamentar nuestra evaluación de las alegaciones de los reclamantes de que las medidas TPP son incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud de los párrafos 1)[5281], 3) 1[5282] y 3) 3[5283] del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC.

7.3.6.3 Interpretación del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.3.6.3.1 Principales argumentos de las partes

7.2634. Honduras aduce que la principal obligación prevista en el artículo 10*bis* es que los Miembros otorguen "una protección eficaz contra la competencia desleal". Según Honduras, de la expresión "protección eficaz" se desprende que los Miembros de la OMC deben promulgar normas *sustantivas* jurídicamente vinculantes que prohíban los actos de competencia desleal y establecer vías judiciales o *administrativas eficaces* que permitan hacer que se respete la prohibición de dichos actos.[5284] Honduras sostiene que la "intención" no es un elemento constitutivo de un acto de competencia desleal comprendido en el artículo 10*bis*.[5285]

7.2635. Honduras sostiene que el término "*competition*" (competencia) se define generalmente como "*[s]triving for custom between rival traders in the same commodity*" (lucha por la clientela entre comerciantes rivales del mismo producto) o como "*the effort of two or more parties acting independently to secure the business of a third party by offering the most favorable terms*" (el esfuerzo de dos o más partes que actúan de forma independiente por conseguir el negocio de un tercero ofreciendo los términos más favorables).[5286] Honduras hace referencia a la constatación del Grupo Especial que examinó el asunto *México - Telecomunicaciones* de que "la palabra '*competition*' ('competencia'), en su sentido económico ..., se define ... como '*rivalry in the market, striving for custom between those who have the same commodities to dispose of*' ('rivalidad en el mercado, lucha por la clientela entre los que tienen los mismos productos que vender')".[5287] Honduras aduce que el sentido corriente del término "*unfair*" (desleal) es "*not equitable, unjust, not according to the rules*" (no equitativo, injusto, no conforme a las normas)[5288], de forma que "'[c]ompetencia desleal' es, por tanto, una competencia 'no equitativa' o 'injusta'". Según Honduras, el sentido corriente de los términos que figuran en los párrafos 1) y 2) del artículo 10*bis* parece indicar que el artículo 10*bis* obliga a los Miembros de la OMC a asegurarse de que, en lo relativo a todos los aspectos de la competencia, los comerciantes rivales del mismo producto puedan luchar por la clientela en circunstancias que sean "equitativas" y "legítimas".[5289]

7.2636. Honduras observa que, según la definición que figura en el párrafo 2) del artículo 10*bis*, constituye acto de competencia desleal "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial".[5290] Honduras interpreta el término "*honest*" (honesto) como "*acquired by fair means; legitimate*" (obtenido por medios leales; legítimo)[5291], y los términos "competencia" "leal" y "honesta" en el sentido de que exigen que un participante en el mercado tenga la posibilidad de decidir si compite sobre la base de la diferenciación de los productos o los

[5281] Alegaciones planteadas por Honduras, la República Dominicana y Cuba.
[5282] Alegaciones planteadas por Cuba e Indonesia.
[5283] Alegaciones planteadas por Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia.
[5284] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 654 y 655. (las cursivas figuran en el original)
[5285] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 390 (donde se hace referencia a Bodenhausen, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-39), página 145). Véase también la respuesta de Honduras a la pregunta 19 del Grupo Especial.
[5286] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 662 (donde se hace referencia a *New Shorter Oxford English Dictionary*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-89), página 459; y *Merriam-Webster*, *Dictionary online*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-48), respectivamente).
[5287] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 663 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafo 7.230).
[5288] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 669 (donde se hace referencia a *New Shorter Oxford English Dictionary*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-89), página 3482).
[5289] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 669.
[5290] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 671.
[5291] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 672 (donde se hace referencia a *New Shorter Oxford English Dictionary*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-89), página 1255).

precios.[5292] En consecuencia, mantiene Honduras, limitar la capacidad de comunicar la diferenciación de los productos por medio de las marcas de fábrica o de comercio, la imaginería, los colores y las características de diseño de los productos constituye "competencia desleal".[5293] Según Honduras, la imposibilidad de distinguir los bienes no será "leal" para los competidores que hayan invertido tiempo y recursos en asegurar la notoriedad de su producto a través de una constante calidad superior del producto y de esfuerzos de mercadotecnia. Además, la competencia en esas circunstancias no será "honesta", porque algunos agentes económicos podrán aparentar que sus productos, inferiores, son tan buenos como los productos superiores de otros productores. Honduras sostiene que los párrafos 3) 1 y 3) 3 del artículo 10*bis* proporcionan dos ejemplos *per se* de "competencia desleal", y de ambos se deduce que la diferenciación de los productos forma parte integrante de dicha competencia".[5294]

7.2637. Honduras argumenta que el párrafo 1) del artículo 10*bis* obliga a los Miembros a asegurar una protección contra cualquier acto de competencia desleal, mientras que el párrafo 3) de dicho artículo enuncia ejemplos concretos de actos de competencia desleal. Esos ejemplos son meramente indicativos y por lo tanto no agotan todo el universo de actos que podrían constituir actos de competencia desleal. En consecuencia, una medida que sea incompatible con uno de los apartados del párrafo 3) del artículo 10*bis* será por definición incompatible con el párrafo 1) de dicho artículo, y es posible que una medida sea incompatible con el párrafo 1) del artículo 10*bis* sin ser incompatible con ninguno de los apartados del párrafo 3) de dicho artículo.[5295] Honduras añade que el artículo 10*bis* podría abordar actos distintos que los abarcados por la definición de competencia desleal que figura en el párrafo 2) de dicho artículo. A juicio de Honduras, "el párrafo 2) del artículo 10*bis* proporciona ejemplos de dos tipos de actos que constituirían un acto de competencia desleal. No estipula que esos dos actos constituyan todo el universo de la competencia desleal".[5296] Honduras agrega que, incluso si se considera que el párrafo 2) del artículo 10*bis* es una definición exhaustiva de "competencia desleal", las medidas de Australia están abarcadas por esa definición.[5297] Honduras también sostiene que, si bien la situación "normal" para la que el artículo 10*bis* establece disciplinas es aquella en la que las empresas cometen actos de deshonestidad comercial, el artículo 10*bis* también somete a disciplinas las medidas de reglamentación de los Miembros de la OMC. Añade que "[e]ste es el principal punto de desacuerdo entre Honduras y Australia (y Singapur)".[5298]

7.2638. Honduras aduce que los términos "leal" y "honesta" aplicados a la competencia suponen que las condiciones del mercado no deben favorecer a un grupo de competidores en detrimento de otro grupo de competidores, de forma que, en la medida en que un competidor realice actos que distorsionen estructuralmente la competencia, afectando a uno o varios otros competidores, esa conducta infringiría la prescripción de una competencia "leal" y "honesta". Honduras añade que, de igual modo, una *reglamentación gubernamental* que distorsione las condiciones de competencia en favor de algunos competidores, y en detrimento de otros, también es "injusta" y "no equitativa".[5299] Honduras añade que el sentido exacto del término "*fair*" debe entenderse en el contexto de la disposición en la que está incluido.[5300] Según Honduras, a efectos del derecho de la OMC, el contexto de las normas de la "competencia leal" del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) es la protección de la propiedad industrial como se define en el párrafo 1) del artículo 1 de dicho Convenio. Por consiguiente, cualquier repercusión asimétrica en diferentes participantes del mercado que resulte de medidas que regulen o restrinjan el ejercicio de derechos de propiedad intelectual es un factor pertinente para decidir si la competencia es "desleal".[5301]

7.2639. En particular, Honduras mantiene que el artículo 10*bis* prohíbe a los Miembros de la OMC promulgar leyes nacionales que inciten u obliguen a los agentes económicos privados a actuar de

[5292] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 661-668 y 673 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 18 y 61, entre otras fuentes).
[5293] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 676.
[5294] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 673-675.
[5295] Respuesta de Honduras a la pregunta 15 del Grupo Especial.
[5296] Respuesta de Honduras a la pregunta 18 del Grupo Especial.
[5297] Respuesta de Honduras a la pregunta 18 del Grupo Especial.
[5298] Respuesta de Honduras a la pregunta 17 del Grupo Especial.
[5299] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 677 y 678 (las cursivas figuran en el original). Véase también *ibid.*, párrafo 670.
[5300] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 670 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*, párrafo 7.260).
[5301] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 670.

una manera que constituya "competencia desleal", porque cuando un Miembro "*incita* u *obliga*, mediante sus leyes y reglamentos, a un particular o a una entidad a cometer un acto de competencia desleal, no se puede afirmar que ese Miembro esté 'asegura[ndo] ... una protección eficaz' *contra* esos actos".[5302] A juicio de Honduras, excluir las medidas de reglamentación de un Miembro de la OMC del ámbito de aplicación del artículo 10*bis* permitiría que la reglamentación nacional definiera el concepto de "competencia desleal" y privaría de sentido a las disciplinas del artículo 10*bis*.[5303] Según Honduras, el criterio relativo a la "honest[idad]" debe considerarse tanto a la luz de las normas imperantes en un Miembro de la OMC dado como a la luz de un criterio internacional más universalmente aceptado.[5304]

7.2640. Honduras aclara que "no aduce que *las leyes o reglamentos de un gobierno* constituyan actos de 'competencia desleal'"; "[l]os actos de competencia desleal siguen siendo actos de particulares".[5305] Añade que la situación *típica* contemplada en el artículo 10*bis* supone actos de competencia desleal realizados por agentes económicos privados, sin que haya una reglamentación gubernamental, pero sostiene que el artículo 10*bis* también abarca acciones de agentes económicos privados realizadas de conformidad con medidas gubernamentales que *compelen* a cometer actos de competencia desleal.[5306]

7.2641. Honduras se remite al informe del Grupo Especial encargado del asunto *México - Telecomunicaciones*, que se ocupó del denominado "Documento de Referencia" sobre los servicios de telecomunicaciones, en cuya sección 1.1 se exige a los Miembros de la OMC que "manten[gan] medidas adecuadas con el fin de impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente, sean un proveedor importante empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas". El Grupo Especial constató que "[n]o existe ninguna razón para suponer que el resultado que se desea alcanzar ... -prevenir que los proveedores principales se involucren en prácticas anticompetitivas- debe depender totalmente de si la propia legislación del Miembro hace legales esas prácticas, y tampoco hay ningún texto que indique que esto es así". A juicio de Honduras, la misma lógica se aplica al artículo 10*bis*, que, por consiguiente, debe interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que limita las facultades reglamentarias de los Miembros de la OMC.[5307]

7.2642. Honduras puntualiza que, si bien a su juicio el artículo 10*bis* restringe la facultad reglamentaria de los gobiernos, no aduce que dicho artículo exija una competencia "ilimitada", libre de toda intervención gubernamental. No obstante, la reglamentación legítima solo puede tener una repercusión *marginal* sobre la competencia, en el sentido de que no puede hacerla "desleal" e "inequitativa".[5308] Honduras subraya que su interpretación del artículo 10*bis* asigna al gobierno un margen de discrecionalidad suficiente para reglamentar la competencia, e implica que no toda reglamentación gubernamental que pueda tener una repercusión asimétrica en diferentes productores y su oferta de productos da lugar a una competencia "desleal".[5309] Honduras sostiene que, por ejemplo, una prohibición general de la publicidad no infringiría el artículo 10*bis*, porque su efecto asimétrico sobre la competencia es solamente marginal, en comparación con la legislación que, de forma deliberada y *ex ante*, persigue lograr una repercusión asimétrica.[5310]

7.2643. La República Dominicana observa que la expresión "competencia desleal" incluye el término "competencia". En consecuencia, el artículo 10*bis* se aplica a actos que influyen en la

[5302] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 657. (las cursivas figuran en el original)
[5303] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 658-660 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafos 7.243 y 7.244). Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 392.
[5304] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 669 (donde se hace referencia a Bodenhausen, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-39), página 144).
[5305] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 391. (las cursivas figuran en el original)
[5306] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 393 y 394. (las cursivas figuran en el original)
[5307] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 659 y 660 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafos 7.243 y 7.244). Honduras también se sirve de la orientación proporcionada por resoluciones anteriores relativas al trato dado a los productos nacionales e importados en el marco de los párrafos 2 y 4 del artículo III del GATT de 1994, así como en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Véase la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 679 y 680. Véase también la respuesta de Honduras a las preguntas 17 y 19 del Grupo Especial.
[5308] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 681. (las cursivas figuran en el original)
[5309] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 695.
[5310] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 395 y 396.

"rivalidad en el mercado" y en el proceso de "lucha por la clientela" entre competidores.[5311] Según la República Dominicana, el artículo 10*bis* exige a los Miembros de la OMC que garanticen una protección contra los actos de competencia "desleal[es]". Un acto es "desleal" si es "[n]o leal o no equitativo; injusto".[5312] En el párrafo 2) del artículo 10*bis* los actos de competencia "desleal[es]" se definen como aquellos "contrario[s] a los usos honestos en materia industrial o comercial". El término "*honest*" (honesto), en el contexto de la descripción de una acción como un "uso", significa algo "*done with or expressive of truthfulness*, *fairness*, *or integrity of character or intention; free from deceit; genuine*, *sincere*" (que se hace con veracidad, lealtad o integridad de carácter o propósito, o que expresa esas cualidades; libre de engaño; auténtico, sincero).[5313] La República Dominicana entiende que un "acto de competencia" que es "contrario a los usos honestos" es un acto que influye en la relación entre los competidores en el mercado y se realiza de una manera desleal, injusta o carente de integridad.[5314] Para llegar a una constatación de competencia desleal no es necesario que haya intención por parte de la persona que comete el acto.[5315]

7.2644. La República Dominicana aduce que la obligación prevista en el párrafo 1) del artículo 10*bis* de *asegurar una protección eficaz* contra la competencia desleal es considerablemente distinta de la obligación prevista en el párrafo 3) del artículo 10*bis* de *prohibir* las tres formas de competencia desleal especificadas. Por consiguiente, aun cuando un Miembro prohíba jurídicamente los actos privados de competencia desleal enumerados en el párrafo 3) del artículo 10*bis*, podría incumplir las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1) de dicho artículo si no otorga la protección *eficaz* necesaria contra la competencia desleal. Por ejemplo, si las infracciones de la prohibición conllevan sanciones únicamente simbólicas sin valor disuasorio, es posible que el Miembro no esté otorgando una protección "eficaz".[5316] La República Dominicana añade que tanto el párrafo 1) como el párrafo 3) son susceptibles de infracción por acción u omisión de un Miembro.[5317]

7.2645. En cuanto al objeto y fin del artículo 10*bis*, la República Dominicana alega que, según la OMPI, la protección contra la competencia desleal tiene un propósito triple: 1) la protección de los competidores; 2) la protección de los consumidores; y 3) la salvaguardia de la competencia en interés del público, y estos objetivos desempeñan un importante papel en la determinación de la "deslealtad" en el mercado.[5318] La República Dominicana añade que los ejemplos que figuran en el párrafo 3) del artículo 10*bis* también confirman el análisis de la OMPI según el cual la protección contra la competencia desleal tiene por objeto proteger a los competidores y los consumidores, y salvaguardar la competencia en interés del público.[5319]

7.2646. Cuba aduce que la obligación general establecida en el párrafo 1) del artículo 10*bis* es asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal, y que las disposiciones restantes del

[5311] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 842 y 843 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafo 7.230, en el que a su vez se cita la definición del término "*competition*" que figura en *The Shorter Oxford English Dictionary*, tercera edición (Clarendon Press, 1990), volumen II, página 382). Véanse también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 730 y 731; y la respuesta a la pregunta 22 del Grupo Especial.

[5312] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 845 (donde se cita *Oxford English Dictionary online*, definición de "*un 'fair*, adj.", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/213174?rskey=IGEAyx&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 9 de abril de 2014 (Prueba documental DOM-143)). Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 732.

[5313] Primera comunicación de la República Dominicana, párrafo 845 (donde se cita *Oxford English Dictionary online*, definición de "*honest*, adj. *and* adv.", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/88149?rskey=Tq7xuH&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 9 de abril de 2014 (Prueba documental DOM-145)).

[5314] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 845.

[5315] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 846 (donde se hace referencia a Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 145 entre otras). Véanse también la respuesta de la República Dominicana la pregunta 19 del Grupo Especial; y la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 737-742.

[5316] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 15 del Grupo Especial, párrafo 77. (las cursivas y las comillas figuran en el original)

[5317] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 727. Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 15 a) del Grupo Especial.

[5318] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 839 (donde se cita Protección contra la competencia desleal (OMPI) (Pruebas documentales AUS-536, DOM-139), párrafo 33).

[5319] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 847-850.

artículo 10*bis* informan el contenido de esa obligación general.[5320] Cuba coincide con Honduras en que el párrafo 3) del artículo 10*bis* enuncia ejemplos concretos de actos de competencia desleal, y en que una medida que es incompatible con uno de los apartados del párrafo 3) del artículo 10*bis* es, por tanto, también incompatible con el párrafo 1) de dicho artículo. Cuba suscribe el argumento de Honduras de que, como los ejemplos que figuran en el párrafo 3) del artículo 10*bis* son meramente indicativos y no agotan todo el universo de actos que pueden constituir actos de competencia desleal, es posible que una medida sea incompatible con el párrafo 1) del artículo 10*bis*, pero no esté comprendida en los ejemplos concretos que figuran en el párrafo 3) de dicho artículo.[5321]

7.2647. Indonesia aduce que, de conformidad con el artículo 10*bis*, los Miembros de la OMC tienen la obligación general de otorgar "una protección eficaz contra la competencia desleal". El párrafo 3) del artículo 10*bis* ofrece ejemplos de tres actos que deben prohibirse, lo que constituye la protección mínima que deben conceder todos los Miembros. Como se observa en el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, estos ejemplos no deben considerarse exhaustivos, sino más bien como la protección mínima que deben conceder todos los Estados miembros. Por consiguiente, sostiene Indonesia, para proporcionar una protección contra la competencia desleal, los Miembros de la OMC deben como mínimo asegurar una protección eficaz contra los tres tipos de actos descritos en el párrafo 3) del artículo 10*bis.*[5322] Indonesia hace una lectura del párrafo 1) del artículo *10bis* en el sentido de que crea una obligación más amplia que la del párrafo 3), que incluye también las obligaciones contenidas en el párrafo 3). En consecuencia, si una medida es incompatible con el párrafo 3) del artículo 10*bis*, es también necesariamente incompatible con el párrafo 1) del artículo 10*bis*; no obstante, una medida puede ser incompatible con el párrafo 1) del artículo 10*bis* sin ser incompatible con ninguno de los apartados del párrafo 3) de dicho artículo.[5323]

7.2648. Según Indonesia, el apartado 1 del párrafo 3) del artículo 10*bis* hace referencia a actos que es probable que causen confusión. No exige ni que la confusión se haya producido realmente[5324], ni que haya intención de causar confusión. De igual modo, el apartado 3 tampoco exige que se proporcione a los consumidores información que no sea cierta o que se demuestre que realmente se ha inducido a los consumidores a error sobre "la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos".[5325]

7.2649. Indonesia añade que la finalidad del artículo 10*bis* es proteger y promover la competencia leal en el comercio internacional mediante la protección de los competidores y los consumidores, y la salvaguardia de la competencia en interés del público.[5326]

7.2650. Australia aduce que el párrafo 1) del artículo 10*bis* exige a los Miembros que aseguren "una protección eficaz contra la competencia desleal". En el párrafo 2) del artículo 10*bis*, se define "competencia desleal" como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". El sentido corriente del término "*act*" (acto) es "*a thing done; a deed*"; "*the process of doing*" (una cosa hecha; una acción; el proceso de hacer). Por consiguiente, el empleo del término "acto" en el párrafo 2) del artículo 10*bis* indica que la conducta correspondiente es de carácter concreto o específico, es decir, una "cosa hecha" o una "acción" de competencia en

[5320] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 381.
[5321] Respuesta de Cuba a la pregunta 15 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde hace suya la respuesta de Honduras a la pregunta 15 del Grupo Especial).
[5322] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 154 (donde se hace referencia al Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-43), párrafo 2.762).
[5323] Respuesta de Indonesia a la pregunta 15 del Grupo Especial.
[5324] Véase la respuesta de Indonesia a la pregunta 168 del Grupo Especial.
[5325] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 156 y 157.
[5326] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 159 (donde se hace referencia a Wadlow, *Law of Passing-Off*, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-60), página 9; y al Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-43), párrafo 2.773). El Grupo Especial observa que los párrafos citados del Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual no se incluyen en los fragmentos presentados como Prueba documental IDN-43. Los párrafos a que se hace referencia fueron presentados por la República Dominicana en el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, texto íntegro (Prueba documental DOM-65).

concreto. Ello se ve confirmado por los ejemplos ilustrativos de competencia desleal que figuran en el párrafo 3) del artículo 10*bis*, cada uno de los cuales se refiere a "actos" *concretos*.[5327]

7.2651. Australia observa que los "actos" prohibidos por el párrafo 2) del artículo 10*bis* son "todo[s] [los] acto[s] de competencia desleal contrario[s] a los usos honestos en materia industrial o comercial". El sentido corriente del término "*competition*" (competencia) es "[*t]he action of competing or contending with others*" (la acción de competir o contender con otros) o "*striving for custom between rival traders in the same commodity*" (lucha por la clientela entre comerciantes rivales del mismo producto).[5328]

7.2652. Australia también describe el sentido corriente del término "*honest*" (honesto) como, en la parte pertinente, "*straightforward; free from fraud*" (honrado; no fraudulento) o "*truthful*" (veraz).[5329] Según aduce Australia, en el párrafo 2) del artículo 10*bis*, el término se emplea en relación con los "usos ... en materia industrial o comercial", y no aisladamente. Aunque no hay un único criterio internacional respecto de lo que constituye un acto de competencia contrario a los usos comerciales "honestos", los ejemplos ilustrativos que figuran en el párrafo 3) del artículo 10*bis* indican que dicho artículo se refiere a los actos que son "deshonestos", en el sentido de que no son "veraces", y los apartados 1) a 3) constituyen, cada uno de ellos, un ejemplo de una representación *falsa* o *que pueda inducir a error*. En consecuencia, según sus términos, el artículo 10*bis* exige a los Miembros que aseguren una protección eficaz contra "acciones concretas" de "rivalidad comercial "deshonesta" o "falaz", es decir, actos encaminados a beneficiar a un agente del mercado influyendo en los consumidores sobre la base de representaciones falsas o que puedan inducir a error.[5330]

7.2653. Australia considera que el hecho de no prohibir los actos descritos en el párrafo 3) del artículo 10*bis* constituiría un incumplimiento de la obligación establecida en el párrafo 1) del artículo 10*bis.* Añade que si una medida impidiera a un Miembro asegurar una protección eficaz contra una conducta que se ajuste a la definición de "competencia desleal" dada en el párrafo 2) del artículo 10*bis* ("todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial", es decir, actos de deshonestidad comercial que impliquen una representación falsa), y tengan la misma naturaleza y alcance que los ejemplos ilustrativos que figuran en el párrafo 3) del artículo 10*bis*, esa medida sería incompatible con la obligación establecida en el párrafo 1) del artículo 10*bis*, incluso si la conducta en cuestión no estuviera contemplada específicamente en los apartados del párrafo 3) del artículo 10*bis*.[5331]

7.2654. Australia aduce que no hay un único criterio internacional acerca de lo que constituye un acto de competencia contrario a los usos comerciales "honestos". Añade que esos actos podrían incluir "representación falsa del competidor, amenazas fraudulentas, difamación, descrédito, captación de empleados, revelación de información confidencial y soborno comercial, entre otros".[5332] Australia añade que el artículo 10*bis* exige a los Miembros que establezcan disciplinas respecto de la conducta de los agentes del mercado en relación con los competidores rivales y los posibles consumidores. Según Australia, los Miembros gozan de discrecionalidad para cumplir esta obligación, incluso para determinar la gama de actos que constituyen competencia desleal,

[5327] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 445-447 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, Parte 1 (Prueba documental AUS-243), página 22.

[5328] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 447 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, Parte 1 (Prueba documental AUS-243), página 470). Australia añade que la segunda acepción del término "*competition*" (competencia) fue refrendada por el Grupo Especial en el informe *México - Telecomunicaciones*, párrafo 7.230, así como por Honduras en su segunda comunicación escrita, párrafo 663, y por la República Dominicana en su primera comunicación escrita, párrafo 842.

[5329] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 447 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, Parte 1 (Prueba documental AUS-243), página 1271).

[5330] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 448 y 449.

[5331] Respuesta de Australia a la pregunta 15 del Grupo Especial.

[5332] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 448 y nota 623 (donde se hace referencia a las observaciones de Correa acerca del Acuerdo sobre los ADPIC (Prueba documental AUS-242), página 388).

siempre que se dé aplicación a la definición que figura en el párrafo 2) del artículo 10*bis* y a los ejemplos concretos enunciados en el párrafo 3) de dicho artículo.[5333]

7.3.6.3.2 Principales argumentos de los terceros

7.2655. El Canadá aduce que el sentido corriente de los términos "acto" y "competencia", en el contexto del artículo 10*bis*, indica que la expresión "acto de competencia" se refiere únicamente al comportamiento comercial de los agentes que compiten en el mercado. Por regla general, el Estado desempeña en el mercado la función de un órgano de reglamentación o de gobierno que ordena la relación entre los agentes competidores, *no* la de un agente del mercado propiamente dicho que compite por una cuota de mercado. Cuando un Miembro regula el mercado o a sus agentes privados, esas medidas no constituyen "actos de competencia" y quedan excluidas del ámbito de la definición de "competencia desleal" en el marco del artículo 10*bis.* Además, la definición de "competencia desleal" que figura en el artículo 10*bis* está vinculada a un *acto* de competencia. El texto no dice que un acto *que influya en* la competencia constituya competencia desleal, y no hay nada que respalde la ampliación del alcance del artículo 10*bis* de modo que abarque medidas de reglamentación que no son, en sí mismas, *actos de competencia*.[5334]

7.2656. El Canadá añade que el argumento de los reclamantes de que un Miembro no puede exigir jurídicamente el comportamiento que se ha comprometido a prevenir y contra el cual se ha comprometido a otorgar protección se deriva de sus aseveraciones de que la flexibilidad reglamentaria de un Miembro solo se ve limitada por las obligaciones que de hecho asume. En el caso del artículo 10*bis*, la obligación consiste en proteger contra la competencia desleal, que se define como determinados *actos* de c*ompetencia*. Si una medida de un Miembro no constituye tal acto, no se aplica el artículo 10*bis* y, en consecuencia, el Miembro conserva su flexibilidad reglamentaria a este respecto.[5335]

7.2657. China señala que la disensión fundamental parece ser la definición de "competencia desleal" en el ámbito del artículo 10*bis* del Convenio de París y el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC. A juicio de China, las medidas TPP no parecen ser un acto de competencia desleal en el sentido de las mencionadas disposiciones. En primer lugar, China observa que en el párrafo 2) del artículo 10*bis* se define acto de competencia desleal como todo acto "contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial", y sostiene que "[p]arece difícil calificar los actos que realizan los competidores para cumplir los requisitos legales como actos 'contrarios a los usos honestos'".[5336] En segundo lugar, China mantiene que el párrafo 3) del artículo 10*bis* dispone que "deberán prohibirse" en particular tres categorías de actos, y las medidas TPP no están incluidas en el ámbito de las categorías de actos segunda o tercera, es decir las aseveraciones falsas y las indicaciones o aseveraciones que pueden inducir a error, ni en el ámbito de la primera categoría, que hace claramente referencia a los actos de "un competidor".[5337]

7.2658. Nueva Zelandia comparte la interpretación del artículo 10*bis* expuesta por Australia y sus argumentos relativos a dicha disposición.[5338]

7.2659. Singapur aduce que la práctica de los Estados en materia de competencia desleal pone de manifiesto que no existe un único criterio internacional respecto de lo que constituye un acto de "competencia desleal", y que hay diversos enfoques para aplicar el criterio.[5339] No obstante, se

[5333] Primera comunicación escrita de Australia, nota 625 (donde se hace referencia a Bodenhausen (Pruebas documentales HND-39, DOM-79, IDN-61), página 144).
[5334] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 24 y 25.
[5335] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 26.
[5336] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 61.
[5337] China añade que, como otra posibilidad, si el Grupo Especial interpretara que el sentido de la expresión "competencia desleal" abarca las medidas de reglamentación de un gobierno y/o sus efectos en el mercado, tendría que evaluar cuidadosamente los hechos detallados de la diferencia, incluida una gama de mecanismos jurídicos previstos por Australia, a fin de determinar si las medidas TPP obligan a los agentes del mercado a participar en actos de competencia desleal o si Australia no asegura una protección eficaz contra la competencia desleal debido a las medidas TPP. Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafos 57-62.
[5338] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 14.
[5339] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 15 (donde se hace referencia a Protección contra la competencia desleal (OMPI) (Pruebas documentales AUS-536, DOM-139), párrafos 23-26).

considerará que determinados actos constituyen competencia desleal, según se establece en el párrafo 3) del artículo 10*bis.* Con arreglo a sus términos, el artículo 10*bis* prohíbe los actos de deshonestidad comercial que impliquen una representación falsa. Sin embargo, la lectura que hacen los reclamantes de que, al no permitir que los competidores diferencien sus productos en el mercado, las medidas TPP infringen el párrafo 1) del artículo 10*bis* está reñida con la idea de lo que constituye un acto de competencia desleal. Además, asegurar que cualquier reglamentación repercuta por igual en todas las personas supondría en efecto imponer una carga indebidamente onerosa a los gobiernos.[5340] Singapur sostiene que el artículo 10*bis* no se refiere a las condiciones del mercado como tales, sino a los *actos de* deshonestidad comercial que implican una representación falsa.[5341]

7.2660. Por lo que respecta a las alegaciones concretas formuladas al amparo de los apartados 1 y 3 del párrafo 3) del artículo 10*bis* -según las cuales, al impedir que los productores distingan sus productos de tabaco, las medidas TPP imponen precisamente los actos que causan confusión y las indicaciones capaces de inducir a error que Australia está obligada a evitar-, Singapur observa que los reclamantes no han presentado pruebas empíricas de que las medidas efectivamente hayan dado lugar a confusión o tengan por efecto inducir a error en el mercado australiano. En cambio, Singapur sostiene que el uso del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social junto con el nombre de la variante en el empaquetado del tabaco (que está permitido, y los cuales pueden constituir en sí mismos marcas de fábrica o de comercio) de manera uniforme y sistemática en todos los envases permite que los consumidores se centren con facilidad solo en las palabras utilizadas y las comparen, lo que les permite distinguir claramente los productos de tabaco de una empresa de los de otra. Por las razones expuestas *supra*, Singapur no considera que haya una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que incorpora el artículo 10*bis* del Convenio de París.[5342]

7.2661. El Uruguay sostiene que el Grupo Especial debería rechazar las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que incorpora el artículo 10*bis* del Convenio de París.[5343]

7.3.6.3.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2662. Recordamos que, a tenor del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, "[e]n lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo, los Miembros cumplirán los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967)". Recordamos que el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) dispone lo siguiente:

> 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.
>
> 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.
>
> 3) En particular deberán prohibirse:
>
> 1. cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
>
> 2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

[5340] Singapur añade que tal aseveración, por ejemplo, pondría en tela de juicio la legalidad de las restricciones a la publicidad del tabaco, teniendo en cuenta que se podría afirmar que la prohibición distorsiona las condiciones de competencia en favor de quienes ya participan en el mercado. Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 15-17.

[5341] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 61.

[5342] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 18-20.

[5343] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 107.

3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

7.2663. En consecuencia, el párrafo 1) del artículo 10*bis*, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC mediante una referencia en el párrafo 1 de su artículo 2, exige que los Miembros[5344] aseguren a los nacionales de los Miembros una protección eficaz contra la competencia desleal. Si bien el párrafo 1) estipula que esa protección debe ser "eficaz", no determina los medios a través de los cuales los Miembros han de asegurar tal protección, ni da más detalles sobre el significado de "competencia desleal".

7.2664. En el párrafo 2) del artículo 10*bis* se define "acto de competencia desleal" como "todo *acto* de *competencia* contrario a los *usos honestos* en materia industrial o comercial" (sin cursivas en el original). El término "*competition*" (competencia) en el contexto del comercio se define como "*rivalry in the market*, *striving for custom between those who have the same commodities to dispose of*" (rivalidad en el mercado, lucha por la clientela entre los que tienen los mismos productos que vender).[5345] Así es también como el Grupo Especial que examinó el asunto *México - Telecomunicaciones* entendió este término "en su sentido económico pertinente".[5346]

7.2665. El sustantivo "*act*" (acto) significa "*something done or effected; a deed*" (algo hecho o efectuado; una acción).[5347] La expresión "acto de competencia", en el contexto proporcionado por la frase "en materia industrial o comercial", indica algo que hace un agente del mercado para competir con otros agentes en el mercado.

7.2666. El sentido corriente del adjetivo "*honest*" (honesto) en conjunción con una acción como un "uso", es "*done with or expressive of truthfulness*, *fairness*, *or integrity of character or intention; free from deceit; genuine*, *sincere*" (que se hace con veracidad, lealtad o integridad de carácter o propósito, o que expresa esas cualidades; libre de engaño; auténtico, sincero).[5348] En cuanto al término "*practice*", el Órgano de Apelación consideró pertinentes las definiciones siguientes: "'*habitual doing or carrying out of something; usual or customary action or performance*' (realización o actuación habitual de algo; acción o conducta usual o consuetudinaria); '*custom; a habit; a habitual action*' (costumbre; hábito; acción habitual); *'action of doing something; performance*, *operation; method of action or working*' (acción de realizar algo; ejecución, funcionamiento; método de actuación o de trabajo)".[5349] Es probable que el modo en que habitualmente se llevan adelante los asuntos comerciales varíe de un mercado a otro y se modifique con el tiempo. Consideradas conjuntamente, estas definiciones indican que un "acto de competencia" es "contrario a los usos honestos" si se realiza de una manera que es contraria a lo que de forma usual o consuetudinaria se consideraría veraz, leal y libre de engaño en un mercado determinado.

[5344] Entendemos que la referencia que se hace en el párrafo 1) del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) a los países de la Unión de París, en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC alude a los Miembros de la OMC, y la referencia a los nacionales de esos países alude a los nacionales de los demás Miembros de la OMC, como se define en el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 132.

[5345] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*competition*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/37578?rskey=pnBSr9&result=1#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5346] Informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafo 7.230 (no se reproduce la nota de pie de página). Honduras (primera comunicación escrita, párrafo 663), la República Dominicana (primera comunicación escrita, párrafo 842) y Australia (primera comunicación escrita, párrafo 447 y nota 620) hacen referencia a esta definición del término "*competition*" (competencia).

[5347] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*act,* n.", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/1888?rskey=krCUxv&result=4&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5348] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*honest*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/88149?rskey=Q1K9kO&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5349] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.90, nota 682 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 2311).

7.2667. Por consiguiente, entendemos que la definición de "acto de competencia desleal" que figura en el párrafo 2) alude a algo que hace un agente del mercado para competir con otros agentes en el mercado de una manera que es contraria a lo que de forma usual o consuetudinaria se consideraría veraz, leal y libre de engaño en un mercado determinado.

7.2668. La parte introductoria del párrafo 3) dispone que "*[e]n particular* deberán prohibirse" (sin cursivas en el original). La definición pertinente de la expresión "*in particular*" (en particular) es "*[a]s one distinguished from others of a number*" (*referido a una cosa que se distingue de otras dentro de un conjunto*).[5350] Entendemos que el párrafo 3) del artículo 10*bis* está vinculado con el párrafo 2) de dicho artículo en el sentido de que los actos de que se distinguen los actos enumerados en el párrafo 3) son otros actos de competencia desleal, tal como se define en el párrafo 2).[5351] Por consiguiente, entendemos que los tipos de actos enumerados en el párrafo 3 son casos de "acto[s] de competencia desleal ... contrario[s] a los usos honestos en materia industrial o comercial", y que puede haber otros tipos de usos comerciales deshonestos que se ajusten a la definición del párrafo 2, que se refiere de forma más general a "*todo* acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial" (sin cursivas en el original). Además, la parte introductoria del párrafo 3) está redactada como una obligación vinculante respecto de los tipos de actos enumerados en sus apartados, y establece que "[e]n particular *deberán* prohibirse" (sin cursivas en el original). Dicho de otro modo, el párrafo 3 exige a los Miembros que prohíban los tipos de usos comerciales deshonestos indicados en sus apartados.[5352]

7.2669. Por consiguiente, en definitiva, el párrafo 1), leído conjuntamente con los párrafos 2) y 3), exige que los Miembros, en el proceso de asegurar una protección eficaz contra los actos de competencia desleal, en el sentido del párrafo 2), prohíban los tipos de usos en materia industrial o comercial comprendidos en el párrafo 3). Conforme al párrafo 1), la protección contra tales actos debe ser "eficaz". No obstante, el párrafo 1) no dice nada sobre el criterio aplicable para determinar cuáles son los usos industriales y comerciales, aparte de los abarcados por el párrafo 3), que deberían considerarse deshonestos en un Miembro determinado y contra los que, en consecuencia, ese Miembro debe asegurar una protección eficaz.

7.2670. Observamos que las partes comparten la opinión de que sería posible que una medida fuera incompatible con el párrafo 1) sin ser incompatible con ninguno de los apartados del párrafo 3). Indonesia lee el párrafo 1) en el sentido de que crea una obligación más amplia que la del párrafo 3), y caracteriza los ejemplos que figuran en el párrafo 3 en el sentido de que establecen una "protección mínima". Australia considera que una medida podría ser incompatible con el párrafo 1), aun cuando la conducta en cuestión no estuviera comprendida específicamente en ninguno de los apartados del párrafo 3), siempre que esa conducta tuviera "la misma naturaleza y alcance" que los actos enumerados en el párrafo 3). Pasaremos ahora a examinar estas cuestiones.[5353]

7.2671. Como hemos determinado *supra*, entendemos que la expresión "acto de competencia desleal" que figura en el párrafo 2) alude a algo que hace un agente del mercado para competir con otros agentes en el mercado de una manera que es contraria a lo que de forma usual o consuetudinaria se consideraría veraz, leal y libre de engaño en un mercado determinado. El modo en que usual o consuetudinariamente se llevan a cabo los asuntos comerciales difiere de un

[5350] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*in particular*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/138260?redirectedFrom=%22in+particular%22#eid31581166>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5351] En el asunto *India - Productos agropecuarios,* el Órgano de Apelación constató que la expresión "en particular" que figura en la primera frase del párrafo 2 del artículo 6 del Acuerdo MSF "subraya el vínculo entre" el párrafo 2 del artículo 6 y la obligación más general establecida en el párrafo 1 del artículo 6 del Acuerdo MSF y, junto con otras consideraciones, "indica[ ] que, conjuntamente, los párrafos 1 y 2 del artículo 6 atribuyen importancia al contenido del párrafo 2 como una forma concreta mediante la cual un Miembro puede asegurarse de que sus MSF se 'adapten', como exige el párrafo 1 del artículo 6". Informe del Órgano de Apelación, *India - Productos agropecuarios*, párrafo 5.133.

[5352] Abordamos la interpretación de los términos empleados en los apartados 1 y 3 del párrafo 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) en el contexto de las alegaciones planteadas al amparo de esos apartados. Véanse los párrafos 7.2714, 7.2750 y 7.2753 *infra*.

[5353] Respuesta de Honduras a la pregunta 15 del Grupo Especial; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 15 del Grupo Especial, párrafos 72-76; respuesta de Cuba a la pregunta 15 del Grupo Especial (donde hace suya la respuesta de Honduras a la pregunta); respuesta de Indonesia a la pregunta 15 del Grupo Especial; y respuesta de Australia a la pregunta 15 del Grupo Especial.

mercado a otro, al igual que las percepciones acerca de lo que constituyen usos comerciales "honestos" y los criterios para determinarlo. A este respecto, observamos que puede haber cierta diversidad en la forma en que los sistemas jurídicos nacionales abordan la represión de la competencia desleal y en los tipos de actos que quedan abarcados. En un tratado de la OMPI, facilitado al Grupo Especial por la Secretaría de la OMPI en respuesta a la solicitud de información realizada por el Grupo Especial, se observa que, si bien la mayoría de los países con leyes especiales sobre competencia desleal han adoptado definiciones idénticas o similares a la utilizada en el párrafo 2) del artículo 10*bis*, empleando expresiones como "usos comerciales honestos", las percepciones acerca de ideas como la de "usos honestos" varían:

> Es cierto que la descripción de la competencia desleal como actos contrarios a los "usos comerciales honestos", la "buena fe" y otros no ofrecen normas de comportamiento claras y de aceptación universal, ya que el significado de los términos es más bien abstracto. La norma de "lealtad" u "honestidad" en la competencia no es más que el reflejo de conceptos sociológicos, económicos, morales y éticos de una sociedad y por lo tanto puede diferir de un país a otro (y algunas veces, incluso dentro del mismo país). También es posible que esta norma se modifique con el paso del tiempo.[5354]

7.2672. Consideramos que este pasaje es también ilustrativo a efectos de comprender la definición de acto de competencia desleal que figura en el párrafo 2) del artículo 10*bis.* A nuestro modo de ver, la referencia que se hace en esa definición a los "usos honestos" no indica que en la determinación de si un uso comercial es "honesto" se aplique una única "norma de comportamiento clara y de aceptación universal". Antes bien, indica que esta evaluación debe realizarse sobre la base de lo que constituyen "usos honestos" en el mercado pertinente.

7.2673. A este respecto, la noción de "usos honestos" se parece a otra noción a que se hace referencia en los Acuerdos de la OMC, a saber, la de "moral pública". El Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*, al interpretar el apartado a) del artículo XIV del AGCS, constató que "la expresión 'moral pública' denota normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación".[5355] Además, observó que "el significado de esos conceptos para los Miembros puede variar en el tiempo y en el espacio, en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan".[5356] De modo análogo, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, al interpretar el apartado a) del artículo XX del GATT de 1994, observó que "el contenido y alcance del concepto de 'moral pública' pueden variar de un Miembro a otro ya que están influidos por los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalecen en cada Miembro".[5357]

7.2674. El contexto proporcionado por otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC en las que se hace referencia a la moral apunta en una dirección similar. El artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, permite a un Miembro rehusar o invalidar, en determinadas circunstancias, una marca de fábrica o de comercio que sea "contraria a la moral o al orden público". Como señala Bodenhausen, existen motivos para rehusar o invalidar una marca de fábrica o de comercio cuando esa marca es contraria a la moral o al orden público, "considerados ... en el país donde se reclama la protección".[5358] El párrafo 2 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC autoriza a los Miembros a excluir de la patentabilidad las invenciones "cuya explotación comercial *en su territorio* deba impedirse necesariamente para

[5354] Respuesta de la OMPI a la solicitud de información fáctica del Grupo Especial, carta de fecha 5 de octubre de 2015, anexo 8, Oficina Internacional de la OMPI, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation* (Protección contra la competencia desleal: Análisis de la situación mundial actual), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 1994), párrafos 28-29.

[5355] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 6.465. El Órgano de Apelación no cuestionó esta interpretación. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 299.

[5356] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 6.461.

[5357] Informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.763.

[5358] Por lo que atañe al concepto conexo de "orden público", Bodenhausen añade que "[u]na marca contraria al orden público sería una marca contraria a los conceptos jurídicos o sociales básicos del país de que se trate". Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 116. Observamos que todas las partes en las presentes diferencias se han apoyado en la Guía del Convenio de París en diversos tramos de sus comunicaciones.

proteger el *orden público* o la *moralidad*" (sin cursivas en el original), lo que indica que la necesidad de impedir la explotación comercial por motivos de moralidad ha de considerarse respecto de un territorio concreto.

7.2675. Por consiguiente, la idea de "usos honestos" utilizada en la definición de acto de competencia desleal que figura en el párrafo 2) del artículo 10*bis* debe interpretarse en relación con las normas de conducta honesta que habitualmente se aplican y mantienen en el mercado interno en cuestión. Lo que ha de considerarse como mercado de que se trate debe determinarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso. A este respecto, observamos que el hecho de que lo que se considera constitutivo de "usos honestos" puede variar de un Miembro a otro no hace que la obligación sea discrecional. Si determinados actos están objetivamente comprendidos en lo que se considera, en el mercado interno en cuestión, "contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial", estos constituirán actos de competencia desleal sujetos a la obligación establecida en el artículo 10*bis*.[5359]

7.2676. Esta lectura se ve confirmada por los trabajos preparatorios del Convenio de París (1967). El Convenio de París original, de 1883, no se ocupaba de la competencia desleal. La primera mención a esta se incluyó en el artículo 10*bis* del Acta de Bruselas de 1900[5360], y la redacción actual se introdujo en la Conferencia de Revisión de La Haya de 1925.[5361] La Comisión de Redacción presentó el texto definitivo con, entre otras, las siguientes observaciones:

> *[O]n a jugé utile*, *en renforçant l'obligation prise par les pays contractants à Washington*, *d'établir le principe qu'il fallait atteindre la concurrence déloyale sous toutes ses formes et de donner seulement comme un exemple minimum les deux groupes de faits qu'on était unanimes à ranger parmi les actes de concurrence déloyale*.[5362]

7.2677. El comentario de la OMPI mencionado *supra* confirma asimismo que los tres usos enumerados en el párrafo 3) que "en particular" tienen que prohibirse "no deben considerarse

[5359] Observamos asimismo que la Guía del Convenio de París de Bodenhausen hace referencia no solo a las ideas de honestidad que prevalezcan en la jurisdicción de un Miembro, sino también a las establecidas en el comercio internacional: "[t]odo acto de competencia tendrá que ser considerado como desleal si es contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. Este criterio no está limitado a los usos honestos existentes en el país donde se reclama la protección contra la competencia desleal. Las autoridades judiciales o administrativas de tal país tendrán, por lo tanto, que tener también en cuenta los usos honestos establecidos en el comercio internacional". Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 144. En las circunstancias de un caso determinado, los usos honestos establecidos en el comercio internacional, si son apreciables, también deberían, por tanto, informar el sentido de "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial" en el marco del párrafo 2 del artículo 10*bis*.

[5360] El artículo 10*bis* del Acta de Bruselas de 1900 establece lo siguiente: "*[n]ationals of the Convention (Articles 2 and 3) shall enjoy*, *in all the States of Union*, *the protection granted to nationals against unfair competition*" (los nacionales del Convenio (artículos 2 y 3) gozarán, en todos los Estados de la Unión, de la protección concedida a los nacionales contra la competencia desleal). Esta disposición figura ahora, de forma algo modificada, en el párrafo 1) del artículo 10*bis*. La Conferencia de Washington de 1911 introdujo el texto "*assure ... effective protection*" (asegurar ... una protección eficaz) y en el Acta de La Haya de 1925 se sustituyó "*undertake*" (se comprometen) por "*are bound*" (están obligados). La definición de acto de competencia desleal se incorporó al párrafo 2) en el Acta de La Haya de 1925, y desde entonces no se ha modificado. La Conferencia de La Haya de 1925 también añadió el párrafo 3), con los dos apartados que contienen los dos ejemplos que en esencia corresponden a los actuales apartados 1 y 2. El tercer apartado, en el que se incluye un ejemplo adicional, se añadió al Acta de Lisboa de 1958, y no se ha modificado desde entonces. Véase la respuesta de la OMPI a la solicitud de información fáctica del Grupo Especial, carta de fecha 5 de octubre de 2015, Extractos de las actas de las conferencias diplomáticas en las que se adoptaron, revisaron y modificaron los artículos 6*bis*, 6*quinquies*, 7 y 10*bis* del Convenio de París (1967). Los extractos de las Actas del Convenio de París de 1900, 1911 y 1925 proceden de las traducciones al inglés de esas Actas que figuran en *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property from 1883 to 1983* (OMPI, 1983).

[5361] Según la caracterización hecha en el informe de la Cuarta Subcomisión de la Conferencia de La Haya de 1925, la modificación del párrafo 1) mencionada *supra* era "*d'un effet plutôt moral*". No se consideró suficiente, y prosiguieron los esfuerzos, entre otras cosas, para "*prévoir certaines espèces qui dans tous les cas devraient former l'objet de la protection conventionnelle*". Respuesta de la OMPI a la solicitud de información fáctica del Grupo Especial, carta de fecha 5 de octubre de 2015, anexo 4, Extractos de las actas de la Conferencia de Revisión de La Haya (1925), informe de la Cuarta Subcomisión, página 472. Las actas solo están disponibles en francés.

[5362] Respuesta de la OMPI a la solicitud de información fáctica del Grupo Especial, carta de fecha 5 de octubre de 2015, anexo 4, Extractos de las actas de la Conferencia de Revisión de La Haya (1925), informe de la Comisión de Redacción, página 547.

exhaustivos, sino más bien como la protección mínima que deben conceder todos los Estados miembros".[5363]

7.2678. Estos elementos confirman que los usos enumerados en el párrafo 3) del artículo 10*bis* son ejemplos de usos deshonestos y constituyen un nivel mínimo internacionalmente acordado por lo que respecta a los tipos de usos deshonestos que los países de la Unión de París deben prohibir. Ello no invalida el hecho de que el párrafo 2) establece que el alcance de la definición de "acto de competencia desleal" incluye "todo" acto de competencia contrario a los usos honestos en materia comercial. Por consiguiente, los países de la Unión están obligados a asegurar una protección eficaz contra todo acto de competencia desleal comprendido en la definición del párrafo 2). Ello debe abarcar, como mínimo, las categorías de usos mencionadas en el párrafo 3). Los trabajos preparatorios citados *supra* dejan claro que, aunque los negociadores no procuraron especificar otras categorías concretas de usos contra las cuales todos los países estarían obligados a asegurar una protección eficaz, tenían el propósito de abordar la competencia desleal "*sous toutes ses formes*" (en todas sus formas), y las situaciones concretas indicadas en el párrafo 3) se estipulaban "*seulement comme un exemple minimum*" (solamente como un ejemplo mínimo).

7.2679. En consecuencia, los Miembros de la OMC están obligados no solo a prohibir los tres tipos concretos de actos identificados en el párrafo 3) del artículo 10*bis*, sino también a otorgar una protección eficaz contra todos los actos que estén comprendidos de manera más general en el ámbito de su párrafo 2). Aunque se exige que un Miembro prohíba los tipos de usos deshonestos en materia industrial y comercial enumerados en el párrafo 3), el alcance de otros usos en materia industrial y comercial contra los que está obligado asegurar una protección eficaz ha de examinarse en el contexto de los sistemas jurídicos y de las concepciones de lo que constituiría un acto contrario a lo que usual o habitualmente sería considerado veraz, leal y libre de engaño en el mercado interno en cuestión.[5364]

7.2680. Observamos también que, como han señalado la República Dominicana e Indonesia, la protección contra la competencia desleal tiene por objeto proteger a los competidores y a los consumidores, así como el interés público. Estamos de acuerdo con el análisis realizado en el comentario sobre la OMPI, al que hace referencia la República Dominicana, en el sentido de que al determinar la "honestidad" de los acuerdos comerciales, es necesario tomar en consideración todos estos factores.[5365] Este enfoque es acorde con lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Objetivos", que refleja la intención de establecer y mantener un equilibrio entre los objetivos sociales en él mencionados. En consecuencia, es posible que la determinación de lo que constituye un acto contrario a los usos honestos en materia comercial evidencie, según las circunstancias, la búsqueda de un equilibrio entre esos intereses.

7.2681. Observamos además que esta interpretación está en armonía con el contexto pertinente del Acuerdo sobre los ADPIC, en el que se incorpora el artículo 10*bis* mediante una referencia en el párrafo 1 de su artículo 2. A este respecto, señalamos que las frases segunda y tercera del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC disponen que "[l]os Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo"

[5363] Respuesta de la OMPI a la solicitud de información fáctica del Grupo Especial, carta de fecha 5 de octubre de 2015, anexo 8, Oficina Internacional de la OMPI, *Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation* (Protección contra la competencia desleal: Análisis de la situación mundial actual), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 1994), párrafo 21. Indonesia hizo referencia a una afirmación similar que figura en el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-43), párrafo 2.762. Véase la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 154. Bodenhausen, al comentar el párrafo 1) del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), explica que "[a]l dar una protección eficaz contra la competencia desleal, *cada país podrá determinar por sí mismo qué actos* se consideran de esta clase, siempre, sin embargo, que se cumpla con los párrafos 2) y 3) del artículo que se examina". Bodenhausen, texto íntegro (Prueba documental DOM-79), página 144 (sin cursivas en el original).

[5364] Nuestra conclusión se entiende sin perjuicio del alcance de las obligaciones resultantes de las referencias que se hace en el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 1 del artículo 39 del Acuerdo de los ADPIC al artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).

[5365] Respuesta de la OMPI a la solicitud de información fáctica del Grupo Especial, carta de fecha 5 de octubre de 2015, anexo 8, Oficina Internacional de la OMPI, *Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation* (Protección contra la competencia desleal: Análisis de la situación mundial actual), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 1994), párrafos 33-37. Véase también Protección contra la competencia desleal (OMPI) (Pruebas documentales AUS-536, DOM-139).

y que "[l]os Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos".

7.2682. La segunda frase del párrafo 1 del artículo 1 deja claro que el Acuerdo sobre los ADPIC es un acuerdo sobre normas mínimas. Como observó el Grupo Especial que se ocupó del asunto *China - Derechos de propiedad intelectual*, dicha frase "aclara que las disposiciones del Acuerdo solo son normas mínimas, puesto que deja libertad a los Miembros para aplicar una norma más estricta, con sujeción a una condición".[5366] Además, la tercera frase aclara que el Acuerdo sobre los ADPIC no está encaminado a armonizar las leyes de los Miembros. Como observó el Órgano de Apelación en el asunto *India - Patentes*, "[p]or consiguiente, los Miembros tienen libertad para decidir la mejor manera de cumplir las obligaciones que les impone el *Acuerdo sobre los ADPIC* en el contexto de su respectivo ordenamiento jurídico".[5367] También observamos que la tercera frase del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC deja en manos del Miembro la elección de los métodos adecuados en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos para reprimir esos usos deshonestos.

7.2683. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Honduras, Cuba e Indonesia aducen que el artículo 10*bis* podría abarcar algo más que los "actos de competencia desleal" que se definen en el párrafo 2), porque el párrafo 1) del artículo 10*bis* exige una protección eficaz contra la "competencia desleal".[5368]

7.2684. En el párrafo 2) del artículo 10*bis* se define la expresión "acto de competencia desleal", mientras que en el párrafo 1) de dicho artículo se exige una protección eficaz contra la "competencia desleal". No obstante, no consideramos que la omisión de la palabra "acto" en el párrafo 1) amplíe el alcance del artículo 10*bis* más allá de los actos de competencia desleal que se definen en el párrafo 2). Como se ha expuesto *supra*, el término "*competition*" (competencia), en su sentido económico pertinente, alude a "*[r]ivalry in the market*, *striving for custom between those who have the same commodities to dispose of*" (rivalidad en el mercado, lucha por la clientela entre los que tienen los mismos productos que vender)[5369] Esta definición supone que la competencia es un proceso que tiene lugar entre agentes del mercado. Al hacer referencia a la competencia, el párrafo 1) del artículo 10*bis* exige, por lo tanto, una protección eficaz contra la competencia desleal entre los agentes del mercado. Esto queda subrayado por los tres apartados del párrafo 3) del artículo 10*bis*, cada uno de los cuales se basa en el supuesto de que la competencia desleal implica una acción por parte de los agentes del mercado. Tanto el apartado 1 como el apartado 2 del párrafo 3) del artículo 10*bis* se refieren a algo que se hace a un "competidor", lo que implica la participación de un operador del mercado competidor en lo que constituye competencia desleal. Del mismo modo, el apartado 3 del párrafo 3) del artículo 10*bis* regula el uso de determinados tipos de "indicaciones o aseveraciones ... en el ejercicio del comercio", lo que implica que la competencia desleal guarda relación con acciones realizadas por agentes que operan en el mercado. Tampoco la labor preparatoria del artículo 10*bis* y sus modificaciones posteriores[5370] nos aportan ningún elemento que indique que los negociadores tuvieran la intención de abordar la competencia desleal en relación con otra cosa que no fuera la competencia empresarial entre los agentes del mercado.[5371]

[5366] Informe del Grupo Especial, *China - Derechos de propiedad intelectual*, párrafo 7.513. La condición a que hace referencia el Grupo Especial figura en la tercera parte de la segunda frase del párrafo 1 del artículo 1, a saber, que esa protección más amplia no podrá infringir las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Por ejemplo, en general, esa protección tiene que ponerse al alcance de los nacionales de los demás Miembros sin discriminación, de forma compatible con lo dispuesto en los artículos 3-5.

[5367] Informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 59.

[5368] Respuesta de Honduras a la pregunta 18 del Grupo Especial; respuesta de Cuba a la pregunta 18 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial); y respuesta de Indonesia a la pregunta 18 del Grupo Especial.

[5369] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*competition*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/37578?rskey=b0X7t0&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5370] Respuesta de la OMPI a la solicitud de información fáctica del Grupo Especial, carta de fecha 5 de octubre de 2015, Extractos de las actas de diversas conferencias diplomáticas en las que se adoptaron, revisaron y modificaron los artículos 6*bis*, 6*quinquies*, 7 y 10*bis* del Convenio de París.

[5371] Esto se entiende sin perjuicio de la cuestión, que no se ha planteado en los presentes procedimientos, de si se podría considerar que otras entidades, como las asociaciones de consumidores, *actúan como* operadores del mercado competidores, o se les podrían reconocer derechos u obligaciones en virtud de las leyes nacionales sobre competencia desleal de los Miembros, y en qué circunstancias.

7.3.6.4 La cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC

7.3.6.4.1 Introducción

7.2685. Pasamos ahora a examinar las alegaciones formuladas por Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia de que las medidas TPP son incompatibles con el artículo 10*bis*.

7.2686. Honduras alega que las medidas TPP son incompatibles con:

a. el párrafo 1) del artículo 10*bis*, porque las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio previstas en el empaquetado genérico dan lugar a una situación de "competencia desleal", al distorsionar *ex ante* y sistemáticamente las condiciones de competencia en detrimento de los productos y productores de los segmentos superiores y en beneficio de los productos y productores de los segmentos inferiores[5372]; y

b. el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, porque las medidas TPP exigen a los productores que formulen "indicaciones o aseveraciones" en el sentido de que todos los productos de tabaco tienen las mismas propiedades y características físicas.[5373]

7.2687. La República Dominicana alega que las medidas TPP son incompatibles con:

a. el párrafo 1) del artículo 10*bis*, porque las medidas TPP compelen a actos que equivalen a competencia desleal[5374]; y

b. el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, porque las medidas TPP compelen a actos que pudieren inducir al público a error sobre las características de los productos de tabaco.[5375]

7.2688. Cuba alega que las medidas TPP son incompatibles con el artículo 10*bis*, porque un entorno competitivo en el que los fabricantes rivales deben presentar sus productos a los consumidores de una forma visualmente no diferenciada genera competencia desleal.[5376] En particular, son incompatibles con:

a. el párrafo 1) del artículo 10*bis*, porque las medidas TPP exigen a los competidores que realicen actos que constituyen competencia desleal[5377]; y

b. el párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*, porque las medidas TPP crean confusión[5378]; y

c. el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, porque las medidas TPP podrían inducir a los consumidores a error.[5379]

7.2689. Indonesia alega que las medidas TPP son incompatibles con:

a. el párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*, porque es probable que las medidas TPP creen confusión[5380]; y

b. el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, porque las medidas TPP podrían inducir a los consumidores a error.[5381]

[5372] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 20 y 938.
[5373] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 20 y 938.
[5374] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.I.2.
[5375] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.I.2.
[5376] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 382.
[5377] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 383; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 145.
[5378] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 137 y 145.
[5379] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 137 y 145.
[5380] Primera comunicación escrita de Indonesia, sección V.2.b.
[5381] Primera comunicación escrita de Indonesia, sección V.2.c.

7.2690. Los argumentos de los reclamantes relativos al artículo 10*bis* atañen a dos aspectos. Cuba aduce que las propias medidas TPP constituyen un acto de competencia desleal, basándose en que crean condiciones de competencia desleales. Además, los reclamantes aducen que las medidas TPP compelen a los agentes del mercado a realizar los tipos de actos de competencia desleal contra los cuales Australia está obligada a asegurar una protección eficaz conforme al párrafo 1), o que está obligada a prohibir con arreglo al párrafo 3) 1) o 3) 2). A continuación, examinaremos en primer lugar si las propias medidas TPP constituyen actos de competencia desleal y, seguidamente, si obligan a los agentes del mercado a realizar actos de competencia desleal del tipo contra el que Australia está obligada a proporcionar protección en virtud del artículo 10*bis*, incorporado mediante el párrafo 1 del artículo 2.

7.2691. En cuanto al orden del análisis de la segunda serie de alegaciones, recordamos que, en nuestro análisis interpretativo general del artículo 10*bis*, hemos constatado que los tipos de actos enumerados en el párrafo 3) son casos de actos de competencia desleal, tal como se define en el párrafo 2).[5382] De conformidad con el párrafo 3), los Miembros están obligados a prohibir los tres tipos concretos de actos identificados en ese párrafo. De conformidad con el párrafo 1), también tienen que otorgar una protección eficaz contra todos los demás actos comprendidos de forma más general en el ámbito de la definición de acto de competencia desleal que figura en el párrafo 2).[5383] Por consiguiente, nos parece apropiado abordar en primer lugar los argumentos que se refieren a los tipos concretos de actos de competencia desleal identificados en los párrafos 3) 1) y 3) 3), que Australia está obligada a prohibir, y después los argumentos que se refieren a otros actos de competencia desleal comprendidos de forma más general en el ámbito del párrafo 2) contra los cuales Australia está obligada a asegurar una protección eficaz conforme al párrafo 1).

7.2692. En consecuencia, abordaremos, sucesivamente:

a. la alegación de Cuba e Indonesia de que las medidas TPP imponen actos incompatibles con el párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*;

b. la alegación de Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia de que las medidas TPP imponen actos que son incompatibles con el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*; y

c. la alegación de Honduras, la República Dominicana y Cuba de que las medidas TPP imponen actos de competencia desleal incompatibles con el párrafo 1) del artículo 10*bis*.

7.3.6.4.2 La cuestión de si las propias medidas TPP constituyen un acto de competencia desleal

7.2693. Cuba aduce que el "entorno competitivo" resultante de la aplicación de las medidas TPP -en el que los fabricantes rivales deben presentar sus productos a los consumidores de una forma visualmente no diferenciada- da lugar a una "situación de 'competencia desleal'".[5384]

7.2694. Honduras, en relación con su alegación en el marco del párrafo 1) del artículo 10*bis*, sostuvo inicialmente que una *reglamentación gubernamental* que distorsiona las condiciones de competencia a favor de algunos competidores y en detrimento de otros es "injusta" y "no equitativa", es decir, desleal, y que el artículo 10*bis* limita las facultades reglamentarias de un gobierno a este respecto en la medida en que la reglamentación tenga una repercusión en la competencia que no sea meramente "incidental", en el sentido de que la torne desleal.[5385] En cuanto a su alegación al amparo del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, en un principio Honduras sostuvo que las medidas TPP son incompatibles con dicho párrafo teniendo en cuenta que dan lugar a indicaciones y aseveraciones que inducen a error. A su juicio, ello origina una competencia desleal porque se induce a los consumidores a error sobre la verdadera naturaleza de los productos de tabaco y porque las medidas TPP tienen una repercusión asimétrica en los competidores.[5386] Más adelante, Honduras aclaró que no aduce que las leyes o reglamentos de un

[5382] Véase el párrafo 7.2668 *supra*.
[5383] Véase el párrafo 7.2679 *supra*.
[5384] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 382; y segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 138.
[5385] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 677-681.
[5386] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 718-734.

gobierno constituyan actos de competencia desleal. Antes bien, los actos de competencia desleal son actos de particulares.[5387]

7.2695. La República Dominicana explica que no argumenta que las medidas TPP sean en sí mismas "actos" de competencia desleal, sino que los actos de competencia desleal concretos en cuestión son actos privados de los productores.[5388]

7.2696. Por lo que se refiere a su alegación en el marco del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*, en un principio Indonesia sostuvo que "el empaquetado genérico es un acto 'capaz de crear una confusión' entre los productos de tabaco de los competidores"[5389] porque supuestamente la uniformidad exigida en el empaquetado y la presentación de los productos de tabaco, entre otras cosas, forzaba a los fabricantes a competir en precio; limitaba las oportunidades de competencia, lo que provocaba un cambio a productos de menor precio; e incitaba al comercio ilícito.[5390] Más avanzados los procedimientos, Indonesia aclaró que "[l]os 'actos de competencia desleal' *no* son actos de reglamentación de Australia. Los actos de competencia desleal pertinentes son los actos privados realizados por los competidores en el mercado cuando presentan sus productos competidores con un empaquetado prácticamente idéntico".[5391]

7.2697. Australia responde que los actos de competencia desleal no abarcan el entorno reglamentario en el que esos actos tienen lugar.[5392]

7.2698. Recordamos que en el párrafo 2) del artículo 10*bis* se define acto de competencia desleal como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". Recordamos también la lectura que hemos hecho en el párrafo 7.2665 de que las expresiones "competencia" y "acto de competencia", que forman parte de la definición, indican, en el contexto proporcionado por la frase "en materia industrial o comercial", que la expresión "acto de competencia" se refiere a algo que hace un agente del mercado para competir con otros agentes en el mercado. Por lo tanto, a nuestro modo de ver, las leyes y demás instrumentos que un Miembro adopta para reglamentar el mercado, o el entorno reglamentario general en el que funciona el mercado, no equivalen *per se* a "actos de competencia desleal".[5393]

7.2699. Por consiguiente, constatamos que las medidas TPP en sí mismas no constituyen un acto de competencia desleal en el sentido del párrafo 2) del artículo 10*bis* y, en consecuencia, tampoco constituyen un acto de competencia *desleal* contra el que un Miembro esté obligado a asegurar una protección eficaz conforme al párrafo 1) del artículo 10*bis*, entre otras cosas prohibiendo cualquier acto de competencia desleal capaz de crear una confusión en el sentido del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis* o prohibiendo las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudiere inducir al público a error en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*.

7.3.6.4.3 La cuestión de si las medidas TPP exigen que los agentes del mercado realicen actos de competencia desleal contra los que Australia está obligada a asegurar protección

7.2700. Como se ha expuesto *supra*, todos los reclamantes sostienen que las medidas TPP compelen a los agentes del mercado a realizar los tipos de actos de competencia desleal contra los que Australia está obligada a asegurar una protección eficaz conforme al párrafo 1) (Honduras, la República Dominicana y Cuba), o que está obligada a prohibir conforme al párrafo 3), a saber, los actos de competencia desleal que crean una confusión en el sentido del párrafo 3) 1) (Cuba e Indonesia) o los actos de competencia desleal que equivalen a indicaciones o aseveraciones que puedan inducir a error en el sentido del párrafo 3) 3) (Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia).

[5387] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 391.
[5388] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 749.
[5389] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 167.
[5390] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 163 y 168-177.
[5391] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 57.
[5392] Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 445-450, y el resumen de los argumentos de Australia que figura *supra*.
[5393] Esto se entiende sin perjuicio de la cuestión de si se puede considerar que un Miembro en sí mismo *actúa como* un operador del mercado competidor, o se le pueden reconocer derechos u obligaciones en virtud de las leyes nacionales sobre competencia desleal de los Miembros, y en qué circunstancias, una cuestión que no se ha planteado en los presentes procedimientos.

7.2701. Así pues, examinaremos en primer lugar si las medidas TPP compelen a los agentes del mercado a realizar algún acto de competencia desleal que Australia esté obligada a prohibir de conformidad con los párrafos 3) 1) o 3) 3) del artículo 10*bis* y, seguidamente, si imponen otros actos de competencia desleal contrarios al párrafo 1).[5394] Si constatamos que, en efecto, las medidas TPP compelen a los agentes del mercado a realizar actos de competencia desleal que Australia está obligada a prohibir conforme a los párrafos 3) 1) o 3) 3), o contra los que Australia está obligada a asegurar una protección eficaz conforme al párrafo 1), examinaremos si, al imponer esos actos, Australia no prohíbe tales actos en el sentido de los párrafos 3) 1) o 3) 3) o no asegura una "protección eficaz" contra tales actos en el sentido del párrafo 1), lo que constituiría una infracción del artículo 10*bis*.

7.3.6.4.3.1 Párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*

7.2702. A continuación nos ocuparemos de la cuestión de si, como alegan Cuba e Indonesia, las medidas TPP imponen actos capaces de crear una confusión en el sentido del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*.[5395]

Principales argumentos de las partes

7.2703. Cuba sostiene que las medidas TPP, al eliminar todos los elementos distintivos del empaquetado de tabaco con la excepción de la marca y el nombre de la variante, los cuales solamente pueden ser impresos en la fuente y tamaño de fuente prescritos, requieren actos que deliberadamente crean una confusión, lo que constituye una infracción del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*.[5396]

7.2704. Indonesia aduce que, como consecuencia de las medidas TPP, el empaquetado de los productos de tabaco y los propios productos quedan desprovistos de todo carácter distintivo, y el producto de tabaco de cada fabricante parece en esencia igual al de sus competidores.[5397] Sostiene que esta uniformidad exigida constituye un acto "capaz de crear una confusión" entre las ofertas de productos de tabaco de los distintos competidores.[5398] Sin los elementos distintivos de un producto de tabaco con la marca normal, es difícil que los competidores distingan sus marcas y que los consumidores distingan una marca de otra. El uso permitido del nombre de la marca en el empaquetado es insuficiente para evitar la confusión entre los productos de tabaco, puesto que hay una serie de variaciones similares de nombres de marca y de variante que ya están registradas en Australia. A este respecto, las medidas TPP imponen actos privados "capa[ces] de crear una confusión" en la mente de los consumidores.[5399]

7.2705. Indonesia aduce además que la confusión entre marcas generada por las medidas TPP frustra el fin del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis* de proteger a los competidores, en especial a los que se sitúan en el segmento de precios medios y premium del mercado, contra la competencia desleal. Privados de los medios para distinguir sus productos de los de los competidores, los fabricantes carecen de incentivos para competir en calidad y se ven forzados a competir en precio. Las pruebas de un creciente cambio de las marcas premium a marcas de menor precio ponen de manifiesto que las medidas TPP limitan las oportunidades de competencia de los productores de productos premium. El cambio a productos de menor precio perjudica a los competidores del segmento de precios medios y premium del mercado que han invertido en el desarrollo de productos de una calidad más alta. Indonesia sostiene que, "[e]n síntesis, las medidas [T]PP de Australia privan a los fabricantes de productos de tabaco de la posibilidad de distinguir sus productos sobre la base de la calidad y, por consiguiente, 'comoditizan' el mercado del tabaco".[5400] Indonesia añade que "Australia procuraba asegurarse de que los fabricantes *no puedan* competir sobre la base de la percepción de calidad por parte de los consumidores. Y, de hecho, un objetivo

[5394] Véase la explicación sobre el orden del análisis que se ofrece en el párrafo 7.2691 *supra*.
[5395] Australia expone la forma en que da cumplimiento a la obligación que le impone el artículo 10*bis* de asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal en los párrafos 458-459 de su primera comunicación escrita. Véase un resumen en los párrafos 7.2780-7.2781 *supra*.
[5396] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 137-138, 141 y 145. Véase también la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 385 y 383.
[5397] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 162.
[5398] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 163.
[5399] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 165-167; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 49.
[5400] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 168-174.

declarado del empaquetado genérico [del tabaco] era 'devaluar la imagen de los cigarrillos como artículo de consumo corriente'".[5401]

7.2706. La confusión entre marcas de productos de tabaco generada por las medidas TPP también perjudica a los competidores y al público al fomentar el comercio ilícito de productos de tabaco. Los fabricantes de productos de tabaco legales se ven obligados a competir con productos ilícitos, de precio inferior. Indonesia aduce que "[e]ste es exactamente el tipo de competencia desleal contra el que Australia está obligada a otorgar protección en virtud del artículo 10*bis*".[5402] Indonesia sostiene que "Australia no ha proporcionado una protección eficaz contra la competencia desleal, al aumentar las oportunidades de competencia de los productos de tabaco ilícitos". Explica que "[a]l disminuir el costo y la dificultad de crear paquetes de tabaco falsificados, lo que genera economías de escala para la producción de mercancías falsificadas, y exigir que el aspecto del empaquetado del tabaco permanezca invariable con el paso del tiempo, las medidas de empaquetado genérico de Australia ofrecen una ventaja competitiva considerable a los fabricantes de productos de tabaco ilícitos en detrimento de los productos legales".[5403]

7.2707. Indonesia sostiene que las medidas TPP afectan al mecanismo jurídico de que disponen los titulares de marcas de fábrica o de comercio, porque hacen que resulte más difícil demostrar que las marcas supuestamente infractoras causan confusión. Al erosionar con el tiempo el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio por medio de la falta de uso, y al exigir que las marcas se presenten en un formato idéntico, las medidas TPP reducen la posibilidad de que prosperen las acciones por infracción de marcas de fábrica o de comercio interpuestas por los titulares de marcas. Por consiguiente, en virtud del funcionamiento de sus medidas TPP, Australia no proporciona una protección eficaz contra los actos de competencia desleal, lo que constituye una infracción del artículo 10*bis*.[5404]

7.2708. Indonesia afirmó que "el empaquetado genérico es un acto 'capaz de crear una confusión' entre productos de tabaco de competidores".[5405] Aclaró que los "actos de competencia desleal" pertinentes *no* son actos de reglamentación de Australia, sino los actos privados realizados por los competidores en el mercado que presentan sus productos competidores con un empaquetado prácticamente idéntico.[5406]

7.2709. Indonesia sostiene que Australia impone la acción que está obligada a prohibir conforme al párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*. Ha creado una confusión entre los competidores, al disponer que los fabricantes de tabaco vendan productos que sean uniformes en cuanto a su aspecto y empaquetado, y que parezcan casi idénticos a los de sus competidores.[5407] En ese sentido, las medidas TPP imponen actos privados "capa[ces] de crear una confusión" en la mente de los consumidores.[5408]

7.2710. Indonesia se remite al artículo 27 de la Convención de Viena, que dispone que una parte en un tratado internacional "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Añade que, en el asunto *México - Telecomunicaciones*, el Grupo Especial constató que México había incumplido sus obligaciones en el marco de la OMC al exigir prácticas anticompetitivas que estaba obligado a prevenir en virtud de los compromisos que había asumido en el marco del AGCS.[5409]

[5401] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 174 (las cursivas figuran en el original) (donde se hace referencia al informe técnico Nº 2 del NPHT (Pruebas documentales AUS-52, JE-12), página vi).
[5402] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 175-177 (donde se hace referencia al informe de KPMG correspondiente a 2013 (Pruebas documentales HND-67, DOM-98, IDN-41), en el que se da cuenta de que el comercio ilícito aumentó entre 2012 y 2013).
[5403] Respuesta de Indonesia a la pregunta 23 del Grupo Especial, párrafos 25-27 (donde se hace referencia al informe CMZ (Prueba documental DOM/HND-2), párrafos 58-61 y 79-84 y nota 91).
[5404] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54.
[5405] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 167.
[5406] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 57 (las cursivas figuran en el original). Véase también *ibid.*, párrafos 48-49.
[5407] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 178.
[5408] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 49.
[5409] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 178 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafos 7.262 y 7.266).

7.2711. Australia aduce que, según sus términos, el párrafo 3) 1) del artículo 10*bis* prohíbe los actos que "mezclen" el establecimiento, los productos o la actividad comercial de un agente del mercado con los de un competidor rival.[5410] Para establecer una infracción del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*, los reclamantes precisarían demostrar que Australia no ha prohibido actos que creen una confusión entre los productos de un agente del mercado y los de un competidor rival.[5411] Australia afirma que Indonesia ni siquiera ha intentado demostrar que Australia no ha *prohibido* tales actos.[5412]

7.2712. Australia sostiene que las medidas TPP no son en sí mismas un "acto de competencia desleal" ni imponen "actos de competencia". Además, incluso si impusieran tales actos, Indonesia no ha demostrado que las medidas TPP impongan actos que "cre[en] una confusión" entre los productos de un agente del mercado y los de un competidor rival en cuanto a la correspondiente fuente comercial de los productos.[5413] Indonesia no ha demostrado que las medidas hayan creado una confusión entre productos de tabaco competidores ni ha presentado argumentos o pruebas para establecer el modo en que la medida de Australia *podría* crear una confusión entre productos de tabaco competidores en el contexto del mercado oscuro de Australia. Indonesia tampoco ha explicado cómo, después de la compra, el empaquetado y el aspecto de los productos de tabaco crean una confusión entre los productos de un productor de tabaco y los de un competidor rival. Dado que las medidas TPP se aplican a todos los productos de tabaco destinados a la venta al por menor en Australia, es inverosímil que pueda haber confusión en los consumidores acerca de si *todos* los productos de tabaco en Australia pertenecen a un único agente del mercado basados en su empaquetado y aspecto normalizados, en especial teniendo en cuenta que las medidas permiten que en el empaquetado de cada producto de tabaco indique claramente el nombre de su marca, su nombre comercial o su razón social y cualquier nombre de variante. Por consiguiente, Indonesia no ha acreditado *prima facie* una infracción del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis* del Convenio de París.[5414]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2713. En el párrafo 3) del artículo 10*bis* se identifican determinados tipos de actos de competencia desleal, que en particular deberán prohibirse. El apartado 1) de dicho párrafo se refiere a "cualquier acto *capaz* de crear una *confusión*, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un *competidor*" (en el texto inglés, "all acts *of such a nature* as to create *confusion* by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a *competitor*"). (sin cursivas en el original)

7.2714. Por lo tanto, el párrafo 3) 1) se centra en aquellos actos que sean capaces de crear una confusión acerca de los productos, el establecimiento o la actividad industrial o comercial de un *competidor*.[5415] El término "*confusion*" (confusión) se define como "*[t]he confounding or mistaking of one for another; failure to distinguish*" (el hecho de confundir o equivocar una cosa con otra; incapacidad de distinguir).[5416] Así pues, el sentido corriente del término "*confusion*" (confusión) indica que el párrafo 3) 1) hace referencia a situaciones en que un acto de competencia desleal es

[5410] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 461 (donde se hace referencia a la definición de "*confuse*" que figura en *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1, fragmentos presentados por Australia, Parte 1 (Prueba documental AUS-243), página 489).

[5411] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 462.

[5412] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 47.

[5413] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 48.

[5414] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 463-467. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 50. Véanse los principales argumentos de los terceros en la sección 7.3.6.3.2 *supra*.

[5415] Al describir la práctica de los Estados, el tratado de la OMPI explica que "[l]a prueba para el *tipo básico de confusión* es saber si la marca similar se parece tanto a la marca protegida que puede crear confusión en un número considerable de consumidores promedio en lo relativo a la *fuente comercial* de los productos o los servicios". Respuesta de la OMPI a la solicitud de información fáctica del Grupo Especial, carta de fecha 5 de octubre de 2015, anexo 8, Oficina Internacional de la OMPI, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, *presented by the International Bureau of WIPO* (Protección contra la competencia desleal: Análisis de la situación mundial actual), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 1994), párrafo 45. (las cursivas figuran en el original)

[5416] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*confusion*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/39014?redirectedFrom=confusion#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

capaz de originar confusión, en el sentido de que se equivoquen productos o no se sea capaz de distinguir entre ellos. La expresión "*of nature*" se define como "*of the type, form, or character of; similar to, like; equivalent to, classifiable as*" (del tipo, la forma o el carácter; similar, parecido a; equivalente a, clasificable como).[5417] El sentido corriente de la expresión "*of such a nature*" ("capaz") indica que un acto de competencia desleal puede estar comprendido en el párrafo 3) 1) si es "del tipo" de actos de competencia desleal que originan confusión en el sentido de dicho apartado. De la expresión "*of such nature*" se desprende que la cuestión de si un acto de ese tipo se ha realizado de buena fe no es determinante.

7.2715. Recordamos que, como se ha descrito *supra* con más detalle, las medidas TPP prohíben el uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas, así como de otros elementos decorativos, tanto en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor como en los productos de tabaco, y normalizan el aspecto del empaquetado para la venta al por menor. Sin embargo, permiten el uso de marcas verbales y marcas que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social o el nombre de la variante del producto en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor, siempre que esas marcas de fábrica o de comercio aparezcan en la forma prescrita por el Reglamento TPP.[5418]

7.2716. Primero Indonesia sostuvo que las medidas TPP eran actos capaces de crear una confusión, en el sentido del párrafo 3) 1), porque supuestamente la uniformidad exigida en el empaquetado y la presentación de los productos de tabaco, entre otras cosas, forzaba a los fabricantes a competir en precio; limitaba las oportunidades de competencia, lo que provocaba un cambio a productos de menor precio; e incitaba al comercio ilícito.[5419] Añadió que "la confusión entre marcas generada por las medidas TPP frustra el fin del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis* de proteger a los competidores", lo que provoca una situación en la que los fabricantes de tabaco carecen de incentivos para competir en calidad y se ven forzados a competir en precio, dado que los consumidores solo pueden basar sus decisiones de compra en el precio, a falta del "canal de información" proporcionado por el empaquetado con toda la marca.[5420] En el transcurso de los procedimientos, aclaró que los actos de competencia desleal en cuestión no son actos de reglamentación de Australia, sino actos privados realizados por los competidores en el mercado cuando presentan sus productos competidores con un empaquetado prácticamente idéntico.[5421] A este respecto, recordamos la constatación que hemos formulado en el párrafo 7.2699 de que las medidas TPP en sí mismas no constituyen un acto de competencia desleal.

7.2717. Indonesia también aduce que las medidas TPP erosionan el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio con el tiempo, de modo que a los titulares de marcas de fábrica o de comercio les resulta más difícil demostrar que las marcas supuestamente infractoras causan confusión.[5422] A nuestro juicio, esta presunta repercusión del entorno reglamentario guarda relación con el funcionamiento de las propias medidas TPP como intervención reglamentaria.[5423] Habida cuenta de la constatación que hemos formulado en el párrafo 7.2699 de que las medidas TPP en sí mismas no constituyen un acto de competencia desleal, no consideramos que esa supuesta repercusión equivalga a un acto de competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis*, incluido su párrafo 3) 1).

7.2718. Por lo que respecta a los actos privados realizados por los competidores que supuestamente imponen las medidas TPP, Indonesia y Cuba aducen que Australia ha creado una confusión entre los competidores al disponer que los fabricantes de tabaco vendan productos que

[5417] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*of (also in) the nature of*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/125353?redirectedFrom=of+nature#eid34910817>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5418] Véanse más detalles en las secciones 2.1.2.3.3 y 2.1.2.4 *supra*.

[5419] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 162-177.

[5420] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 168.

[5421] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 57.

[5422] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54. Indonesia esgrime este argumento en el contexto de la alegación que formula al amparo del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). Para una explicación más detallada, remite a sus argumentos en el contexto de sus alegaciones al amparo de los párrafos 1 y 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Recordamos que hemos abordado estos últimos argumentos en el contexto de nuestro análisis de sus alegaciones al amparo de los párrafos 1 y 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

[5423] Como hemos señalado *supra*, Indonesia aclaró que, a efectos de sus alegaciones, los actos de competencia desleal pertinentes son los actos privados realizados por los competidores en el mercado. Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 57.

sean uniformes en cuanto a su presentación y empaquetado, y cuyo aspecto sea casi idéntico al de sus competidores.[5424] Indonesia explica que las marcas verbales por sí solas, en particular cuando aparecen en un formato idéntico, son insuficientes para diferenciar una marca de otra, y añade que el empaquetado para la venta al por menor queda, por lo demás, desprovisto de toda característica distintiva. Sostiene que, a este respecto, las medidas TPP imponen actos privados "capa[ces] de crear una confusión" en la mente de los consumidores.[5425]

7.2719. Australia responde que, como las medidas TPP se aplican a todos los productos de tabaco destinados a la venta al por menor, es inverosímil que pueda haber confusión en los consumidores acerca de si todos los productos de tabaco en Australia pertenecen a un único agente del mercado sobre la base de su empaquetado y aspecto normalizados.[5426]

7.2720. No estamos convencidos de que Cuba e Indonesia hayan demostrado que el cumplimiento por los agentes del mercado de las medidas TPP constituya un acto de competencia desleal capaz de crear una confusión en la mente de los consumidores en el sentido del párrafo 3) 1), o que el uso, en las circunstancias de las medidas TPP, del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social y el nombre de la variante en un formato normalizado en el empaquetado para la venta al por menor no permita a los consumidores distinguir la fuente comercial o los propios productos y, en consecuencia, cree una confusión respecto del establecimiento de los competidores o de los productos en cuestión y sus cualidades inherentes.

7.2721. En primer lugar, observamos que *todos* los competidores del mercado australiano tienen que cumplir las mismas prescripciones relativas al empaquetado para la venta al por menor y la presentación de los productos de tabaco normalizados, y lo hacen en el contexto de las políticas integrales de control del tabaco que Australia mantiene desde hace mucho tiempo y en un entorno de educación del público sobre la finalidad global de esas políticas.[5427] En la medida en que la confusión en cuestión resultara del hecho de que un consumidor supondría equivocadamente que todos los productos competidores tienen idénticas características o procedencia porque su aspecto exterior es muy similar, no estamos convencidos de que tal sería el caso cuando esa similitud obedece a una intervención reglamentaria de gran resonancia en el marco de una política integral de control del tabaco y no responde a una decisión comercial de los agentes del mercado de presentar los productos como si tuvieran idénticas características.

7.2722. Observamos asimismo que los consumidores pueden apoyarse en la información admitida por las medidas TPP a través de la marca, el nombre de la variante y el país de origen del producto, que sigue estando disponible y se puede comprobar mediante su inspección en el punto de compra, para distinguir entre sí los productos de tabaco competidores. En la medida en que determinadas características vayan de hecho asociadas a productos de tabaco que lleven un nombre de marca y de variante en concreto, el consumidor estaría en condiciones de apoyarse en el uso de esas designaciones para distinguir esos productos de los productos competidores en el mercado y para asociar características específicas percibidas en los distintos productos con esas distintas marcas.

7.2723. Habida cuenta de lo anterior, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que los consumidores se confundirían respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor, como resultado de la prescripción de presentar los productos de tabaco para la venta al por menor en una forma normalizada de conformidad con las medidas TPP. En consecuencia, tampoco estamos convencidos de que el cumplimiento por los agentes del mercado de las prescripciones previstas en las medidas TPP constituya un acto de competencia desleal capaz de crear confusión en la mente de los consumidores, en el sentido del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*.[5428]

[5424] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 178. Véase también la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 137.

[5425] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 49.

[5426] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 463-467. Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 50.

[5427] Véase también la información que figura en las secciones 2.1.1 y 2.2 *supra*.

[5428] También recordamos que los actos enumerados en el párrafo 3) 1) son ejemplos de actos de competencia desleal, según se define en el párrafo 2). En ese sentido, no estamos convencidos de que el propio acto de comercializar productos que cumplan las prescripciones reglamentarias previstas en las

7.2724. Por consiguiente, constatamos que Cuba e Indonesia no han demostrado que las medidas TPP compelan a los agentes del mercado a realizar actos de competencia desleal capaces de crear una confusión en el sentido del párrafo 3) 1). Por lo tanto, constatamos asimismo que no han demostrado que Australia, al mantener esas medidas, no prohíba tales actos, en infracción del párrafo 3) 1) del artículo 10*bis*.

7.3.6.4.3.2 Párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*

7.2725. Pasamos ahora a examinar si las medidas TPP compelen a los agentes del mercado a realizar actos que equivalen a indicaciones o aseveraciones que puedan inducir a error en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, como alegan Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia.

Principales argumentos de las partes

7.2726. Honduras sostiene que el párrafo 3) del artículo 10*bis* enuncia ejemplos concretos de actos de competencia desleal. Una medida que es incompatible con uno de los apartados del párrafo 3) del artículo 10*bis*, por definición, es incompatible también con el párrafo 1) de dicho artículo. Como el párrafo 1) del artículo 10*bis* abarca un universo de posibles infracciones más amplio que el del párrafo 3), es posible, no obstante, que una medida sea incompatible con el párrafo 1) del artículo 10*bis* pero no esté comprendida en los ejemplos concretos que figuran en el párrafo 3) de dicho artículo.[5429]

7.2727. Honduras explica que esta disposición se centra en el comerciante que formula aseveraciones acerca de sus propios productos. La disposición tiene por objeto proteger a los consumidores y al público en general de que se les induzca a error en cuanto a las características o aspectos de un producto. Como el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* define un ejemplo *per se* de "competencia desleal", no hace falta demostrar que las indicaciones que pueden inducir a error han tenido un efecto negativo sobre los competidores; antes bien, la existencia de una indicación de esa índole es, en sí misma, suficiente para demostrar la existencia de "competencia desleal", puesto que se presume de forma irrefutable la repercusión consiguiente sobre los consumidores.[5430]

7.2728. Honduras sostiene que los términos "*indication*" (indicación) o "*allegation*" (aseveración) son amplios y abarcan cualquier forma de declaración, afirmación o indicación que comunique cualquier clase de información sobre un producto (bien), tanto en sentido absoluto como respecto de otros productos del mercado. También abarcan las omisiones, si estas crean una impresión concreta en la mente del consumidor. Dada la amplitud de su definición, pueden comprender asimismo las impresiones que se comuniquen a través del diseño de un producto.[5431]

7.2729. El sentido corriente del término "*mislead*" (inducir a error) es "[*l*]*ead astray in action or conduct; cause to have an incorrect impression or belief*" (provocar desorientación en la acción o el comportamiento; inducir a otro a formarse una impresión o idea incorrecta); y "*lead or guide in the wrong direction*" (guiar u orientar hacia el error).[5432] La expresión "*liable to cause*" (poder causar) implica que no se necesitan pruebas de que realmente se haya "induci[do] a error", siempre que la indicación o aseveración tenga *posibilidades* de inducir a error.[5433]

7.2730. El sentido corriente de la expresión "*course of trade*" (ejercicio del comercio) corresponde al proceso en el que se realizan los intercambios comerciales. Esto abarca todas y cada una de las partes del proceso o actividades mediante los que un producto pasa del productor al consumidor, incluidos los aspectos de las actividades posteriores a la venta que guarden relación con una unidad del producto ya adquirida.[5434] Honduras sostiene que Australia no proporciona ningún

---

medidas TPP equivaldría a un acto de competencia desleal contrario a los usos comerciales honestos. A este respecto, nos remitimos al análisis que realizamos en el párrafo 7.2792 *infra*.

[5429] Respuesta de Honduras a la pregunta 15 del Grupo Especial.

[5430] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos. 701-702.

[5431] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 707-708 y 711.

[5432] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 712 (donde se hace referencia a *New Shorter Oxford English Dictionary*, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-89), página 1.791).

[5433] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 714. (las cursivas figuran en el original)

[5434] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 715-716.

fundamento textual para su argumento de que la expresión "ejercicio del comercio" se acaba en el punto de venta.[5435] El artículo 10*bis* abarca las indicaciones o aseveraciones formuladas "en cualquier contexto comercial", y no es necesario que estas estén visibles en el punto de venta al por menor para poder inducir al público a error.[5436]

7.2731. Honduras sostiene que "[e]l diseño del empaquetado, con inclusión de la información o los símbolos y signos que se omiten, constituyen 'indicaciones o aseveraciones'".[5437] En el marco de las medidas TPP -tanto las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio como las prescripciones relativas al formato-, el empaquetado uniforme induce a los consumidores a creer que todos los productos de tabaco son similares o idénticos, y de calidad similar o idéntica. Esta idea es incorrecta, porque no todos los productos son de una calidad idéntica o similar.[5438] Hay diferencias demostrables en la calidad, el sabor, la composición y otras propiedades físicas de los productos de tabaco.[5439] Como resultado, "se induce a error" a los consumidores y al público en general y hay "competencia desleal" en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*.[5440] Honduras afirma que la idea de Australia de que siempre que en el paquete aparezca el nombre de la marca no se induce al consumidor a error es equivocada. El nombre de la marca está desprovisto de su contexto habitual y de los elementos figurativos que los hacen reconocibles a los ojos de los consumidores.[5441]

7.2732. Honduras también argumenta que, como se induce a los consumidores a creer erróneamente que todos los productos de tabaco son en esencia idénticos, progresivamente el precio pasa a ser un criterio importante o incluso el único en el que se basan los consumidores para adoptar sus decisiones de compra. Como resultado, los productores y ofertantes de productos de calidad superior se ven desfavorecidos desproporcionadamente por las medidas TPP. Esta repercusión asimétrica en los competidores también da lugar a una "competencia desleal" en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*.[5442]

7.2733. La República Dominicana considera que el párrafo 3) del artículo 10*bis* proporciona tres ejemplos concretos de actos comprendidos en el concepto más amplio de "competencia desleal" que se aborda en el párrafo 1) del artículo 10*bis*. Una medida que es incompatible con el párrafo 3) del artículo 10*bis* es necesariamente también incompatible con el párrafo 1) del artículo 10*bis*. Es posible que una medida sea incompatible con el párrafo 1) del artículo 10*bis* sin ser simultáneamente incompatible con ninguno de los apartados del párrafo 3) de dicho artículo.[5443]

7.2734. La República Dominicana aduce que los tres objetivos de la protección contra la competencia desleal, a saber, proteger a los consumidores, a los competidores y el interés público, se ponen claramente de manifiesto en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*. La finalidad expresa es proteger a los consumidores de la adopción de decisiones sobre la base de información que induzca a error, en su beneficio y en beneficio del mercado y del interés público.[5444] La prescripción de presentar los productos de tabaco competidores en un empaquetado prácticamente idéntico, con barras de aspecto prácticamente idéntico, puede inducir al público a error en cuanto a la "naturaleza", "el modo de fabricación" y las "características" de los distintos cigarros y cigarrillos, en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, pese al hecho de que el nombre de la marca y de la variante sigan apareciendo en los envases. Las medidas TPP, de forma intencionada, hacen que todos los productos de tabaco se parezcan a los productos de la "peor calidad", con independencia de su calidad real. Si los productores conspirasen para inducir a los consumidores a error de esta manera, presentando los productos de tabaco competidores con un empaquetado prácticamente idéntico, con barras de aspecto prácticamente idéntico, Australia

[5435] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 411.
[5436] Respuesta de Honduras a la pregunta 20 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 411-414.
[5437] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 721.
[5438] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 719.
[5439] Respuesta de Honduras a la pregunta 20 del Grupo Especial.
[5440] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 724, 726 y 729-730.
[5441] Respuesta de Honduras a la pregunta 20 del Grupo Especial. Véase también la respuesta de Honduras a la pregunta 87 del Grupo Especial.
[5442] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 731-733.
[5443] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 15 del Grupo Especial.
[5444] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 847 y 850. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 734.

estaría obligada a impedir esa conspiración. Al imponer una conducta que está obligada a prohibir, Australia infringe el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*.[5445]

7.2735. En respuesta a Australia, la República Dominicana aduce que la frase "en el ejercicio del comercio" que figura en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* se refiere a las actividades comerciales en general, y no está limitada temporalmente de forma que culmine en el punto de venta. Incluso según la definición acotada que ofrece Australia de la frase "en el ejercicio del comercio", las circunstancias de hecho que rodean la compra de productos de tabaco en Australia hacen perder de vista las medidas TPP. En los casos en que se aplican prohibiciones en los puntos de venta, el empaquetado de todas formas resulta visible para el consumidor antes de que finalice la compra.[5446]

7.2736. A su juicio, la expresión "los productos" que figura en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* abarca tanto los productos de la entidad que formula la indicación/aseveración en cuestión como los productos de un competidor.[5447]

7.2737. Cuba aduce que las medidas TPP están enfocadas precisamente a crear la impresión errónea de que todos los productos de tabaco son iguales en sus características y sabor porque todos ellos son igualmente dañinos para la salud. Por lo tanto, requieren indicaciones que inducen al público a error en cuanto a la naturaleza y las características de los productos, en infracción del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*.[5448]

7.2738. Cuba sostiene que la lectura limitada de Australia de la frase "en el ejercicio del comercio" no se encuentra asistida por la práctica internacional en materia de marcas de fábrica o de comercio, y que las protecciones del artículo 10*bis* se siguen aplicando después del punto de venta.[5449]

7.2739. Cuba entiende que Australia indica que los reclamantes han convertido el artículo 10*bis* en una disposición que impide que los Miembros impongan medidas que afecten a "cualquier aspecto de la competencia", incluida una prohibición general de la publicidad, y responde que el artículo 10*bis* protege contra medidas "extremas", como la prohibición del uso de marcas y de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y en su empaquetado para la venta al por menor. Tampoco existe una relación directa entre una prohibición general de la publicidad aplicable a todos los productores por igual y actos de competencia desleal. Cuba afirma que Australia ha presentado una calificación errónea de los argumentos de los reclamantes, que no alegan un derecho positivo de uso de las marcas de fábrica o de comercio.[5450]

7.2740. Indonesia aduce que es probable que las medidas TPP induzcan a los consumidores a error, en infracción del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*. Sin el canal de información proporcionado por las marcas de fábrica o de comercio y otros diseños del empaquetado y los productos, los consumidores de Australia tienden a creer erróneamente que las distintas marcas de productos de tabaco comparten todas ellas la misma calidad, las mismas características y la misma reputación.[5451] Sin embargo, hay diferencias de calidad considerables entre los productos de tabaco, incluso en el tabaco que contienen los cigarrillos vendidos en Australia.[5452] Los fabricantes utilizan el empaquetado para comunicar esas diferencias de calidad y diferenciar sus productos.[5453]

[5445] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 876-880 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafos 7.241-7.244). Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 20 del Grupo Especial, párrafos 124-125.

[5446] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 743 y 754-757; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 20 del Grupo Especial.

[5447] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 744-745.

[5448] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 137, 141 y 145.

[5449] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 148.

[5450] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 146-147.

[5451] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 179-180 (donde se hace referencia a Parr *et al.* 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49)), página 9); y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 50.

[5452] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 51. Véase también la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 171-172.

[5453] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 51. Véase también la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 158 y 171.

7.2741. Cuando cada paquete y cada producto presente en el mercado tiene un aspecto imposible de distinguir de los demás, es probable que ello tenga por efecto inducir a los consumidores a error. De hecho, al adoptar las medidas TPP, Australia encargó una investigación para "identificar un color de paquete que fuera el menos atractivo, contuviera cigarrillos de la calidad más baja, se percibiera como el más dañino para la salud y también como el más difícil de abandonar". Indonesia argumenta que "por consiguiente, el empaquetado genérico tiene por objeto transmitir a los consumidores el mensaje de que todas las marcas son de la peor calidad, con independencia de su calidad real".[5454]

7.2742. En respuesta a Australia, Indonesia sostiene que la frase "en el ejercicio del comercio" empleada en el apartado 3) debería interpretarse en sentido amplio. Las marcas de fábrica o de comercio transmiten información al público mucho antes de llegar al punto de venta, y no dejan de proporcionar información a los consumidores una vez adquiridos los productos correspondientes. En el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual se describe la frase como "todo acto u operación que tenga por objeto, directa o indirectamente, la compra y la venta de productos o servicios de manera profesional, o que se derive, directa o indirectamente de ellas". Indonesia aduce que incluso esta definición puede ser demasiado restrictiva, puesto que las marcas de fábrica o de comercio utilizadas en relación con instituciones de beneficencia son susceptibles de protección en el marco del artículo 10*bis*.[5455]

7.2743. Indonesia afirma que Australia impone una conducta que tiene el deber de prohibir. En particular, a través de las medidas TPP, Australia ordena prohibiciones y restricciones aplicables a las marcas de fábrica o de comercio en el ejercicio del comercio que pueden inducir al público a error acerca de las características de los productos de tabaco, lo que es contrario a la obligación que le impone el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* de prohibir tal conducta.[5456]

7.2744. Australia observa que, a diferencia del párrafo 3) 1) y el párrafo 3) 2) del artículo 10*bis*, el párrafo 3) 3) no contiene la expresión "de un competidor" y prohíbe que los agentes del mercado formulen alegaciones o afirmaciones que induzcan a error con respecto a sus *propios* productos, es decir, las alegaciones o afirmaciones de un agente del mercado que inciten a los consumidores a comprar los productos de ese agente sobre la base de razones falsas.[5457] A su juicio, según sus términos, el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* exige que los Miembros prohíban a los agentes del mercado "dar a conocer" "la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad" de sus propios productos o formular "alegaciones" o "afirmaciones" que, de emplearse en relación con la compra o la venta de esos productos, "desorientarían" al público, induciéndolo a adquirir los productos sobre la base de razones falsas.[5458]

7.2745. Australia sostiene que, para establecer la existencia de una infracción del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, los reclamantes tendrían que demostrar que Australia no ha prohibido a los agentes del mercado atraer a los consumidores con indicaciones o aseveraciones acerca de determinadas características de sus productos, durante la compra o la venta de esos productos, que pudieren inducir al público a error.[5459] Los reclamantes no han demostrado que Australia no

[5454] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 179-180 (donde se hace referencia a Parr *et al.* 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49)), página 9); y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 50.

[5455] Respuesta de Indonesia a la pregunta 20 del Grupo Especial (donde se cita el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-43), párrafo 2.872). El Grupo Especial observa que el párrafo citado no se incluye en los fragmentos presentados como Prueba documental IDN-43. Los párrafos a que se hace referencia fueron presentados por la República Dominicana en el Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, texto íntegro (Prueba documental DOM-65).

[5456] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 181. También respecto de esta alegación, Indonesia se remite al artículo 27 de la Convención de Viena y aduce que Australia no puede eludir las obligaciones que le corresponden en virtud de los tratados internacionales invocando las prescripciones de su derecho interno.

[5457] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 470 (donde se hace referencia a OMPI, *Introduction to Intellectual Property* (Prueba documental UKR-80), párrafo 12.65; y a Protección contra la competencia desleal (OMPI) (Pruebas documentales AUS-536, DOM-139), párrafo 64).

[5458] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 471.

[5459] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 472.

prohíba tales actos de competencia desleal.[5460] Tampoco han demostrado que las medidas TPP sean en sí mismas un "acto de competencia" o que impongan "actos de competencia".[5461]

7.2746. Australia afirma que ninguno de los reclamantes explica cómo el supuesto hecho de "inducir a error" a los consumidores tiene lugar "en el ejercicio del comercio", cuando se entiende que esta última expresión se refiere a actos llevados a cabo en relación con la compra y la venta de productos con fines de lucro, que culmina en el punto de venta.[5462] Australia añade que, incluso si los presuntos actos de competencia impuestos por las medidas TPP se realizaran "en el ejercicio del comercio", los reclamantes no han demostrado que las medidas compelan a las empresas tabacaleras a "inducir a error" a los consumidores a través de "indicaciones" o "aseveraciones" sobre la "naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad" de sus productos. Los reclamantes no han explicado de manera convincente el modo en que impedir a las empresas tabacaleras que utilicen determinados signos, marcas de fábrica o de comercio e IG constituye una "indicación" o "aseveración" en el sentido corriente de esos términos.

7.2747. Australia coincide con los reclamantes en que una "omisión" podría llegar a constituir una "indicación" o "aseveración" que induzca a error. Sin embargo, solo puede haber engaño en relación con una omisión si el público, a falta de información explícita, espera que determinada característica esté presente.[5463] Los reclamantes no han aportado pruebas que indiquen que, a falta de determinados signos, marcas de fábrica e IG en los productos de tabaco y su empaquetado, los consumidores tengan determinadas falsas expectativas positivas sobre la "naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de [esos] productos". Los reclamantes no han explicado, por ejemplo, cómo la *ausencia* de letras doradas, fondo rosado o bastardillas en el empaquetado de los productos de tabaco podría generar en el consumidor una falsa expectativa acerca de la información objetiva que figura en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* en relación con el producto correspondiente.[5464]

7.2748. Australia afirma que los reclamantes no han señalado ningún aspecto del empaquetado normalizado de los productos de tabaco previsto en la medida de Australia que constituya una indicación o aseveración positiva acerca de la "naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad" de los productos de tabaco que sea falsa y pueda *inducir a error* a los consumidores. Australia añade que, al normalizar el empaquetado, la medida *suprime* la capacidad de los signos y las marcas de fábrica o de comercio de aumentar el atractivo de los productos de tabaco, distraer de las ASG e inducir a error a los consumidores sobre los daños derivados del consumo de tabaco.[5465, 5466,]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2749. Como se analiza *supra*, el párrafo 3) del artículo 10*bis* enumera determinados tipos de actos de competencia desleal que en particular han de prohibirse. Su apartado 3) se refiere a "las

---

[5460] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 53. Véase una exposición de los mecanismos jurídicos mediante los cuales las partes afectadas pueden impedir una alegación falsa o que induzca a error, u obtener una reparación por ella, en el párrafo 7.2780 *infra*.

[5461] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 53.

[5462] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 469, 311 y 473-475.

[5463] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 57 (donde se hace referencia al Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-40), párrafo 2.817).

[5464] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 57.

[5465] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 58. Australia añade en la nota 79 que los reclamantes también han pasado por alto en gran medida el hecho de que las medidas TPP permiten que se presente una amplia gama de información sobre los productos de tabaco en el empaquetado del tabaco, con inclusión del nombre de la marca, el nombre comercial, la razón social y el nombre de la variante. Además, en el artículo 4(1) de la Ley TPP se define en términos generales el "nombre de la variante" del siguiente modo:

> el nombre utilizado para distinguir esa clase de producto de tabaco de otros productos de tabaco que se comercializan con el mismo nombre de marca, nombre comercial o razón social, haciendo referencia a una o varias de las características siguientes: a) que contengan o no mentol; b) que estén aromatizados de otro modo; c) que pretendan diferenciarse en intensidad; d) que tengan o no filtros o filtros de imitación de corcho; e) que tengan diferente longitud o masa.

Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1).

[5466] Véanse los principales argumentos de los terceros en la sección 7.3.6.3.2 *supra*.

indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudiere inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos".

7.2750. Mientras que los párrafos 3) 1) y 3) 2) del artículo 10*bis* atañen a la confusión o las aseveraciones falsas respecto de los productos de un *competidor*, el apartado 3) de dicho párrafo no se refiere expresamente a los productos de un competidor. Ello significa que el núcleo de este apartado comprende las indicaciones y aseveraciones formuladas por un participante en el mercado acerca de sus propios productos.[5467] El sentido corriente del término "*mislead*" (inducir a error) es "deceive *by giving incorrect information or a false impression*" (engañar proporcionando información incorrecta o provocando una impresión falsa).[5468] Del término "*liable*" ("pudieren") se desprende que la disposición abarca las aseveraciones engañosas que, o bien han inducido al público a error, o bien es probable que lo hagan. A su vez, el término "*public*" ("público") supone una situación en la que esas aseveraciones engañosas van dirigidas al consumidor.

7.2751. Honduras y la República Dominicana consideran que el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* comprende las omisiones.[5469] Honduras aduce que comprende las omisiones cuando estas crean una impresión concreta en la mente del consumidor.[5470]Australia coincide con los reclamantes en que una "omisión" podría llegar a constituir una "indicación" o "aseveración" que induzca a error; no obstante, a su juicio, solo puede haber engaño en relación con una omisión "si el público, a falta de información explícita, espera que determinada característica esté presente".[5471]

7.2752. Estamos de acuerdo con las partes en que la omisión de determinada información puede equivaler a una indicación o aseveración engañosa, cuando esa omisión, en el ejercicio del comercio, pueda inducir al consumidor a error, en el sentido de engañarlo dando información incorrecta o una impresión falsa. A ese respecto, coincidimos con Australia en que podría producirse un engaño si el público, a falta de información explícita, espera que determinada característica esté presente.

7.2753. Las partes tienen opiniones distintas sobre el sentido de la expresión "*in the course of trade*" ("en el ejercicio del comercio") que figura en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*. Australia considera que se refiere a actos que se llevan a cabo en relación con la compra y la venta de productos con fines de lucro y que culmina en el punto de venta. Los reclamantes proporcionan definiciones más amplias y no están de acuerdo en que esta frase tenga una limitación temporal.[5472] Recordamos que, además de emplearse en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), la expresión se utiliza en otras dos disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC (en el texto español, "en el curso de operaciones comerciales") que son objeto de alegaciones separadas en los presentes procedimientos, a saber, el párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20, así como en el párrafo 8 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC y en el párrafo 3) 2) del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). Como hemos observado en nuestro análisis de la expresión en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, para que una interpretación resulte armoniosa es necesario partir del supuesto de que los términos idénticos o similares de disposiciones diferentes del mismo acuerdo deben tener un significado idéntico o similar, del mismo modo que el uso de términos diferentes crea una presunción de que esos términos se adoptaron para tener significados diferentes. Por los motivos señalados en ese contexto, no hallamos respaldo en el texto o el contexto del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* para la

[5467] Esto se entiende sin perjuicio de la cuestión de si el párrafo 3) 3) también abarca las indicaciones y aseveraciones formuladas acerca de los productos de los competidores.

[5468] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*mislead*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/119742?redirectedFrom=mislead#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017. (sin cursivas en el original)

[5469] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 708; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 15 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 727 (donde se afirma que tanto el párrafo 1) como el párrafo 3) del artículo 10*bis* pueden ser susceptibles de infracción, bien por acción, o bien por omisión).

[5470] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 708.

[5471] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 57 (donde se hace referencia al Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, fragmentos presentados por Honduras (Prueba documental HND-40), párrafo 2.817).

[5472] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 715-716; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 743 y 754-757; la segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 148; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 20 del Grupo Especial.

afirmación de Australia de que "el ejercicio del comercio" culmina o termina en el punto de venta.[5473]

7.2754. Como se ha expuesto *supra*, inicialmente Honduras sostuvo que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 3) 3), teniendo en cuenta que dan lugar a indicaciones y aseveraciones que inducen a error, porque se engaña a los consumidores acerca de la verdadera naturaleza de los productos de tabaco y las medidas TPP tienen una repercusión asimétrica en los competidores.[5474] Más avanzados los procedimientos, Honduras aclaró que no aduce que las leyes o reglamentos de un gobierno constituyan en sí mismos actos de competencia desleal. Antes bien, los actos de competencia desleal en cuestión son actos de particulares.[5475] A este respecto, recordamos la constatación que hemos formulado en el párrafo 7.2699 *supra* de que las medidas TPP en sí mismas no constituyen un acto de competencia desleal.

7.2755. En cuanto a los actos que equivalen a indicaciones que puedan inducir a error en el sentido del párrafo 3) 3), los reclamantes aducen que el uso de la presentación normalizada del empaquetado y los productos que exigen las medidas TPP, incluida la omisión de símbolos y signos, indica equivocadamente al consumidor que todos los productos de tabaco presentan idéntica naturaleza, modo de fabricación y características, o son de calidad similar o idéntica. Honduras puntualiza que la supresión de la imaginería de marca, así como la imposición de prescripciones de diseño uniforme para el empaquetado y las barras, llevarán a los consumidores a creer erróneamente que todos los cigarrillos son en esencia iguales y que no hay ninguna diferencia entre ellos desde el punto de vista de la calidad.[5476] La República Dominicana añade que a los productores no se les permitiría conspirar para inducir a los consumidores a error de esta manera, presentando los productos de tabaco competidores con un empaquetado prácticamente idéntico y barras de un aspecto prácticamente idéntico. Además, Cuba vincula el efecto de las medidas TPP a la reclamación por "imitación fraudulenta" en el marco del *common law*. Indonesia puntualiza que, sin el canal de información proporcionado por las marcas de fábrica o de comercio y otros diseños del empaquetado y del producto, los consumidores de Australia tienden a creer erróneamente que las distintas marcas de productos de tabaco presentan, todas ellas, las mismas características.

7.2756. A juicio de la República Dominicana, los tres objetivos de la protección contra la competencia desleal (es decir, la protección de los competidores; la protección de los consumidores; y la salvaguardia de la competencia en interés del público en general[5477]) quedan de manifiesto en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, cuya finalidad expresa es proteger a los consumidores de la adopción de decisiones sobre la base de información que induzca a error.[5478]

[5473] Véase el análisis de la expresión "*in the course of trade*" en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC en la sección 7.3.5.4.1.3 *supra*.

[5474] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 718-734.

[5475] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 391.

[5476] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 724.

[5477] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 839 y 847 (donde se hace referencia a Protección contra la competencia desleal (OMPI) (Prueba documental DOM-139), párrafo 33). El comentario de la OMPI explica en detalle que el objetivo de la ley de competencia desleal es asegurar una competencia leal y sin distorsiones en interés de *todos los concernidos*. Una parte que siempre ha sido parte concernida es el *empresario honesto*, y resulta lógico que el punto de partida sea la norma de comportamiento de un empresario. Algunas prácticas pueden ser aceptadas en general dentro de una rama de actividad comercial, pero ser consideradas inadecuadas por otros participantes en el mercado. En tales casos, es necesario que las propias normas de comportamiento tengan cierta *corrección ética*. Las normas éticas dictan particularmente que no deben afectarse innecesariamente los intereses de los consumidores. Uno de los ejemplos que se proporcionan es la incitación al consumidor a tener una conducta dañina. También puede haber prácticas que a primera vista no sean perjudiciales para otros empresarios ni para los consumidores, pero que pueden ir en detrimento de la *economía en general.* El comentario de la OMPI concluye que, "[a]l determinar la 'honestidad' de los acuerdos comerciales, es necesario tomar en consideración todos estos factores. En la práctica, el concepto de la competencia desleal se ha convertido cada vez más en un *equilibrio de intereses*". Véase la respuesta de la OMPI a la solicitud de información fáctica del Grupo Especial, carta de fecha 5 de octubre de 2015, anexo 8, Oficina Internacional de la OMPI, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, *presented by the International Bureau of WIPO* (Protección contra la competencia desleal: Análisis de la situación mundial actual), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 1994), párrafos 33-37. De igual modo, Indonesia aduce que el artículo 10*bis* protege a los competidores y los consumidores, y salvaguarda la competencia en interés del público. Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 159 (donde se hace referencia al Manual de la OMPI sobre propiedad intelectual, fragmentos presentados por Indonesia (Prueba documental IDN-43), párrafo 2.773).

[5478] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 850.

La República Dominicana aduce que, a falta de señales relacionadas con la marca en el empaquetado, los consumidores realizan cada vez más sus compras basándose en el precio de los productos, y no en sus cualidades, reputación y características. Aduce también que las medidas TPP exigen a los productores de tabaco que indiquen a los consumidores, a través del empaquetado, que todas las marcas son, de hecho, "las menos atractivas" y tienen la "calidad más baja", con independencia de su calidad real.[5479] Indonesia aduce que Australia procuró, entre otras cosas, identificar un color de paquete que fuera el menos atractivo, y que, "por consiguiente, el empaquetado genérico tiene por objeto transmitir a los consumidores el mensaje de que todas las marcas son de la peor calidad, con independencia de su calidad real".[5480]

7.2757. Australia responde que los reclamantes no han aportado ninguna prueba de que, a falta de determinados signos, marcas de fábrica e IG en los productos de tabaco y su empaquetado, los consumidores tengan determinadas falsas expectativas positivas sobre la "naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de [esos] productos", como tampoco han señalado ningún aspecto de la presentación normalizada del empaquetado y los productos que constituya una indicación o aseveración que pudiera inducir a los consumidores a error acerca de las propiedades de esos productos. Australia también observa que, al normalizar el empaquetado, las medidas TPP suprimen la capacidad de los signos y las marcas de fábrica o de comercio de aumentar el atractivo de los productos de tabaco, distraer de las ASG e inducir a error a los consumidores sobre los daños derivados del consumo de tabaco.[5481] Australia explica asimismo que el diseño de la legislación TPP se fundamentó en la investigación realizada por GfK Bluemoon, que llevó a cabo pruebas en el mercado sobre las ASG y el empaquetado genérico del tabaco en varias etapas para determinar la forma más eficaz de empaquetado genérico del tabaco y "procuró identificar un diseño de empaquetado genérico (color, y tipo y tamaño de letra) que minimizara el atractivo y la atracción, al tiempo que maximizara el daño percibido y la vistosidad de las advertencias sanitarias gráficas".[5482]

7.2758. Entendemos que los reclamantes alegan que el uso de la presentación normalizada del empaquetado y los productos de tabaco para uso comercial en conformidad con las medidas TPP equivale al empleo de indicaciones o aseveraciones que podrían inducir al público a error, en el sentido del párrafo 3) 3), sobre la naturaleza, el modo de fabricación y las características de los distintos productos de tabaco del mercado. En particular, los reclamantes consideran que, sin las características de diseño de la marca y del empaquetado, un fabricante de tabaco no puede comunicar de forma adecuada las diferencias en las características de sus productos, lo que lleva a los consumidores a percibir una convergencia en cuanto a la calidad.[5483]

7.2759. Como hemos constatado *supra*[5484], no excluimos que la *omisión* de información puede equivaler a una indicación o aseveración que podría inducir a error, cuando esa omisión, en el ejercicio del comercio, engañe al consumidor dando información incorrecta o una impresión falsa. Sin embargo, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que la ausencia de imaginería de marca en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor o los productos de tabaco en conformidad con las medidas TPP equivalga a una situación de ese tipo. En particular, no estamos convencidos de que la ausencia de imaginería de marca induciría a los consumidores a error dando información incorrecta o impresiones falsas, o creando determinadas

[5479] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 861.

[5480] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 179-180 (donde se hace referencia a Parr *et al.* 2011a (Pruebas documentales AUS-117, JE-24(49)), página 9).

[5481] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 57-58.

[5482] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 118-119 y nota 185.

[5483] Recordamos que, en el contexto de su alegación al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, la República Dominicana aduce que las percepciones de los consumidores acerca de la calidad de las marcas competidoras se basan en una combinación de los "beneficios funcionales" y los "beneficios intangibles" que obtienen de cada marca, y que la repercusión desproporcionada de las medidas TPP en los beneficios intangibles percibidos respecto de los productos premium redunda en una disminución de la fidelidad hacia tales productos y de la disposición a pagar por ellos. En ese contexto, Australia explica que las medidas TPP aseguran que los fabricantes de tabaco puedan seguir distinguiendo sus productos de los de otros fabricantes en el curso de operaciones comerciales, permitiéndoles que utilicen la razón social, el nombre de la marca y el nombre de la variante en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor, lo que incluye la comunicación de las características del producto asociadas a la fuente comercial. Australia aduce que las medidas TPP tienen precisamente por objeto reducir los "beneficios intangibles" a que hace referencia la República Dominicana. Véase el apartado "Principales argumentos de las partes" de la sección 7.3.5.5.3.2 *supra*.

[5484] Véase el párrafo 7.2752 *supra*.

expectativas erróneas en la mente de los consumidores acerca de la naturaleza, el modo de fabricación o las características del producto, ya sean similares o distintas a las características de otros productos correspondientes en el mercado.

7.2760. En primer lugar, señalamos que *todos* los competidores del mercado australiano tienen que cumplir las mismas prescripciones relativas al empaquetado normalizado del tabaco, y lo hacen en el contexto de una política general de larga data y en un entorno de educación del público sobre la cuestión.[5485] No estamos convencidos de que la similitud general del aspecto exterior de los productos y su empaquetado que resulta de esas prescripciones pueda inducir a los consumidores a creer erróneamente que todos los productos competidores tienen unas características o una fuente idénticas, cuando esa similitud es resultado de una intervención reglamentaria dada a conocer ampliamente y no refleja una decisión comercial de los agentes del mercado.

7.2761. Señalamos también que las medidas TPP permiten la utilización de marcas verbales y marcas que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor, siempre que aparezcan en la forma prescrita por el Reglamento TPP. Esta información, en sí misma, no puede crear impresiones falsas o dar información incorrecta a los consumidores. En la medida en que los consumidores esperan determinadas características de los productos de tabaco que se les comunican correctamente mediante una asociación con la identificación de la fuente comercial -calificada de función de garantía de las marcas de fábrica o de comercio en el contexto del derecho de marcas- las medidas TPP permiten que dichas características se comuniquen mediante el uso del nombre de la marca y de la variante.

7.2762. Los reclamantes tampoco han identificado aseveraciones o declaraciones específicas exigidas por las medidas TPP que pudieran inducir al consumidor a error sobre las características o cualidades concretas de los productos de tabaco. Antes bien, aducen que la imposibilidad de utilizar características de diseño distintivas, aparte del nombre de la marca y de la variante, da lugar a que se induzca a los consumidores a creer erróneamente que todos los productos de tabaco tienen las mismas características y no son atractivos.

7.2763. Además, recordamos que las medidas TPP restringen el uso de las características de diseño de la marca a fin de *reducir* la capacidad del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco de inducir a error a los consumidores, a través de esas características, acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco.[5486] No obstante, las medidas autorizan el uso del nombre de la marca y de la variante, que permiten que el consumidor identifique el producto en cuestión y lo asocie con una fuente concreta. Así pues, las medidas funcionan de una manera que responde tanto al interés del consumidor en no ser inducido a error sobre los efectos nocivos del consumo de tabaco, que no se discuten, como al interés del consumidor en no ser inducido a error sobre las características del producto. En este contexto, tampoco estamos convencidos de que la uniformidad del aspecto del empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco resultante de las medidas TPP, incluida la supresión de las características de diseño distintivas a excepción del nombre de la marca y de la variante, tenga por efecto inducir a error a los consumidores.[5487]

7.2764. Además, señalamos que Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia no han intentado demostrar que los consumidores de hecho no hayan podido distinguir la fuente comercial de los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas (es decir, la identidad de la fuente o del fabricante del producto) o hayan sido inducidos a error sobre sus características como consecuencia de las medidas TPP.[5488]

[5485] Véase el párrafo 7.2721 *supra*.

[5486] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3.2(c).

[5487] Recordamos también que los actos enumerados en el párrafo 3) 3) son ejemplos de actos de competencia desleal, según se define en el párrafo 2). En ese sentido, no estamos convencidos de que el propio acto de comercializar productos que cumplan las prescripciones reglamentarias previstas en las medidas TPP equivaldría a un acto de competencia desleal contrario a los usos comerciales honestos. A este respecto, nos remitimos al análisis que realizamos en el párrafo 7.2792 *infra*.

[5488] Véanse las respuestas de Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia a la pregunta 168 del Grupo Especial, que se recogen en los párrafos 7.2546, 7.2552, 7.2548 y 7.2550, respectivamente. En sus respuestas, Honduras, Cuba e Indonesia aducen que tales pruebas no serían pertinentes para decidir sobre las

7.2765. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia no han demostrado que las medidas TPP compelan a los agentes del mercado a realizar actos equivalentes a indicaciones o aseveraciones que puedan inducir a error en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*. Por consiguiente, constatamos asimismo que Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia no han demostrado que, al mantener esas medidas, Australia no prohíba tales actos, en infracción del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*.

7.3.6.4.3.3 Párrafo 1) del artículo 10*bis*

7.2766. Pasamos ahora a examinar si, como alegan Honduras, la República Dominicana y Cuba, las medidas TPP compelen a los agentes del mercado a realizar actos de competencia desleal, aparte de las situaciones ya analizadas en el contexto de las alegaciones planteadas por los reclamantes al amparo del párrafo 3) 1) y el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, contra los cuales los Miembros están obligados a asegurar una protección eficaz conforme al párrafo 1) del artículo 10*bis*.

Principales argumentos de las partes

7.2767. Honduras aduce que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1) del artículo 10*bis* porque distorsionan las condiciones de competencia a favor de los productores que ofrezcan productos a precios bajos y en detrimento de los que ofrezcan productos a precios elevados. Esto se debe a que tanto las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio como las restricciones relativas al formato previstas en las medidas TPP obligan a los fabricantes de productos de tabaco a competir en el mercado australiano de una manera que elimina la posibilidad de lograr o mantener la diferenciación de los productos, lo que sistemáticamente afecta a los productos premium y a sus productores, más que a los productos de calidad inferior y a sus productores. Esta repercusión directa y profundamente asimétrica de las medidas TPP de Australia en la dinámica de competencia del mercado constituye "competencia desleal" en el mercado australiano.[5489]

7.2768. Honduras explica que las medidas TPP originan una competencia desleal en el mercado del tabaco en dos etapas. En primer lugar, las medidas TPP suprimen del empaquetado los elementos de la marca, que son un instrumento fundamental para conseguir la diferenciación de las marcas. El empaquetado con marca atrae la atención de los consumidores en los mercados saturados, y funciona como indicación de calidad. Las medidas TPP obligan a los productores de productos de tabaco a quitar del empaquetado de sus productos toda la imaginería de marca y la tipos de letra distintivos, al tiempo que el aspecto físico de los productos de tabaco se normaliza en virtud de prescripciones relativas al formato. Como resultado, "las marcas premium y las

---

alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC, porque no existe una prescripción específica respecto del nivel de "confusión real" o "suficiencia" para la distinción de los productos. Como hemos señalado en el párrafo 7.2750 *supra*, del término "*liable*" ("pudieren") que figura en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* se desprende que la disposición abarca las aseveraciones engañosas que, o bien han inducido al público a error, o bien es probable que lo hagan. Hemos señalado también en el párrafo 7.2761 que, en la medida en que los consumidores esperan determinadas características de los productos de tabaco que se les comunican correctamente mediante una asociación con la identificación de la fuente comercial, las medidas TPP permiten que estas se comuniquen mediante el uso del nombre de la marca y de la variante. A este respecto, la falta de tales pruebas es un factor que hemos de considerar en nuestra evaluación general de si los reclamantes han demostrado que las medidas TPP exigen que los agentes del mercado realicen actos que equivalentes a indicaciones o aseveraciones que puedan inducir a error en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*. De esta suerte, Honduras observa que no ha habido un estudio empírico en el que se evalúe si los consumidores no han podido distinguir la fuente comercial de los productos de tabaco de una empresa de la de otras empresas tras la implementación de las medidas TPP, pero considera que esos datos cuantitativos no ayudarían al Grupo Especial a decidir sobre las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC en los presentes procedimientos. Además, la República Dominicana e Indonesia aducen que hay pruebas que demuestran que las marcas verbales que aparecen en los productos de tabaco no distinguen adecuadamente la fuente comercial, la calidad, las características y la reputación, lo que da lugar a un cambio a productos de menor precio. A este respecto, nos remitimos al análisis de las pruebas sobre el efecto de las medidas TPP en la competencia de precios y la sustitución a la baja que hemos realizado en los párrafos 7.2572 y 7.2573 *supra*.

[5489] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 682.

marcas asequibles parecerán idénticas (exceptuando el nombre)" y "el consumidor perderá las señales de calidad".[5490]

7.2769. En segundo lugar, la reducción de la diferenciación de los productos se traduce en una desventaja competitiva para las marcas premium, que se ven afectadas de forma asimétrica en comparación con las marcas de precio inferior, lo que genera competencia desleal.[5491] Los datos relativos al mercado australiano confirman que se ha producido un "cambio a productos de menor precio" o una "sustitución a la baja" considerables.[5492] "De esta manera, las [medidas TPP] distorsionan *sistemáticamente* las condiciones de competencia en detrimento de una categoría específica de competidores. Los productores de marcas de gama alta ya no pueden actuar en circunstancias de competencia 'leal' y 'legítima'".[5493] Honduras añade que la "deslealtad" de las condiciones de competencia es un aspecto central de las medidas TPP, cuyo propósito y objeto objetivamente discernible es eliminar la función primordial de un derecho de propiedad intelectual, y no es simplemente un efecto incidental de un esfuerzo de buena fe por reglamentar la competencia.[5494]

7.2770. La República Dominicana considera que los actos de "competencia desleal" en cuestión son los actos privados de productores que presentan los productos de tabaco con un empaquetado prácticamente idéntico al empaquetado de los productos de tabaco competidores. La República Dominicana no aduce que las medidas TPP constituyan en sí mismas "actos" de competencia desleal, ni centra sus alegaciones en las "condiciones del mercado en sí mismas". Mediante las medidas TPP, Australia impone más bien actos privados de competencia desleal y, de este modo, no asegura una protección eficaz contra tal competencia desleal, como ponen de manifiesto, por ejemplo, las condiciones del mercado.[5495] Un Miembro de la OMC no puede imponer los mismos actos de competencia desleal que debe tratar de impedir.[5496] El derecho interno de un Miembro no puede ser excusa para incumplir sus obligaciones en el marco de la OMC.[5497]

7.2771. En el marco del párrafo 1) del artículo 10*bis*, la República Dominicana aduce que, "[a]l establecer un régimen en el mercado conforme al cual los productos competidores se presentan de una manera prácticamente idéntica, Australia ordena 'acto[s] de competencia contrario[s] a los usos honestos en materia industrial o comercial' en el sentido del artículo 10*bis* del *Convenio de París*".[5498]

7.2772. En cuanto a la repercusión de las medidas TPP en los consumidores, la República Dominicana argumenta que la prescripción de que los productores presenten todos los productos de tabaco con un empaquetado prácticamente idéntico priva a los consumidores de las señales visuales que todos los consumidores utilizan para distinguir entre marcas competidoras en lo que se refiere a sus cualidades, reputación y características. A falta de señales relacionadas con la marca en el empaquetado, los consumidores realizan cada vez más sus compras basándose en las diferencias de precios. Ello da lugar a una convergencia de las cualidades y características percibidas en las marcas competidoras. Las medidas TPP exigen a los productores de tabaco que indiquen a los consumidores, a través del empaquetado, que todas las marcas son, de hecho, "las menos atractivas" y tienen la "calidad más baja", con independencia de su calidad real. Las medidas TPP también impiden que se comuniquen a los consumidores las acusadas diferencias de calidad en los mercados de los cigarrillos y los cigarros. Por consiguiente, a juicio de la República

[5490] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 684, 687 y 689 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 48-54 y 63-64).
[5491] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 687.
[5492] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 691-692 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), párrafos 55-60; y al informe del IPE (Prueba documental DOM-100)).
[5493] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 694. (las cursivas y el subrayado figuran en el original)
[5494] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 696 y 698.
[5495] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 736 y 749; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 17 del Grupo Especial. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 841 (donde se definen los términos "*assure*" ("asegurar"), "*effective*" ("eficaz") y "*protection*" ("protección") utilizados en el párrafo 1) del artículo 10*bis*); la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 729; y la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 15 del Grupo Especial, párrafo 77.
[5496] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 853 y 873.
[5497] Declaración final de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 22.
[5498] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 856.

Dominicana, la prescripción de presentar los productos de tabaco competidores con un empaquetado prácticamente idéntico, y barras de aspecto prácticamente idéntico, induce a los consumidores a error respecto de las cualidades, la reputación y las características de las marcas competidoras.[5499]

7.2773. Las medidas TPP no dejan que los productores de tabaco competidores compitan por las ventas en el mercado australiano sobre la base de diferencias en la naturaleza, el modo de fabricación o las características de sus productos, porque se ven privados de la posibilidad de señalar esas diferencias a causa de la presentación prácticamente idéntica de los productos de tabaco. La República Dominicana aduce que las prescripciones son especialmente desleales para los productores de los segmentos superiores que anteriormente empleaban la marca para indicar la superioridad de las cualidades, la reputación y las características de sus productos, y afirma que las pruebas empíricas sobre el cambio a productos de menor precio ponen de manifiesto que privar a los productores de esas señales distorsiona inmediatamente el entorno competitivo, y hace que se produzca un importante desplazamiento desde los segmentos superiores hacia los segmentos inferiores.[5500] En cuanto al interés público, las medidas TPP impiden la competencia leal en el mercado sobre la base de la naturaleza, las características o los modos de fabricación de los productos, dañando así el tejido de la estructura competitiva del mercado.[5501]

7.2774. Cuba sostiene que un entorno competitivo en el que los fabricantes rivales deben presentar sus productos a los consumidores de una forma visualmente no diferenciada genera una situación de "competencia desleal".[5502] A su juicio, la situación competitiva en Australia es "desleal" por cuatro motivos.

7.2775. En primer lugar, no se puede distinguir de la situación en que un productor copia la "presentación distintiva" de un productor rival, es decir, la apariencia o presentación general de un producto. La única diferencia es que, en este último caso, se produce una situación de "imitación fraudulenta" como consecuencia de decisiones voluntarias de los agentes económicos, mientras que, en el primer caso, la adopción de una "presentación distintiva" uniforme viene impuesta por el Gobierno de Australia.[5503]

7.2776. En segundo lugar, la situación competitiva es desleal porque los productores no pueden comunicar claramente a los consumidores información importante acerca de sus productos. Los resultados en un entorno competitivo de esa naturaleza son arbitrarios, porque no reflejan plenamente las preferencias del consumidor o el empeño del productor por aumentar y mantener la calidad.[5504]

7.2777. En tercer lugar, la situación competitiva es desleal porque se intenta infundir en los consumidores la idea equivocada de que los distintos productos son similares. La situación resultante perjudica a los productores de productos premium, y es especialmente desleal para los beneficiarios de IG, como los productores cubanos de puros LHM, pues las inversiones sociales, económicas y culturales efectuadas durante un largo período de tiempo quedarán sin recompensa.[5505]

7.2778. En cuarto lugar, la situación competitiva es desleal porque las medidas TPP ponen en peligro la capacidad de los productores cubanos de protegerse frente al comercio de mercancías falsificadas, al prohibir el uso de diversas salvaguardias y elementos de seguridad específicos que Cuba ha aplicado para garantizar la autenticidad de sus exportaciones. Al impedir el uso de estas salvaguardias, las medidas TPP facilitan que los falsificadores vuelvan a empaquetar puros falsos o

[5499] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 858-869 (donde se hace referencia al informe de Steenkamp (Prueba documental DOM/HND-5), entre otras fuentes).
[5500] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 870-871 (donde se hace referencia al informe del IPE (Prueba documental DOM-100), capítulo 5).
[5501] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 872.
[5502] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 382. (no se reproducen las cursivas)
[5503] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 383. Para respaldar su posición, Cuba se remite al informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafo 7.243. Primera comunicación escrita de Cuba, nota 428.
[5504] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 384.
[5505] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 385.

puros no cubanos como auténticos puros cubanos, y de este modo desvían el comercio de Cuba.[5506]

7.2779. Cuba sostiene que "[e]sta situación de competencia desleal se ha generado porque Australia exige a los agentes privados que actúen de la forma prescrita por las medidas TPP". Por consiguiente, Australia no ha cumplido la obligación que le impone el artículo 10*bis* de proteger a los productores de tabaco cubanos frente a la competencia desleal.[5507]

7.2780. Australia responde que, para acreditar *prima facie* una infracción del artículo 10*bis*, los reclamantes tendrían que demostrar que Australia no ha asegurado una protección eficaz *contra* los actos de competencia de los agentes del mercado que estén encaminados a beneficiar a esos agentes influyendo en los consumidores sobre la base de representaciones falsas o que induzcan a error. Los reclamantes no han demostrado tal cosa.[5508] Australia sostiene que:

> [D]a cumplimiento a las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 10*bis*, interpretado debidamente, al proporcionar una gama de mecanismos jurídicos mediante los cuales las partes afectadas pueden impedir las representaciones falsas o que induzcan a error u obtener reparación por ellas, incluidos los siguientes:
>
> - el derecho a exigir el cumplimiento frente a la infracción de una marca de fábrica o de comercio[5509];
>
> - la prohibición general con respecto a las conductas en los intercambios comerciales que induzcan a error o sean engañosas o que es probable que induzcan a error o sean engañosas[5510];
>
> - la prohibición con respecto a las representaciones falsas o que induzcan a error en relación con el suministro, el posible suministro o la promoción de bienes (incluidas declaraciones concernientes al lugar de origen de los productos)[5511];
>
> - la prohibición con respecto a las importaciones de bienes que lleven descripciones comerciales falsas o que induzcan a error (incluso en relación con el país o lugar en el que los productos se fabricaron o produjeron)[5512]; y
>
> - la protección a través del *common law* de la reputación de las empresas mediante el ilícito civil de "imitación fraudulenta", que puede conferir protección adicional frente a representaciones falsas.[5513, 5514,

[5506] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 386. Cuba explica que exige que cada caja de cigarros Habanos: 1) cuente con una etiqueta con la IG Habanos adherida a la misma; 2) lleve un sello de tinta que indique la fábrica, así como el mes y el año de producción; y 3) se encuentre precintada con el Sello de Garantía del Gobierno cubano. El Sello de Garantía del Gobierno cubano se imprime en un papel sintético, de gran adhesividad, que se autodestruye si es manipulado y comprende diversos elementos de seguridad. *Ibid.,* Véanse también la declaración inicial de Cuba en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 17-18; y la respuesta de Cuba a la pregunta 168 del Grupo Especial.

[5507] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 388.

[5508] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 450.

[5509] (nota del original) *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* (Cth), Prueba documental AUS-244, artículos 20, 120(1) y 170. Véase también el anexo D: Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en Australia.

[5510] (nota del original) *Ley de Competencia y Consumo de 2010* (Cth), Prueba documental AUS-127, artículo 18. Véase también el anexo D: Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en Australia.

[5511] (nota del original) *Ley de Competencia y Consumo de 2010* (Cth), Prueba documental AUS-127, artículo 29(1). Véase también el anexo D: Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en Australia.

[5512] (nota del original) *Ley de Comercio (Descripciones Comerciales) de 1905* (Cth), Prueba documental AUS-248, artículo 9.

[5513] (nota del original) Véase el anexo D: Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en Australia.

[5514] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 458.

7.2781. Australia sostiene que las medidas TPP no interfieren con la capacidad de las partes interesadas para impedir las representaciones falsas o que induzcan a error, o para obtener reparación por ellas, a través de estos medios legales.[5515]

7.2782. Australia aduce que los reclamantes intentan ampliar el sentido de todo "*acto* de competencia" en el párrafo 2) del artículo 10*bis* de modo que abarque el *entorno reglamentario* en el que esos actos tienen lugar. Además, pese al hecho de que el párrafo 2) del artículo 10*bis* define expresamente lo que es "desleal" a efectos del artículo 10*bis*, los reclamantes centran sus argumentos en el sentido corriente del término "desleal" y no en el sentido corriente del término "honesto".[5516] Australia argumenta que, al redefinir la "competencia desleal" de esta manera, los reclamantes tratan de interpretar el párrafo 1) del artículo 10*bis* en el sentido de que incluye un derecho positivo de uso de las marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar los productos, basándose en que a falta de ese uso la "competencia" es "desleal", y de transformar el párrafo 1) del artículo 10*bis* de una disposición que exige que los Miembros proscriban actos concretos de rivalidad comercial deshonesta en una disposición que impide que los Miembros impongan medidas que afecten a cualquier "aspecto de la competencia", como las medidas que restringen el uso de marcas de fábrica o de comercio o dan lugar a "una repercusión asimétrica en diferentes participantes en el mercado". Al apartarse del sentido de la expresión "competencia desleal" establecido en el párrafo 2) del artículo 10*bis*, los reclamantes hacen caso omiso del texto claro del artículo 10*bis*.[5517]

7.2783. Australia añade que, aunque más avanzados los procedimientos los reclamantes parecen estar de acuerdo en que las reglamentaciones que afectan a las *condiciones generales de competencia* no están comprendidas en el ámbito del artículo 10*bis*, siguen afirmando que las pruebas relativas a las condiciones generales de competencia en el mercado australiano, como los supuestos efectos de cambio a productos de menor precio y el supuesto aumento del comercio ilícito, son *indicativas* de la existencia de usos comerciales deshonestos, lo que hace que la medida sea incompatible con el párrafo 1) del artículo 10*bis*. Respecto de esas afirmaciones, los reclamantes no han demostrado: i) que haya ninguna relación causal entre esos supuestos efectos y el empaquetado genérico del tabaco; ni, y esto es decisivo, ii) que esos efectos hayan sido causados por "actos de competencia" impuestos por la medida que sean "contrario[s] a los usos honestos". En cuanto al último punto, los reclamantes no han demostrado que la medida compela a los agentes privados a realizar actos de competencia -es decir, actos de "lucha por la clientela" entre rivales o intentos de aumentar la cuota de mercado "ofreciendo los términos más favorables"- ni que esos actos de competencia sean "deshonestos" o "falaces". Los reclamantes no han presentado prueba alguna de que los consumidores confundirán los productos de un fabricante de tabaco con los de otro como consecuencia de las medidas TPP, y la afirmación de los reclamantes de que el empaquetado genérico del tabaco inducirá a error a los consumidores respecto de las características objetivas de los productos de tabaco es puramente especulativa. Australia sostiene que "[l]os reclamantes piden simplemente al Grupo Especial que *suponga* que existe cierta forma de deshonestidad comercial general forzada provocada por la medida de empaquetado genérico del tabaco y que esos actos deshonestos constituyen la causa de cualquier supuesto cambio de marca o cualquier supuesto aumento del comercio ilícito".[5518]

7.2784. Australia observa que los reclamantes aducen que las medidas TPP infringen el artículo 10*bis* al *compeler* a los agentes del mercado a realizar actos de "competencia desleal", apoyándose en el informe del Grupo Especial encargado del asunto *México - Telecomunicaciones*. Australia responde que dicho asunto no es aplicable a la presente diferencia.[5519] Las medidas TPP de ningún modo imponen "acto[s]" de "competencia desleal" en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París.[5520]

[5515] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 459.

[5516] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 453.

[5517] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 454-457 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 669 y 670). Véase también la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 39.

[5518] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 60-62.

[5519] En el asunto *México - Telecomunicaciones*, se constató que México había exigido jurídicamente la conducta que estaba obligado específicamente a impedir. Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafo 7.262.

[5520] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 451-452; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 40. Australia explica que el análisis realizado por el Grupo Especial en el asunto

7.2785. Australia añade que, incluso si las reglamentaciones gubernamentales que compelen a los agentes privados a realizar actos de competencia pudieran estar comprendidas en el ámbito del artículo 10*bis*, los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP de hecho lo hagan. El entorno reglamentario para la venta de productos de tabaco en Australia está configurado por una gama de medidas de salud pública que "compelen" a los agentes del mercado pertinentes a cumplir prescripciones específicas en el curso de la fabricación, la publicidad y la venta de sus productos de tabaco. Sin embargo, ninguna de ellas, incluidas las medidas TPP, compele a los agentes del mercado a realizar actos de "competencia". Antes bien, el diseño del empaquetado genérico alcanza sus objetivos de salud pública eliminando la capacidad de *todas* las empresas tabacaleras de utilizar elementos de diseño figurativos para incrementar el atractivo del paquete o crear cualquier asociación positiva con el producto. No obstante, las medidas permiten que los consumidores sigan distinguiendo entre las distintas ofertas del mercado tomando como referencia los nombres de la marca y de la variante que aparecen en el empaquetado.[5521]

7.2786. Además, Australia considera que los reclamantes no han demostrado que los supuestos "actos de competencia" impuestos por las medidas TPP sean actos de competencia *desleal* en el sentido del párrafo 2) del artículo 10*bis*, es decir, actos de competencia que sean "deshonestos" o "falaces".[55225523,]

Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2787. El párrafo 1) del artículo 10*bis* obliga a los Miembros a asegurar a los nacionales de los Miembros una protección eficaz contra la competencia desleal. En el párrafo 2) se define acto de competencia desleal como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial".

7.2788. Como hemos constatado en el párrafo 7.2667 *supra*, entendemos que la definición que figura en el párrafo 2) alude a algo que hace un agente del mercado para competir con otros agentes en el mercado de una manera que es contraria a lo que de forma usual o consuetudinaria se consideraría veraz, leal y libre de engaño en un mercado determinado. En las presentes diferencias, el mercado en cuestión es el mercado australiano.

7.2789. También recordamos la conclusión a la que hemos llegado en el párrafo 7.2679 *supra* de que, si bien un Miembro tiene que prohibir los tipos de usos deshonestos enumerados en el párrafo 3) del artículo 10*bis*, el alcance de otros usos en materia industrial y comercial contra los que está obligado a asegurar una protección eficaz conforme al párrafo 1) ha de examinarse en el contexto del sistema jurídico y de las concepciones de lo que constituye un acto contrario a lo que usual o habitualmente se consideraría veraz, leal y libre de engaño en el mercado interno en cuestión, en este caso el mercado australiano.

7.2790. Recordamos que Cuba aduce que el propio "entorno competitivo" -en el asunto que nos ocupa, un entorno en el que los fabricantes rivales deben presentar sus productos a los consumidores de una forma visualmente no diferenciada- puede generar "una situación de

---

México - Telecomunicaciones debe entenderse en el contexto de la industria de las telecomunicaciones, que se caracteriza desde hace mucho tiempo por los monopolios de propiedad y/o regulación estatal (como sucede en México). El hecho de que la Comisión Federal de Telecomunicaciones exigiese a Telmex (el proveedor mexicano dominante) y a otros proveedores mexicanos que llegaran a un acuerdo de fijación de precios era sin duda contrario al compromiso asumido por México en su Documento de Referencia de mantener las medidas apropiadas para "prevenir" que los proveedores principales "se involucren en, o continúen con prácticas anticompetitivas". El Grupo Especial reconoció expresamente la existencia de ese contexto concreto y señaló que las medidas en litigio eran "excepcionales" y que sus constataciones quedaban "limitada[s] a la interpretación de conformidad con la sección 1 del Documento de Referencia mexicano de las obligaciones que impone a México el AGCS respecto de los Estados Unidos y respecto de las medidas anticompetitivas concretas en el mercado pertinente de servicios de telecomunicaciones". Informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones,* párrafos 7.267-7.268. A diferencia del Documento de Referencia de México, el artículo 10*bis* no se refiere a la función gubernamental de regulación, sino a la función gubernamental de establecer protecciones jurídicas contra los actos de competencia desleal en el mercado. La adopción de una medida de salud pública de carácter general como las medidas TPP de ningún modo atañe a esta última función del gobierno, por lo que de ningún modo está comprendida en el ámbito de dicho artículo. Segunda comunicación escrita de Australia, nota 54.

[5521] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 41-43.

[5522] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 41 y 44.

[5523] Véanse los principales argumentos de los terceros en la sección 7.3.6.3.2 *supra*.

'competencia desleal'". Recordamos también que, por lo que respecta al párrafo 1) del artículo 10*bis*, en un principio Honduras sostuvo que una reglamentación gubernamental que distorsiona las condiciones de competencia a favor de algunos competidores y en detrimento de otros es "injusta" y "no equitativa", es decir, desleal. Puntualizó que el artículo 10*bis* limita las facultades reglamentarias del gobierno a este respecto en la medida en que la reglamentación tenga una repercusión en la competencia que no sea meramente "incidental", en el sentido de que la torne desleal. Más avanzados los procedimientos, Honduras aclaró que no aduce que las leyes o reglamentos de un gobierno constituyan actos de competencia desleal, sino que los actos de competencia desleal son actos de particulares. A este respecto, nos remitimos a la constatación que hemos formulado en el párrafo 7.2699 *supra* de que las medidas TPP en sí mismas no constituyen un acto de competencia desleal.

7.2791. Honduras aduce que las restricciones TPP obligan a los fabricantes de productos de tabaco a competir en el mercado australiano de una manera que elimina la posibilidad de lograr o mantener la diferenciación de los productos, lo que a su juicio constituye actos de competencia contrarios a los usos honestos en materia industrial o comercial.[5524] La República Dominicana aduce que "los actos concretos de 'competencia desleal' en cuestión en la presente diferencia son los actos privados de productores que presentan los productos de tabaco con un empaquetado prácticamente idéntico al empaquetado de los productos de tabaco competidores", que inducen a los consumidores a error respecto de las cualidades, la reputación y las características de las marcas competidoras. A través de la presentación exigida, los productores de productos de tabaco proporcionan indicaciones que inducen a creer erróneamente que su propia marca no difiere de todas las marcas que compiten en el mercado.[5525] Cuba hace referencia a la prescripción de que los agentes privados actúen de la forma prescrita en las medidas TPP.[5526]

7.2792. Entendemos que los reclamantes aducen que, al vender sus productos de conformidad con las medidas TPP, con una presentación normalizada del empaquetado y los productos, un agente del mercado se ve obligado a realizar un acto de competencia desleal en el sentido de la definición que figura en el párrafo 2). Recordamos que la obligación establecida en el párrafo 1) del artículo 10*bis* es otorgar una protección eficaz contra los actos de competencia desleal que sean "contrario[s] a los usos honestos en materia industrial o comercial". No estamos convencidos de que un acto consistente en vender productos de conformidad con las prescripciones reglamentarias previstas en las medidas TPP constituya un acto de esa naturaleza, ni de que, en el contexto del mercado australiano, un acto de esa naturaleza sea contrario a lo que usual o consuetudinariamente se consideraría veraz, leal y libre de engaño en el mercado australiano.[5527] Concretamente, en una situación en la que las similitudes entre los empaquetados para la venta al por menor se derivan exclusivamente de una intervención reglamentaria aplicable de igual modo a todos los productos del mercado, no estamos convencidos de que pueda considerarse que las acciones realizadas por los agentes del mercado para cumplir esas prescripciones constituyan "actos de competencia", en la medida en que no reflejan acciones de los agentes del mercado para competir unos con otros en el mercado.[5528]

7.2793. Honduras, la República Dominicana y Cuba también aducen que las prescripciones TPP privan a los productores de tabaco competidores de la posibilidad de comunicar las diferencias entre los productos, a causa de la presentación prácticamente idéntica de los productos de tabaco. A su juicio, estas prescripciones son especialmente desleales para los productores de los segmentos superiores que anteriormente empleaban la marca para indicar la superioridad de la calidad, la reputación y las características de sus productos. Honduras y la República Dominicana añaden que hay pruebas empíricas sobre el "cambio a productos de menor precio" que demuestran que privar a los productores de esas señales distorsiona inmediatamente el entorno competitivo, y hace que se produzca un importante desplazamiento desde los segmentos superiores hacia los segmentos inferiores.[5529] A este respecto, recordamos las determinaciones que hemos formulado *supra* de que hay algunas pruebas, aunque limitadas, de que las medidas

[5524] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 682.
[5525] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 749-751.
[5526] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 382.
[5527] Véase el análisis del sentido de la expresión "usos honestos" que hemos realizado en el párrafo 7.2666 *supra*.
[5528] Véase el análisis del sentido de la expresión "acto de competencia" que hemos realizado en el párrafo 7.2665 *supra*.
[5529] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 870-871 (donde se hace referencia al informe del IPE (Prueba documental DOM-100), capítulo 5).

TPP, junto con las ASG ampliadas introducidas en la misma fecha, parecen haber tenido una repercusión negativa en la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de precio más alto y las de cigarrillos de precio bajo.[5530] Sin embargo, no estamos convencidos de que esto, por sí solo, demuestre que se genere una repercusión "desleal" para los productos premium como consecuencia del funcionamiento de las medidas. En la medida en que hay razones para esperar que las medidas TPP, en particular la eliminación de las características figurativas que aparecen en los productos de tabaco y en su empaquetado para la venta al por menor, repercutan más fuertemente en el atractivo de los productos de tabaco en el caso de los productos premium, es razonable esperar que la reducción de la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de precio más alto y las de cigarrillos de precio bajo observada desde que esas medidas entraron en vigor sea el resultado, al menos en parte, del funcionamiento deseado de dichas medidas y su efecto en el consumo de productos de tabaco en términos más generales. Esto puede suceder en particular cuando una parte importante del valor de los productos premium depende de la contribución de la marca a crear y mantener asociaciones positivas y exclusivas como medio de diferenciarlos de los productos competidores.[5531] Por lo tanto, no estamos convencidos de que este efecto en sí mismo, en las circunstancias del presente asunto, sea de una naturaleza tal que refleje un trato "desleal" para los productos premium, y en particular, equivalga a un acto de competencia desleal de un agente del mercado.

7.2794. Teniendo presentes las posibilidades que ofrecen las medidas TPP de diferenciar los productos de tabaco en el mercado mediante el uso del nombre de la marca, la razón social y el nombre de la variante, no consideramos que se pueda interpretar que la obligación de asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal conforme al párrafo 1) del artículo 10*bis* exige que Australia permita a los productores de tabaco competidores utilizar la marca para señalar esas cualidades adicionales. En particular, como se describe *supra*, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas puedan crear una confusión en la mente del consumidor o inducir a los consumidores a error en cuanto a la procedencia o las características de los productos. A este respecto, recordamos también que el aspecto normalizado del empaquetado y del producto que exigen las medidas TPP, incluida la prohibición de utilizar los elementos figurativos y estilísticos de las marcas de fábrica o de comercio, está destinado específicamente a *reducir* la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores respecto de los efectos nocivos de los productos de tabaco.[5532] Lo cual, de conformidad con el artículo 3(2) de la Ley TPP, tiene por objeto contribuir a la mejora de la salud pública.[5533]

7.2795. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que Honduras, la República Dominicana y Cuba no han demostrado que las medidas TPP exijan a los agentes del mercado realizar los actos de competencia desleal contra los que Australia está obligada a asegurar una protección eficaz de conformidad con el párrafo 1) del artículo 10*bis*. Por consiguiente, concluimos que no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 1) del artículo 10*bis*.[5534]

7.3.6.4.4 Conclusión general

7.2796. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).

[5530] Párrafo 7.1196 *supra*.
[5531] Párrafo 7.1196 *supra*. Véanse más detalles en la sección 7.2.5.4.2.3 *supra*.
[5532] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 3(2)(c).
[5533] Recordamos que, en el contexto de nuestro análisis de las alegaciones planteadas por los reclamantes al amparo de párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, hemos concluido que entendemos que el objetivo que persigue Australia mediante las medidas TPP es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.
[5534] Por lo que respecta a los supuestos actos capaces de crear una confusión o que entrañan indicaciones o aseveraciones que pudieren inducir al público a error en el sentido de los párrafos 3) 1) y 3) 3) del artículo 10*bis*, recordamos que Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia han esgrimido argumentos adicionales en el contexto de sus alegaciones al amparo de esos párrafos, que hemos abordado *supra*.

7.3.7 Párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.3.7.1 Introducción

7.2797. Pasaremos ahora a examinar las alegaciones de los reclamantes sobre las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a la protección de las indicaciones geográficas, que se abordan en la Sección 3 de la Parte II del Acuerdo, en los artículos 22 a 24. En primer lugar, examinaremos las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 y después las alegaciones basadas en el párrafo 3 del artículo 24.

7.2798. El párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, que forma parte del artículo 22, titulado "Protección de las indicaciones geográficas", dispone lo siguiente:

> 2. En relación con las indicaciones geográficas, los Miembros arbitrarán los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir:
>
> ...
>
> b) cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).

7.2799. Honduras, la República Dominicana, Cuba (por referencia)[5535] e Indonesia (por referencia)[5536] alegan que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2800. Australia pide al Grupo Especial que rechace esas alegaciones en su totalidad.

7.3.7.2 Principales argumentos de las partes

7.2801. Honduras sostiene que Australia infringe el párrafo 2 b) del artículo 22 porque no arbitra los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir, en relación con las indicaciones

[5535] Véase la nota 4054 *supra*. Conviene observar que Ucrania no formuló una reclamación al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22, y que Indonesia, por su parte, apoya los argumentos presentados por la República Dominicana y Ucrania. El 14 de octubre de 2015, el Grupo Especial pidió a Cuba que respondiese a las preguntas que el Grupo Especial le había presentado el 11 de mayo de 2015 (pregunta 138 del Grupo Especial, donde se hace referencia a las preguntas pertinentes entre las preguntas 1 a 84 del Grupo Especial). Cuba respondió a esas preguntas el 28 de octubre de 2015 al comenzar la segunda reunión del Grupo Especial con las partes. Cuba respondió a la pregunta 55 del Grupo Especial que "[a] la luz del párrafo 9 de los Procedimientos de Trabajo del Grupo Especial, Cuba incorpora por referencia y se apoya en los argumentos y evidencia proporcionada en los párrafos 772-782 y 785-786 de la primera comunicación escrita de Honduras, y en los párrafos 418-423 de la segunda comunicación escrita de Honduras". En cuanto a la pregunta de qué párrafos del artículo 10*bis* del Convenio de París son pertinentes para su alegación al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, Cuba respondió que hace suyas las respuestas tanto de Honduras como de la República Dominicana. Respuesta de Cuba a la pregunta 50 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial). En cuanto a sus demás respuestas relativas al párrafo 2 b) del artículo 22, Cuba facilita sus propias respuestas (preguntas 44, 56, 109, 173 y 178 del Grupo Especial) o hace suyas las respuestas de Honduras (pregunta 52 del Grupo Especial) o de la República Dominicana (pregunta 45 del Grupo Especial), o las respuestas tanto de Honduras como de la República Dominicana (preguntas 47, 49 y 50 del Grupo Especial).

[5536] En su primera comunicación escrita, Indonesia indica que "apoya los argumentos presentados por la República Dominicana y Ucrania en relación con ... el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 ...". Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 462. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia aclara que la referencia a Ucrania, que no ha formulado reclamaciones al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22, se debió a un error tipográfico. En cambio, "Indonesia apoya las alegaciones de la República Dominicana, Honduras y Cuba". Respuesta de Indonesia a la pregunta 57 del Grupo Especial. Debe tenerse en cuenta que Cuba, a su vez, hace suyos los argumentos formulados por la República Dominicana, Honduras, Indonesia y Ucrania en el marco del párrafo 2 b) del artículo 22. En respuesta a las preguntas del Grupo Especial, Indonesia aclara que apoya las alegaciones jurídicas formuladas por otros reclamantes "sin presentar otros datos o argumentos con respecto a las indicaciones geográficas". Respuesta de Indonesia a las preguntas 43 a 52 del Grupo Especial.

geográficas, la utilización que constituya un acto de competencia desleal en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París.[5537]

7.2802. Honduras considera fundamental el empleo de las palabras "cualquier" y "[e]n relación con". El párrafo 2 b) del artículo 22 exige que las partes interesadas dispongan de medios legales para impedir cualquier conjunto de circunstancias que conlleven cualquier tipo de utilización relacionada con las indicaciones geográficas que dé lugar a competencia desleal. En opinión de Honduras, el párrafo 2 b) del artículo 22 no requiere que las circunstancias de deslealtad sean resultado de la utilización "de" una IG, por ejemplo, la utilización de una IG existente cuyo titular sea otra parte. Cuando los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC quisieron referirse a la "utilización de" algún derecho de propiedad intelectual, lo hicieron expresamente.[5538] Honduras añade que la referencia hecha en el párrafo 2 b) del artículo 22 a la utilización "[e]n relación con" indicaciones geográficas ha de significar algo diferente de la utilización "de" tales indicaciones. En opinión de Honduras, la expresión "[en] relación con" denota una gama de utilización más amplia. Por consiguiente, cualquier circunstancia concerniente a la utilización "[en] relación con" indicaciones geográficas que afecte a la competencia y dé lugar a competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) deberá estar sujeta a recursos legales a los que las partes interesadas puedan recurrir en el marco del ordenamiento jurídico de los Miembros de la OMC.[5539]

7.2803. Recordando la interpretación del concepto de competencia desleal que hizo en el marco de su alegación relativa al artículo 10*bis* del Convenio de París (1997), Honduras añade que ese artículo -y el requisito de competencia leal previsto en él- se infringe cuando hay operadores comerciales competidores que no pueden diferenciar su oferta de productos en el mercado, cuando esta repercusión es asimétrica en el sentido de que produce mayores efectos en algunos competidores que en otros, y cuando este resultado es un objetivo intencionado de la medida y no un efecto incidental.[5540]

7.2804. En cuanto al argumento de Australia de que el párrafo 2 b) del artículo 22 se refiere a la prevención de determinados actos por un tercero, más que a medidas reglamentarias gubernamentales, Honduras se remite a los argumentos que formuló en relación con su alegación al amparo del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).[5541]

7.2805. Honduras sostiene que el párrafo 2 b) del artículo 22 obliga a los Miembros de la OMC a arbitrar los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir determinados actos, lo que, lógicamente, impide también a los Miembros de la OMC la imposición de esos actos a través de sus leyes nacionales.[5542] A este respecto, Honduras remite a sus argumentos relativos al artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).[5543]

7.2806. En cuanto al uso que constituye un acto de competencia desleal con arreglo al párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, que, en opinión de Honduras, Australia no ha impedido, Honduras expone los siguientes argumentos principales.[5544]

7.2807. En primer lugar, Honduras sostiene que Australia prescribe esencialmente un empaquetado uniforme de los productos de tabaco y no permite que el titular de una IG coloque dicha indicación en el empaquetado del tabaco. Por consiguiente, Australia regula el uso de las IG de tal manera que no puede utilizarse una IG que no sea la del país de origen.[5545] En respuesta a

[5537] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 938; y declaración final de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 13. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Honduras puntualiza que "la alegación de Honduras al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 sostiene que las medidas de empaquetado genérico infringen el párrafo 2 b) del artículo 22 porque dan lugar a 'competencia desleal' respecto de las indicaciones geográficas, en particular en el sentido del párrafo 1) del artículo 10*bis* (aclarado por el párrafo 2)) y el párrafo 3) 3 de dicho artículo". Respuesta de Honduras a la pregunta 50 del Grupo Especial.

[5538] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 775.

[5539] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 776-777.

[5540] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 779.

[5541] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 422.

[5542] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 778.

[5543] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 778.

[5544] Primera comunicación escrita de Honduras, subtítulo que precede a los párrafos 780 a 786.

[5545] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 781.

la descripción hecha por Australia de la forma en que operan las medidas TPP en relación con las indicaciones geográficas[5546], Honduras sostiene que la gama de "indicaciones" que podrían ser susceptibles de protección como indicaciones geográficas es, por lo tanto, mucho más amplia de lo que Australia permite colocar en el empaquetado genérico. Por ejemplo, una IG que no forme parte del nombre de una marca o variante, o que sea una combinación de elementos gráficos y textuales, no puede exponerse en el empaquetado. Según Honduras, la medida de Australia no se salva por el hecho de prever la posibilidad residual de exponer un pequeño subconjunto potencial de IG, cuando excluye casi todas las demás.[5547]

7.2808. En segundo lugar, Honduras sostiene que, como resultado de esas estrictas limitaciones a la utilización de las IG, los titulares de dichas indicaciones no pueden comunicar a través de ellas las diferencias de calidad, sabor y otras características físicas a sus consumidores y al público en general. Por consiguiente, los consumidores de productos de tabaco tendrán la impresión equivocada de que todos los productos de tabaco de todos los orígenes geográficos son idénticos y tienen las mismas características. Esta percepción, y su consiguiente repercusión en la competencia, no es "leal", porque va en detrimento de los titulares de IG existentes que han invertido tiempo y recursos en el establecimiento de esas indicaciones.[5548]

7.2809. En tercer lugar, Honduras aduce que esa percepción es desleal de cara a *futuros* titulares de posibles IG, porque no podrán desarrollar y establecer sus IG en el mercado australiano, explotando así su ventaja competitiva potencial. En particular, Honduras ha estudiado en los últimos años el potencial de algunas de sus IG, como "Copán", por ejemplo. Sin embargo, las medidas TPP eliminan la posibilidad de establecer tal IG. Según Honduras, eso equivale a una denegación de las condiciones de libre competencia leal y distorsiona, *ex ante*, las condiciones de competencia en favor de los productores que no han desarrollado IG y de los que o no tienen la intención de desarrollar y utilizar IG o estructuralmente carecen de capacidad para hacerlo.[5549]

7.2810. Honduras añade que el párrafo 2 b) del artículo 22 somete a disciplinas, a través del artículo 10*bis* del Convenio de París, no solo el acto de utilizar una indicación geográfica existente, sino también la *capacidad* de hacer uso de cualquier palabra o signo o presentación comercial que tenga relación con la adquisición, la existencia o el mantenimiento de una IG.[5550]

7.2811. En respuesta al argumento de Australia de que las alegaciones de los reclamantes se basan en su interpretación del párrafo 2 b) del artículo 22 en el sentido de que incluye un "derecho de uso" cuando tal derecho no existe[5551], Honduras aclara que no está dando por sentado que haya un "derecho de uso".[5552] Más bien, su argumento se basa en un análisis del texto del párrafo 2 b) del artículo 22 y el artículo 10*bis*.[5553] Las restricciones que Australia ha impuesto "[e]n relación con" las indicaciones geográficas -a saber, limitar la forma en que esas indicaciones geográficas pueden exponerse y prescribir una presentación comercial uniforme- no solo no impiden, sino que de hecho prescriben una situación en la que el efecto combinado de los actos realizados por agentes privados dan lugar a condiciones de competencia desleal. El aspecto uniforme de todos los paquetes "[e]n relación con" las IG se traduce en "indicaciones o aseveraciones" que transmiten a los consumidores de productos de tabaco la impresión errónea de que todos los productos de tabaco de todos los orígenes geográficos son idénticos y tienen las mismas características.[5554] Esa impresión, y su consiguiente repercusión en la competencia, no es "leal", ya que va en detrimento de los titulares de IG existentes que han invertido tiempo y recursos para establecerlas y de los titulares futuros de posibles indicaciones geográficas que no podrán desarrollar y establecer esas indicaciones en el mercado australiano.[5555]

[5546] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 483.
[5547] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 418.
[5548] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 782. Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 416 y 420.
[5549] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 782-784. Véase también la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 420.
[5550] Respuesta de Honduras a la pregunta 49 del Grupo Especial.
[5551] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 484-485.
[5552] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 419.
[5553] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 421.
[5554] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 419.
[5555] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 420.

7.2812. La República Dominicana explica que la diferenciación a través de las marcas de fábrica o de comercio y las IG ofrece oportunidades de competencia al facilitar el desarrollo de la fidelidad de los consumidores y, con ello, preservar la cuota de mercado y favorecer los sobreprecios. La interferencia con el uso de las marcas de fábrica o de comercio y las IG distorsiona las condiciones de competencia en perjuicio de los productos con marca, en particular los productos premium con marca.[5556] La República Dominicana sostiene que, aunque las medidas TPP permiten exponer un nombre de marca y variante en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco en un formato prescrito, prohíben el uso de todo aspecto de una marca de fábrica o de comercio o IG que conlleve elementos de diseño. Sin embargo, son esos elementos de diseño los que se consideran "comunicadores más eficaces y eficientes de los valores de las marcas que las correspondientes palabras".[5557] Al igual que las marcas de fábrica o de comercio, las IG se utilizan en el comercio para distinguir unos productos de otros, aunque la base de tal distinción se limita al origen geográfico de los productos y las calidades que se derivan de ese origen.[5558] Sin la capacidad para utilizar las marcas de fábrica o de comercio o las IG en el comercio, los beneficios que justifican su protección internacional desaparecen.[5559]

7.2813. La República Dominicana sostiene que el sentido corriente de "indicación" en la definición de IG establecida en el párrafo 1 del artículo 22 es algo que indica o sugiere, como un *signo*. Por consiguiente, está claro que las IG tal como se definen en el párrafo 1 del artículo 22 pueden comprender tanto palabras como elementos de diseño.[5560]

7.2814. En cuanto al párrafo 2 b) del artículo 22, la República Dominicana sostiene que la expresión "*[i]n respect of*" ([e]n relación con) significa "*as regards*" (en lo relativo a), "*as relates to*" (en lo relacionado con), "*with reference to*" (por lo que se refiere a), "*by reason of*" (en razón de), "*because of*" (debido a) u "*on account of*" (por motivo de).[5561] En cuanto a la expresión "cualquier otra utilización", según la República Dominicana, no se limita a la utilización de cualquier tipo particular de indicación o signo. Por consiguiente, la utilización potencialmente problemática sometida a disciplinas por el párrafo 2 b) del artículo 22 es la utilización de *cualquier* indicación o signo (con independencia de que ese signo o esa indicación sean o no de por sí una IG) en relación con, o en razón de, IG, no simplemente debido a usos *de* las propias indicaciones geográficas, según sostiene Australia.[5562]

7.2815. En cuanto a la relación del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, la República Dominicana sostiene que, si bien las obligaciones impuestas por el artículo 10*bis* son asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal (párrafo 1) del artículo 10*bis*) y prohibir tres formas específicas de competencia desleal (párrafo 3) del artículo 10*bis*), la parte introductoria del párrafo 2 del artículo 22 establece, con respecto a las indicaciones geográficas, el requisito adicional de arbitrar "los medios legales para que las partes interesadas" puedan impedir la competencia desleal, es decir, de ofrecer un derecho privado de acción. Según la República Dominicana, el artículo 10*bis* en sí mismo no especifica tal derecho privado de acción.[5563]

7.2816. La República Dominicana explica que su análisis relativo al párrafo 2 b) del artículo 22 se apoya en gran parte en el análisis estrechamente relacionado que realizó con respecto al párrafo 1) y al párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París.[5564] En particular, la República Dominicana recuerda que, a los efectos del artículo 10*bis*, un acto puede constituir

[5556] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 208-211.
[5557] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 212 (donde se cita el informe de Winer (Prueba documental UKR-9), párrafo 16).
[5558] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 226.
[5559] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 243.
[5560] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 889.
[5561] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 774 (donde se hace referencia a *Oxford English Dictionary* en línea, definición de "respect, *n*.", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/163779?rskey=uWPnla&result=1&isAdvanced=false&print>, consulta realizada el 9 de septiembre de 2015 (Prueba documental DOM-331)).
[5562] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 774.
[5563] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 49 del Grupo Especial.
[5564] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 881.

competencia desleal con independencia de que ese acto "desleal" se realice voluntariamente o sea impuesto por la ley.[5565]

7.2817. La República Dominicana sostiene que los actos de "competencia contrario[s] a los usos honestos" con respecto a las IG pueden ser actos que induzcan a error en cuanto al origen geográfico de un producto, o que comprendan la utilización de signos que pudieren inducir al público a error sobre las "características" o la "naturaleza" de un producto que estén asociadas con una IG.[5566] La República Dominicana añade que, de conformidad con el párrafo 2 b) del artículo 22, cuando una IG se aplica en relación con un producto, los Miembros de la OMC están, por ello, obligados a arbitrar los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir que agentes privados lleven a cabo actos de competencia desleal relacionados con el origen del producto. Esos actos de competencia desleal incluyen los actos que reduzcan la comprensión de los consumidores acerca de las cualidades, la reputación u otras características esperables en un producto con protección de origen.[5567]

7.2818. La República Dominicana sostiene, refiriéndose a una IG propia, que la incapacidad para utilizar y desarrollar la IG "Cigarro Dominicano" en el mercado australiano hace imposible que los consumidores aprendan a relacionar ese signo con la reputación de cigarros (puros) de alta calidad por la que la República Dominicana es conocida en todo el mundo.[5568] La República Dominicana añade que otros productores son víctimas de competencia desleal en el mercado debido a su incapacidad para utilizar sus IG, y la consiguiente pérdida de capacidad para comunicar las diferencias de calidad que se derivan de ese origen geográfico.[5569]

7.2819. La República Dominicana explica que los párrafos 2 y 3 del artículo 10*bis* del Convenio de París son ambos pertinentes para su alegación al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 2 b) del artículo 22 se refiere a "cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967)". Al referirse de modo general a los "acto[s] de competencia desleal" en el sentido del artículo 10*bis*, el párrafo 2 b) del artículo 22 incorpora el párrafo 2) del artículo 10*bis*, que abarca los actos de competencia que constituyen actos de competencia desleal, así como el párrafo 3) del artículo 10*bis*, que especifica determinados tipos de actos de competencia desleal. A efectos de las alegaciones específicas formuladas por la República Dominicana al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22, el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* describe el tipo concreto de actos de competencia desleal que implican las medidas TPP.[5570]

7.2820. La República Dominicana sostiene que, al prohibir la exposición de IG en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco, Australia compele a actos que equivalen a competencia desleal. Al compeler a la conducta que Australia está obligada a prohibir, las medidas TPP incumplen las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).[5571] La República Dominicana añade que, en su opinión, cuando un Miembro compele a los productores a presentar sus productos sin hacer uso de IG, está prescribiendo "acto[s] de competencia contrario[s] a los usos honestos en materia industrial o comercial" en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).[5572] Según la República Dominicana, tales acciones son particularmente "desleales" porque sirven para perjudicar a una clase de productores (los que han desarrollado IG) en beneficio de una clase diferente de productores (los que no han desarrollado

[5565] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 762. Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 903.

[5566] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 894. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 762.

[5567] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 895. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 763.

[5568] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 885.

[5569] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 886.

[5570] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 50 del Grupo Especial, párrafos 223-224. La República Dominicana aduce, en otras palabras, que "cuando un Miembro compele a los productores a presentar sus productos sin hacer uso de IG, prescribiendo 'acto[s] de competencia contrario[s] a los usos honestos en materia industrial o comercial', en el sentido del artículo 10*bis* del *Convenio de París*. La presentación obligatoria de cigarros (puros) sin IG contribuye a inducir a error a los consumidores". Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 177 del Grupo Especial, párrafo 215 (las cursivas figuran en el original). Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 779.

[5571] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 912.

[5572] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 903.

esas indicaciones).[5573] La República Dominicana sostiene que la presentación obligatoria de los cigarros (puros) sin IG induce a error a los consumidores porque, en general, se les llevará a creer erróneamente que el origen geográfico del producto no conlleva ninguna diferencia para la calidad o las características de los productos.[5574] Además, los competidores no podrán imponer un sobreprecio para los productos premium que de otro modo se etiquetarían con IG.[5575]

7.2821. La República Dominicana sostiene que, debido al uso obligatorio del empaquetado genérico y a la prohibición de utilizar IG, los competidores se ven forzados a utilizar "indicaciones o aseveraciones [que], en el ejercicio del comercio, pu[eden] inducir al público a error sobre la naturaleza ... [o] las características" de los productos de tabaco, en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). A ese respecto, Australia no "arbitra[...] los medios legales para que las partes interesadas" puedan impedir la utilización de designaciones o presentaciones en el empaquetado que constituyan un acto de competencia desleal de ese tipo.[5576]

7.2822. En respuesta al argumento de Australia de que las medidas TPP no prohíben la utilización de IG, la República Dominicana señala que las limitadas excepciones a la prohibición de utilizar IG no socavan los argumentos de la República Dominicana, que se refieren a la competencia desleal resultante de las restricciones impuestas a la utilización de IG en virtud de las medidas TPP, no a la prohibición de utilizar tales indicaciones.[5577] La República Dominicana añade que el uso obligatorio de los nombres de los países en los productos de tabaco agrava en realidad la infracción del párrafo 2 b) del artículo 22.[5578] Al exigir que todos los productores de cigarros (puros) identifiquen sus productos con respecto al país de fabricación únicamente, y no a los elementos adicionales relacionados con las IG, las medidas TPP prescriben el uso de indicaciones que, entre otras cosas, pueden inducir a error en cuanto a las diferentes características de diferentes productos procedentes del mismo país.[5579]

7.2823. En respuesta a Australia, la República Dominicana aclara que no afirma que el párrafo 2 b) del artículo 22 establezca un derecho a utilizar IG. Más bien, este párrafo reconoce a las partes interesadas el derecho, con respecto a las IG, de impedir las utilizaciones por terceros que constituyan actos de competencia desleal.[5580]

7.2824. Cuba hace suyos e incorpora por referencia los argumentos de Honduras y de la República Dominicana.[5581]

7.2825. Cuba sostiene que su alegación al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 "abarca las IG en general, así como la indicación geográfica específica 'Habanos'". En su opinión, la distinción entre las IG en general y una IG específica es irrelevante en el contexto del párrafo 2 b) del artículo 22.[5582] Cuba aduce que, al igual que las marcas comerciales cubanas Clase 34 y la IG Habanos, el Sello de Garantía del Gobierno cubano está protegido por las leyes de marcas y de competencia desleal en los mercados de exportación. Sostiene que este Sello contiene "elementos gráficos o indicaciones geográficas indirectas" como la representación gráfica del escudo nacional de Cuba y la imagen de los campos tabacaleros cubanos donde se aprecia la palma real, árbol nacional de Cuba. Cuba considera que el sello "califica como indicación geográfica ya que su función es garantizar la autenticidad y el origen cubano". Por estas razones, Cuba considera que

[5573] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 904.
[5574] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 905. Véanse también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 883; y la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 778.
[5575] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 908. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 778-779.
[5576] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 780. Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 906 y 912.
[5577] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 768 (donde se responde a un argumento formulado en la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 483). Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 47 del Grupo Especial.
[5578] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 769 y 779.
[5579] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 770. Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 54 del Grupo Especial, párrafo 240.
[5580] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 771 (donde se responde a un argumento formulado en la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 484).
[5581] Véase la información detallada en la nota 5535 *supra*.
[5582] Respuesta de Cuba a la pregunta 45 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

su alegación al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 cubre también el Sello de Garantía del Gobierno cubano.[5583]

7.2826. Cuba sostiene que los artículos 20(1) y 20(2) de la Ley TPP imponen una prohibición general de la pantalla de todas las "marcas" y "marcas de fábrica o de comercio" en el empaquetado para la venta al por menor a menos que estén abarcadas por las tres excepciones previstas en el artículo 20(3), que comprenden i) un "nombre de marca, nombre comercial o una razón social" y un "nombre de la variante" (según se define en el artículo 4(1) de la Ley TPP); ii) "los elementos legislativos prescritos pertinentes"; o iii) "cualquier otra marca de fábrica o de comercio o marca permitida por los reglamentos". El efecto de las prescripciones relativas a la exposición del "nombre de la marca, el nombre comercial, la razón social" y el nombre de la "variante", establecidas en los artículos 20(3)(a) y 21 de la Ley TPP, y en la Sección 2.4 del Reglamento TPP, es que las marcas de fábrica o de comercio solo pueden exponerse en el empaquetado de los productos de tabaco para la venta al por menor en la medida en que cumplan esas prescripciones en lo que se refiere a los caracteres, tipos de letra, mayúsculas o minúsculas, colores, ubicación y tamaño máximo. El artículo 21(4) de la Ley TPP dispone que todos los "elementos legislativos prescritos pertinentes", salvo las advertencias sanitarias, deben estar en conformidad con el Reglamento TPP. En lo que respecta a las "otras marcas de fábrica o de comercio o marcas permitidas por los reglamentos", la Sección 2.3 del Reglamento TPP permite la aparición de ocho categorías de información.[5584] Con respecto a los cigarros (puros), el Reglamento TPP dispone que en ellos solo puede colocarse una única vitola, exige el uso de un color uniforme en las vitolas de los cigarros y permite que figure la información siguiente: i) un nombre de marca, un nombre comercial o una razón social, ii) un nombre de variante, y iii) la información sobre el país de origen, en las vitolas de los puros; también se puede mantener un código alfanumérico en la vitola de los puros. Las medidas TPP exigen que esos signos y esa información se presenten en unos caracteres, tipos de letra, colores y ubicación uniformes, y no excedan de un tamaño máximo en la vitola.[5585]

7.2827. Cuba sostiene que la IG Habanos no está comprendida en los términos de la excepción establecida en el artículo 20(3)(a) de la Ley TPP (para el nombre de la marca, el nombre comercial, la razón social o el nombre de la variante) porque las IG son diferentes de los "nombres de marca", ya que designan un origen geográfico y no una fuente de suministro en particular. Aun cuando el texto "Habanos D.O.P" se aceptase como un nombre de marca, no se permitiría a los exportadores cubanos utilizar, junto a ese nombre, otro nombre de marca, como "Cohiba" o "Partagás", en el empaquetado para la venta al por menor. En efecto, la única información pertinente acerca de los cigarros (puros) cubanos LHM que puede incluirse en el empaquetado para la venta al por menor es la declaración "Hecho en Cuba" referida a los cigarros (puros) y una declaración para indicar que el paquete contiene cigarros (puros) hechos a mano.[5586]

7.2828. Cuba sostiene además que hay una diferencia sustancial entre la información comunicada a los consumidores por la IG Habanos y la información comunicada por la razón social Habanos S.A. No todos los puros exportados por Habanos S.A. pueden ser incluidos en la IG Habanos, indicación reservada para los mejores puros cubanos que cumplan estrictos estándares de calidad.[5587] Incluso si fuese posible mencionar "Habanos S.A." en el empaquetado, lo que, según

[5583] Respuesta de Cuba a la pregunta 56 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial). Cuba facilitó esa respuesta el 28 de octubre de 2015 al contestar a la pregunta 138 del Grupo Especial de 14 de octubre de 2015 por la que se pedía a Cuba que diese respuesta a las preguntas que el Grupo Especial le había dirigido el 11 de mayo de 2015. En su respuesta a la pregunta 87 del Grupo Especial, Cuba sostiene que el Sello de Garantía del Gobierno cubano es también una marca de fábrica o de comercio.

[5584] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 51-54 y nota 32.

[5585] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 64.

[5586] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 68-71. Cuba añade que la IG Habanos no está comprendida en los términos de las excepciones previstas en los artículos 20(3)(b) y 20(3)(c) de la Ley TPP, ya que no hay ninguna prescripción legislativa que establezca que deben exponerse las IG y el Reglamento TPP no permite la exposición de las IG por separado. De modo similar, Cuba sostiene que el Sello de Garantía del Gobierno cubano no está comprendido en la lista limitada de excepciones previstas en el artículo 20(3) de la Ley TPP porque el sello no es un nombre de marca, un nombre comercial, una razón social o un nombre de variante, ninguna prescripción legislativa establece que el sello debe ser utilizado en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco, y el Reglamento TPP no permite el uso del sello en el empaquetado para la venta al por menor por separado. El uso del sello en el empaquetado para la venta al por menor está también prohibido sobre la base de que equivale a un prospecto exterior prohibido.

[5587] Respuesta de Cuba a la pregunta 189 del Grupo Especial.

afirma Cuba, no ocurre[5588], esta mención cubriría una categoría mucho más amplia que la de los puros que pueden ser incluidos en la IG Habanos. Esto mismo es de aplicación a la referencia "Hecho en Cuba", que sería de aplicación a todos los puros cubanos. El texto que aparece actualmente en puros con empaquetado genérico en Australia (esto es, una referencia a Pacific Cigar Company, "hecho en Cuba" y "hecho a mano") no pueden comunicar la misma información sobre el origen y la calidad que la IG Habanos. En su lugar, la combinación de esos términos hace referencia a un grupo de puros mucho más amplio que aquellos que pueden incluirse en la IG Habanos.[5589]

7.2829. Indonesia apoya los argumentos expuestos por otros reclamantes.[5590] En respuesta al argumento del Uruguay de que el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC es pertinente para la interpretación del párrafo 2 b) del artículo 22 y de que la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deben favorecer el bienestar social y económico y no lo contrario[5591], Indonesia añade que son varias las cuestiones relativas al bienestar social y económico que están en juego en esta diferencia. Indonesia sostiene que las repercusiones económicas de permitir que Australia imponga un mercado genérico basado en el criterio de examen menos riguroso que ofrece el sistema de solución de diferencias de la OMC -la simple "conexión racional" con un objetivo legítimo- tendría amplias consecuencias negativas para el bienestar económico de los Miembros de la OMC, incluidos los países menos adelantados.[5592]

7.2830. Australia sostiene que el sentido ordinario del término "*prevent*" ("impedir") es "*stop, hinder, avoid*" (detener, obstaculizar, evitar) o "*forestall or thwart*" (prevenir o contrarrestar).[5593] El sentido ordinario del término "*use*" ("utilización") es "*make use of (a thing), esp. for a particular end or purpose; utilize, turn to account*" (hacer uso de (una cosa), especialmente con determinado fin o propósito; utilizar, sacar provecho de).[5594] Australia añade que la materia cuya "utilización" se "imp[ide]" en el párrafo 2 b) del artículo 22 son las "indicaciones geográficas", como pone de manifiesto el contexto del propio párrafo 2 del artículo 22, es decir, la expresión "[e]n relación con las indicaciones geográficas".[5595] Australia hace referencia a la decisión del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, que rechazó la afirmación de que "la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC... no está limitada a las medidas para proteger las indicaciones geográficas, sino que se extiende a cualquier situación concerniente a las IG".[5596] Australia sostiene que, según sus términos, el párrafo 2 b) del artículo 22 obliga a los Miembros a arbitrar los medios legales para que las partes interesadas puedan "detener" o "prevenir" cualquier "acto de utilización" de una

[5588] Cuba insiste en que, en lugar de la razón social "Habanos S.A.", el nombre que aparece en el empaquetado genérico en Australia es "Pacific Cigar Company", que aparece como la sociedad responsable de la puesta del producto en el mercado australiano (que, en opinión de Cuba, debe contar con un domicilio en Australia conforme a la ley australiana de aplicación). Respuesta de Cuba a la pregunta 189 del Grupo Especial.

[5589] Respuesta de Cuba a la pregunta 189 del Grupo Especial.

[5590] Respuesta de Indonesia a las preguntas 43 a 52 del Grupo Especial. En la nota 5536 *supra* se ofrecen más detalles.

[5591] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 57.

[5592] Respuesta de Indonesia a la pregunta 109 del Grupo Especial.

[5593] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 479 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 2, fragmentos presentados por Australia (Prueba documental AUS-245), página 2341).

[5594] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 479 (donde se hace referencia a *Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 2, fragmentos presentados por Australia (Prueba documental AUS-245), p. 3485).

[5595] Australia añade que "este modo de entender es también compatible con el contexto más amplio de la disposición. Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 22 aclara que la protección prevista en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 22 es 'aplicable *contra toda indicación geográfica* que, aunque literalmente verdadera ... dé al público una idea falsa'". Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 479 (las cursivas figuran en el original).

[5596] Respuesta de Australia a la pregunta 175 del Grupo Especial (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.712: "interpretada en su contexto, la obligación de arbitrar determinados medios legales 'en relación con' indicaciones geográficas establecida en el párrafo 2 del artículo 22 es una obligación de prever la protección de indicaciones geográficas. No parece que la alegación de Australia concierna a la protección de las indicaciones geográficas, sino más bien a la protección de otra materia objeto *contra* la protección de las indicaciones geográficas. En consecuencia, no pone de manifiesto una causa para ejercitar una acción en virtud del párrafo 2 del artículo 22." (El Grupo Especial entiende que el texto citado procede del párrafo 7.714 del informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*).

indicación geográfica que constituya "un acto de competencia desleal" con arreglo al artículo 10*bis* del Convenio de París.[5597]

7.2831. En cuanto a la pertinencia de la interpretación del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) para el modo de entender el párrafo 2 b) del artículo 22, Australia se remite a los argumentos que ha expuesto en relación con las alegaciones de los reclamantes al amparo del artículo 10*bis*, en conjunción con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC. En concreto, Australia recuerda que ha demostrado que la expresión "competencia desleal" se refiere a "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial", y abarca una conducta cuyo objeto es beneficiar a un agente del mercado influyendo en los consumidores sobre la base de representaciones falsas o deshonestas.[5598]

7.2832. En opinión de Australia, el párrafo 2 b) del artículo 22 exige, por lo tanto, que los Miembros arbitren los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir que terceros utilicen falsa o deshonestamente una IG a fin de influir en los consumidores para que compren productos que no son de hecho identificados por esa IG.[5599] Según Australia, la protección prevista en el párrafo 2 b) del artículo 22 es de carácter negativo, lo cual es coherente con el modo de entender según el cual en general el Acuerdo sobre los ADPIC no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos.[5600] Por consiguiente, con objeto de establecer una presunción *prima facie* de infracción del párrafo 2 b) del artículo 22, los reclamantes tendrían que demostrar que Australia no ha arbitrado los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir el uso falso o deshonesto de una IG por un tercero.[5601]

7.2833. En cuanto al modo en que funcionan las medidas TPP en relación con las IG, Australia explica que las medidas permiten el uso de IG en el empaquetado de productos de tabaco y en las vitolas de los puros sueltos, si tales indicaciones son: i) parte del nombre de la marca o de la variante del producto; o ii) el país de origen del producto. Además, se permite la utilización de IG en el empaquetado de productos de tabaco si designan el lugar de empaquetado. Por consiguiente, Australia sostiene, en contra de lo que afirman los reclamantes, que las medidas TPP no tienen el efecto de prohibir la exposición de IG en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco.[5602]

7.2834. Australia sostiene que las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 se basan, una vez más, en la interpretación de una disposición del Acuerdo sobre los ADPIC en el sentido de que incluye un "derecho de uso", cuando tal derecho no existe.[5603] Según Australia, los reclamantes tratan de introducir en el párrafo 2 b) del artículo 22 un derecho positivo de las partes interesadas a hacer uso de las IG para publicitar y promover sus productos de tabaco entre los consumidores y el público general, sobre la base de que no utilizar una IG de esa manera da lugar a una competencia que es "desleal".[5604] Australia recuerda que, al analizar las alegaciones de los reclamantes al amparo del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), ya estableció que las alegaciones de "deslealtad" planteadas por los reclamantes quedan fuera de la definición de "competencia desleal" en el sentido del artículo 10*bis*.[5605]

7.2835. Australia manifiesta además que los reclamantes sostienen que el párrafo 2 b) del artículo 22 prohíbe a los Miembros imponer restricciones a ese supuesto "derecho de uso" positivo.[5606] En opinión de Australia, los argumentos de los reclamantes no están en absoluto

[5597] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 480.
[5598] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 480 (donde se hace referencia al párrafo 499 de esa comunicación).
[5599] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 481.
[5600] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 481 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, párrafo 7.246, y se añade además que esa interpretación del párrafo 2 b) del artículo 22 es compatible con las observaciones de la OMPI y las opiniones de comentaristas respetados).
[5601] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 482.
[5602] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 483 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 912). Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 59 del Grupo Especial.
[5603] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 484.
[5604] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 484.
[5605] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 484, nota 677 (donde se hace referencia a los párrafos 454-457 de esa comunicación).
[5606] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 484.

respaldados por el texto del párrafo 2 b) del artículo 22.[5607] Según Australia, Honduras y la República Dominicana fundamentalmente hacen caso omiso del carácter negativo de la protección otorgada por el párrafo 2 b) del artículo 22, y del hecho de que tal protección se concede a *las partes interesadas* para *impedir* una utilización falsa o deshonesta de las IG por *terceros*. La negativa de un Miembro a *autorizar* la utilización irrestricta de las IG por las partes interesadas no constituye una infracción de esa disposición.[5608]

7.2836. Australia sostiene que ha demostrado que cumple las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, debidamente interpretado, al responder a las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) en conjunción con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5609] Australia aduce que, mediante los mecanismos legales a través de los cuales las partes afectadas pueden impedir actos de competencia desleal u obtener reparación por ellos en Australia, se arbitran los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir la utilización falsa o deshonesta de las IG por terceros. Las medidas TPP no afectan en modo alguno al funcionamiento de esos mecanismos legales.[5610] Australia añade que, incluso si el párrafo 2 b) del artículo 22 se interpretase en el sentido de que exige que los Miembros arbitren los medios legales para impedir el uso de signos e indicaciones (y no solo de IG), los mecanismos legales a través de los cuales Australia ofrece protección contra la competencia desleal no se limitan a las IG y abarcarían también el uso de otros signos e indicaciones. Las medidas TPP de Australia no interfieren en la capacidad de las partes interesadas de impedir representaciones falsas o que induzcan a error u obtener reparación por ellas a través de esas vías legales.[5611]

7.3.7.3 Principales argumentos de los terceros

7.2837. China sostiene que las medidas TPP no parecen infringir el párrafo 2 b) del artículo 22. En primer lugar, lo que debe impedirse con arreglo a ese párrafo es todo uso que constituya un acto de competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). En tanto en cuanto las medidas TPP no son un acto de competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis*, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 b) del artículo 22. En segundo lugar, el párrafo 2 b) del artículo 22 exige que los Miembros arbitren "los medios legales para que las partes interesadas" puedan impedir "cualquier otra utilización" que constituya un acto de competencia desleal. En la medida en que las partes interesadas disponen de medios legales en el ordenamiento jurídico australiano para impedir la utilización falsa, deshonesta o ilegal de las IG por terceros u obtener reparación por esa utilización, y en que las medidas TPP no afectan al funcionamiento de esos mecanismos, los reclamantes no han acreditado *prima facie* que Australia actúe de manera incompatible con el párrafo 2 b) del artículo 22.[5612]

7.2838. Nueva Zelandia indica que está de acuerdo con la interpretación que hace Australia del párrafo 2 b) del artículo 22 y con sus argumentos en relación con esta disposición, y pide al Grupo Especial que rechace las alegaciones pertinentes de los reclamantes.[5613]

7.2839. Singapur sostiene que, en el presente contexto, la cuestión que se plantea es si Australia ha arbitrado los medios legales para impedir los actos prohibidos por el párrafo 2 b) del artículo 22. Si el titular de una IG puede impedir los actos prohibidos mediante el recurso a los medios legales arbitrados por Australia en el marco de su sistema y su práctica jurídicos, no hay infracción del párrafo 2 b) del artículo 22.[5614] Tomando nota de la afirmación de Honduras de que la obligación de arbitrar los medios legales para impedir determinados actos debe, por extensión lógica, impedir también que los Miembros impongan obligatoriamente esos actos a través de sus leyes nacionales, Singapur sostiene que, incluso dando por supuesto, a efectos de argumentación, que pudiera hacerse tal inferencia, las medidas TPP no imponen obligatoriamente actos de competencia desleal por las mismas razones que Singapur mencionó respecto de las alegaciones

[5607] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 485.
[5608] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 485.
[5609] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 486 (donde se hace referencia al párrafo 458 de esa comunicación).
[5610] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 487.
[5611] Respuesta de Australia a la pregunta 175 del Grupo Especial, párrafo 140. Véase también la respuesta de Australia a la pregunta 178 del Grupo Especial.
[5612] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 63.
[5613] Comunicación presentada por nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 14, 15 y 124.
[5614] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 60.

formuladas al amparo del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) en conjunción con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5615] En primer lugar, en relación con la alegación de que las medidas TPP son desleales a causa de su repercusión asimétrica de las medidas en algunos competidores en el mercado en comparación con otros, debido a la imposibilidad de diferenciar los productos propios en ese mercado, Singapur sostiene que el artículo 10*bis* no se refiere a las condiciones del mercado como tales, sino a los actos de deshonestidad comercial que impliquen una representación falsa.[5616] En segundo lugar, las medidas TPP no imponen obligatoriamente actos que inducen a error a los consumidores en cuanto a la naturaleza o las características de los productos de tabaco.[5617] En referencia a la explicación de Australia sobre cómo funcionan las medidas TPP en relación con las IG, Singapur observa que la capacidad de distinguir los productos de tabaco de las diferentes empresas no es suprimida por las medidas TPP por el uso del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social junto con el nombre de la variante en el empaquetado. En este caso, observa Singapur, Australia ha señalado también que las medidas TPP permiten la utilización de IG en el empaquetado de los productos de tabaco y en las vitolas de los cigarros (puros) sueltos, si tales indicaciones son: i) parte del nombre de la marca o de la variante del producto; o ii) el país de origen del producto; además, se permiten IG en el empaquetado de los productos de tabaco si designan el lugar de empaquetado.[5618]

7.2840. El Uruguay sostiene que el derecho conferido en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 se define como un derecho negativo para la protección de las IG contra el uso por parte de terceros. Según el Uruguay, las limitaciones se fundamentan en una medida de política general de salud pública reconocida en los Acuerdos de la OMC y recomendada por el CMCT.[5619]

7.2841. El Uruguay añade que el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC es una disposición pertinente para la interpretación del párrafo 2 b) del artículo 22. En su opinión, el artículo 7 significa que la protección y la observancia de la propiedad intelectual deben favorecer el bienestar social y económico, y no lo contrario. Las políticas de control del tabaco promueven el bienestar social y económico frente a un problema de salud pública que consume importantes recursos en forma de tratamientos de salud y muertes prematuras y que representa un alto costo para la sociedad en su conjunto. Por esa razón, representan también una sólida política económica.[5620]

7.2842. Zimbabwe sostiene que, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 2 b) del artículo 22, las medidas TPP no arbitran ningún medio para impedir la utilización de IG.[5621] Zimbabwe añade que las IG son indicadores importantes del origen geográfico de los productos y de la calidad, la reputación o las características imputables fundamentalmente a su origen. Además, de modo similar a las marcas de fábrica o de comercio, las IG son importantes para que los consumidores puedan distinguir los productos. Zimbabwe aduce que las medidas TPP impiden el uso de IG verbales que no sean el nombre del país, en detrimento de los productores y los consumidores.[5622]

7.3.7.4 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2843. Recordamos que el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, que forma parte del artículo 22 titulado "Protección de las indicaciones geográficas", dispone lo siguiente:

> 2. En relación con las indicaciones geográficas, los Miembros arbitrarán los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir:
>
> ...
>
> b) cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).

[5615] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 60.
[5616] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 61.
[5617] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 62.
[5618] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 62 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 483).
[5619] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 56.
[5620] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 57.
[5621] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 43.
[5622] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 43.

7.2844. La parte introductoria del párrafo 2 del artículo 22 establece una obligación que se aplica "*[e]n relación con las indicaciones geográficas*" (sin cursivas en el original). El sentido corriente de la expresión "*in respect of*" ("en relación con") es "*as regards, as relates to; with reference to*" (en lo relativo a, en lo relacionado con; por lo que se refiere a).[5623] En el párrafo 2 del artículo 22, esta referencia apunta expresa y exclusivamente a una categoría concreta de propiedad intelectual, a saber, las "indicaciones geográficas", cuya protección es el único objeto del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 1 del artículo 22 define las "indicaciones geográficas", a los efectos de lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC, como:

> [L]as que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.

7.2845. En cuanto al alcance de la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 22 de la Parte II del Acuerdo, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* constató en consecuencia que "interpretada en su contexto, la obligación de arbitrar determinados medios legales 'en relación con' indicaciones geográficas establecida en el párrafo 2 del artículo 22 es una obligación de prever la protección de indicaciones geográficas".[5624]

7.2846. La parte introductoria del párrafo 2 del artículo 22 exige que los Miembros arbitren, en relación con las IG, "los medios legales para que las partes interesadas puedan *impedir*" (sin cursivas en el original) determinados usos de las IG que se especifican en los apartados a) y b). En particular, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 22 exige que los Miembros arbitren, en relación con las IG, los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir "cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967)".

7.2847. Recordamos que el párrafo 2 del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) define acto de competencia desleal como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". La formulación de esta definición es suficientemente amplia para abarcar los usos deshonestos en materia industrial y comercial que tengan relación con las IG.

7.2848. En cuanto a los tipos de usos en relación con las IG que pueden constituir un acto de competencia desleal, nos remitimos a nuestro análisis interpretativo general del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5625] Recordamos que hemos concluido que el artículo 10*bis*, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, exige que los Miembros aseguren una protección eficaz contra la competencia desleal. También hemos constatado que, si bien se exige a los Miembros que prohíban los tipos de actos de competencia desleal enumerados en el párrafo 3 del artículo 10*bis*, el alcance de los usos en materia industrial y comercial contra los que los Miembros están obligados a asegurar una protección eficaz debe examinarse en el contexto del sistema jurídico y de las concepciones de lo que constituye un acto contrario a lo que usual o habitualmente se considera veraz, leal y libre de engaño en el mercado nacional de que se trate.[5626]

7.2849. Aunque exige que los Miembros aseguren la protección eficaz contra la competencia desleal, el artículo 10*bis* no dice nada sobre los medios legales específicos que los Miembros pueden elegir para asegurar esa protección eficaz, aparte de exigir la prohibición de los actos

---

[5623] *Oxford English Dictionary* en línea, definición de "*in respect of*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/163779?redirectedFrom=in+respect+of#eid177413195>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5624] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.714 (no se reproduce la nota de pie de página). Véase también la nota 5596 *supra*. Observamos que las partes han introducido matices algo distintos en sus respectivas interpretaciones del significado de la expresión "*in respect of*". Véanse los resúmenes de los principales argumentos de Honduras, la República Dominicana y Australia en los párrafos 7.2802, 7.2813 y 7.2830 *supra*.

[5625] Véase la sección 7.3.6.3.3 *supra*.

[5626] Véase el párrafo 7.2679 *supra*. A ese respecto, observamos que Honduras y la República Dominicana basaron sus alegaciones sobre el apartado b) del párrafo 2 del artículo 22 en sus argumentos relativos a sus alegaciones separadas al amparo del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). Australia hace también referencia a los argumentos que presentó en respuesta a esas alegaciones relativas al artículo 10*bis*.

concretos de competencia desleal identificados en su párrafo 3.[5627] Como se ha señalado[5628], el artículo 10*bis* ha de leerse también en el contexto del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, que dispone que "[l]os Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos". Lo cual deja a cada Miembro libertad para adoptar los métodos apropiados en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos para reprimir cualquier uso deshonesto de ese tipo. No obstante, la parte introductoria del párrafo 2 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, leída conjuntamente con su apartado b), exige específicamente a los Miembros que arbitren, en relación con las indicaciones geográficas, "*los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir*" cualquier utilización que constituya un acto de competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis*. Como señala la República Dominicana, el artículo 10*bis*, en sí mismo, no exige específicamente que un Miembro, al aplicar sus disposiciones, otorgue tal derecho privado de acción a las partes interesadas en el marco de su legislación nacional. Además, la expresión "cualquier otra utilización" aclara que la obligación se refiere específicamente a la prevención de determinadas *utilizaciones* de IG, a saber, todas las que constituirían un acto de competencia desleal.

7.2850. Teniendo presente este modo general de entender la obligación establecida en el párrafo 2 b) del artículo 22, examinamos los argumentos de los reclamantes de que las medidas TPP son incompatibles con esa disposición.

7.2851. Sus alegaciones se refieren a los efectos de las medidas TPP en relación con las IG de todos los productos de tabaco.[5629] Por consiguiente, como cuestión preliminar, examinamos primero cómo funcionan las medidas TPP en relación con la utilización de IG en los productos de tabaco y en su empaquetado para la venta al por menor.

7.2852. Como se ha indicado *supra*[5630], las marcas de fábrica o de comercio y las IG están actualmente protegidas en Australia en virtud de la Ley de marcas de fábrica o de comercio. Con arreglo a esa Ley, un signo que constituya una IG puede registrarse como marca de fábrica o de comercio.[5631] En la medida en que se registran como marcas de fábrica o de comercio en Australia, generalmente las IG se registran como marcas de certificación. Las marcas colectivas también pueden otorgar protección a los signos que sean IG en Australia. Al igual que ocurre con otras marcas de fábrica o de comercio registradas, el titular de una marca de certificación o de una marca colectiva registrada puede presentar una demanda por infracción contra el uso no autorizado de un signo por terceros. Australia también protege las marcas de fábrica o de comercio y las IG al amparo de otras esferas de la legislación australiana, inclusive en virtud de medidas generales de protección de los consumidores frente a las representaciones que inducen a error. La Ley de Competencia y Consumo (CCA) prohíbe con carácter general las prácticas que induzcan a error o sean engañosas en los intercambios comerciales o el comercio. En virtud de la Ley CTD, Australia prohíbe también la importación de cualquier producto que lleve una descripción comercial falsa. Australia también protege a través del "*common law*" la reputación de las empresas mediante el "ilícito civil de imitación fraudulenta", que puede conferir protección adicional frente a representaciones falsas. Las marcas de fábrica o de comercio y las IG no están protegidas *per se* en virtud de este ilícito civil, pero pueden ser probatorias de la existencia de la reputación de un comerciante, y de los daños a esa reputación, en el mercado pertinente.[5632]

[5627] El párrafo 1) del artículo 10*bis* exige que la protección sea "eficaz", y el párrafo 1) del artículo 10*ter* del Convenio de París (1967) añade que "[l]os países de la Unión se comprometen a asegurar a los nacionales de los demás países de la Unión *los recursos legales apropiados* para reprimir eficazmente todos los actos previstos en los Artículos 9, 10 y 10*bis*" (sin cursivas en el original).

[5628] Véanse los párrafos 7.2681 y 7.2682 *supra*.

[5629] Respuesta de Honduras a la pregunta 44 del Grupo Especial; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 44 del Grupo Especial; y respuesta de Indonesia a la pregunta 44 del Grupo Especial. Honduras y la República Dominicana añaden que, en el plano de la realidad comercial, es probable que las IG sean más pertinentes para los puros grandes hechos a mano que para otros productos de tabaco. Cuba sostiene que ha centrado sus alegaciones en los puros grandes hechos a mano.

[5630] Véase la sección 2.3 *supra*.

[5631] Por ejemplo, la IG "Habanos" está registrada como marca de fábrica o de comercio en Australia desde el 16 de abril de 2010. Véase el párrafo 7.2944 *infra*.

[5632] Para más detalles, véase la sección 2.3 *supra*.

7.2853. Como también se ha expuesto *supra*[5633], las medidas TPP regulan la presentación de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas[5634] en los productos de tabaco y su empaquetado para la venta al por menor. En cuanto al funcionamiento de las medidas TPP en relación con las IG, Australia sostiene que las medidas permiten la utilización de IG en el empaquetado de los productos de tabaco y en las vitolas de los cigarros (puros) sueltos, si tales indicaciones son: i) parte del nombre de la marca o de la variante del producto; o ii) el país de origen del producto. Además, se permite la utilización de indicaciones geográficas en el empaquetado de productos de tabaco si designan el lugar de empaquetado.[5635] En el resto de los casos no se permiten las IG en el empaquetado.[5636] Honduras sostiene que las medidas TPP prohíben la exposición de una IG que consista en un signo no verbal; o una IG que consista íntegramente en un término no topográfico (que no sea también el nombre de la marca o de la variante) o un nombre topográfico distinto del país de origen (y que no sea también el nombre de la marca o de la variante).[5637] La República Dominicana entiende que las medidas TPP prohíben la exposición en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco de indicaciones que no sean palabras (es decir, IG figurativas), y de palabras que puedan considerarse IG en la medida en que i) no formen parte del nombre de la marca o de la variante, y ii) consistan en algo que no sea un nombre de país. Además, las medidas TPP limitan el uso de IG que consistan a la vez en palabras e imágenes (similares a las marcas de fábrica o de comercio "compuestas"), al desautorizar el uso de tales imágenes, limitan el uso de palabras que reúnan las condiciones para ser consideradas IG y que puedan utilizarse como nombres de marca o de variante o simplemente consistan en el nombre del país, debido a las prescripciones TPP relativas al formato.[5638] Cuba e Indonesia hacen suyas las explicaciones de Honduras y la República Dominicana expuestas más arriba.[5639]

7.2854. Entendemos que las partes convienen en que las medidas TPP prohíben el uso en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco de todo elemento estilizado o figurativo contenido en una IG o todo signo figurativo que constituya una IG. Asimismo entendemos que las partes están de acuerdo en que las medidas TPP permiten el uso de una palabra que constituya una IG en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y en las vitolas de los cigarros (puros) en la medida en que esa palabra sea parte del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o del nombre de la variante del producto de tabaco[5640], a condición de que aparezca en la forma establecida en el Reglamento TPP. Observamos que ni el artículo 4 ni el artículo 20(3) de la Ley TPP definen el término "nombre de la marca".[5641] En particular, y a juzgar por sus propios términos, la Ley TPP, al permitir el uso del "nombre de la marca", no distingue entre nombres de marcas que estén compuestos de una sola palabra o de

[5633] Véanse las secciones 2.1.2.3.3 y 2.1.2.4 *supra*.

[5634] La definición de "marca" se formula en el artículo 4 de la Ley TPP en los términos siguientes: "(a) incluye (sin limitación) cualquier línea, letra, cifra, símbolo, gráfico o imagen; pero (b) (salvo cuando se refiere a una marca de fábrica o de comercio) no incluye una marca de fábrica o de comercio". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1).

[5635] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 483. Australia añade que el artículo 2.3.1(c) del Reglamento TPP permite incluir una declaración con la "*descripción comercial*" en el empaquetado primario y secundario, y el artículo 2.3.4 del Reglamento establece el formato de esa declaración. Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.3.1 y 2.3.4. De conformidad con el Reglamento CI, los productos importados deben llevar una "descripción comercial" con el nombre del país de fabricación o producción del producto y la descripción exacta del producto. Véase el Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículos 7 y 8. Véanse también la Ley CTD (Prueba documental AUS-248); y la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 483, nota 675. Australia observa que la utilización de nombres de países en los productos de tabaco es un requisito impuesto por otros instrumentos legislativos anteriores a la introducción de las medidas TPP, y que estas medidas simplemente establecen el formato en que se presenta esa información. Observaciones de Australia sobre la respuesta de la República Dominicana a las preguntas 174 y 177 del Grupo Especial.

[5636] Respuesta de Australia la pregunta 59 del Grupo Especial.

[5637] Respuesta de Honduras a la pregunta 47 del Grupo Especial.

[5638] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 47 del Grupo Especial.

[5639] Respuestas de Cuba e Indonesia a la pregunta 47 del Grupo Especial. No obstante, Cuba sostiene que la exposición de la IG específica "Habanos" está prohibida. La cuestión se examina en el párrafo 7.2855 *infra*.

[5640] Véanse el artículo 20(3)(a) de la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1) y el artículo 3.2.1(3)(a) del Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2).

[5641] Aunque la Ley TPP no define la expresión "nombre de la marca", observamos que el Reglamento CI dispone que "en este reglamento, a menos que se exprese una intención en contrario: ... por ***marca*** se entiende cualquier marca, dispositivo, nombre, palabra, letra, número o símbolo y cualquier combinación de dos de esos elementos o más". Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 5(1). (las cursivas y las negritas figuran en el original)

múltiples palabras, ni en función de si esa o esas palabras están protegidas como marca de fábrica o de comercio, como IG o ambas, o no están protegidas por ninguna forma de derecho de propiedad intelectual en Australia. Observamos, además, que la definición de "nombre de la variante" formulada en el artículo 4(1) de la Ley TPP es restrictiva, por lo que resulta poco probable que la mayoría de las IG estén comprendidas en ella.[5642] Cuando una IG es el propio nombre del país de origen del producto, también está permitida su utilización, en la forma prescrita por las medidas TPP, en el empaquetado para la venta al por menor de los productos de tabaco[5643] y en las vitolas de los cigarros (puros).[5644]

7.2855. Cuba especifica que con respecto a los productos abarcados por su alegación al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22, considera que las medidas TPP en algunos casos prohíben y en otros restringen el uso de IG, dependiendo del tipo de IG. Sin embargo, Cuba afirma que, en el caso específico de la IG "Habanos", se trata de una prohibición total.[5645] Cuba sostiene que ello se debe a que la IG "Habanos" no está comprendida entre los usos permitidos de marcas de fábrica o de comercio y otras marcas previstos en el artículo 20(3)(a) de la Ley TPP como nombre de marca, nombre comercial, razón social o nombre de variante, ya que las IG son diferentes de los "nombres de marca" porque designan un origen geográfico, y no una fuente de suministro en particular.[5646] Cuba añade que, aun cuando el texto "Habanos D.O.P" se aceptase como un nombre de marca, no se permitiría a los exportadores cubanos utilizar, junto a ese nombre, otro nombre de marca, como "Cohiba" o "Partagás".[5647] Honduras añade que, en la medida en que una IG sea total o solo parcialmente "coincidente" con el nombre de la marca o la variante, su exposición puede restringirse.[5648]

[5642] En el artículo 4(1) de la Ley TPP se define el "nombre de la variante" en los términos siguientes: "por *nombre de la variante* de un producto de tabaco se entiende el nombre utilizado para distinguir esa clase de producto de tabaco de otros productos de tabaco que se comercializan con el mismo nombre de marca, nombre comercial o razón social, haciendo referencia a una o varias de las características siguientes: a) que contengan o no mentol; b) que estén aromatizados de otro modo; c) que pretendan diferenciarse en intensidad; d) que tengan o no filtros o filtros de imitación de corcho; e) que tengan diferente longitud o masa."

[5643] La Ley TPP permite la aparición en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco de "los elementos legislativos prescritos pertinentes" (artículo 20(3)(b)), a condición de que cumplan las prescripciones establecidas por el reglamento (artículo 21(4)). La definición que da el artículo 4 de la Ley TPP de "elemento legislativo prescrito pertinente" incluye "una descripción comercial", que, a su vez, se define como "cualquier descripción comercial cuya presentación se exija en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco en virtud de reglamentos adoptados en el marco de la *Ley de Comercio (Descripciones Comerciales) de 1995*". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1). Véanse también el artículo 2.3.1(c) y el artículo 2.3.4 del Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2). El Reglamento CI, que, según sus propios términos, se "elaboró en el marco de la Ley de Comercio (Descripciones Comerciales) de 1995", dispone que la "descripción comercial contendrá, en caracteres destacados y legibles: (i) el nombre del país en el que se fabricaron o produjeron los productos". Esa prescripción se aplica específicamente a los "cigarros (puros), los cigarrillos, el tabaco manufacturado, el papel de liar y los tubos de cigarrillos", y se prohíbe la importación de tales productos en Australia "a menos que en ellos figure una descripción comercial conforme con el presente reglamento". Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), portada y artículos 8(c)(i) y 7(1) n). Véase también la Ley CTD (Prueba documental AUS-248), artículo 7(1).

[5644] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.2.1(3) b).

[5645] Respuesta de Cuba a la pregunta 47 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5646] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 68-71. Observamos que la palabra "Habanos" está registrada en Australia como marca de fábrica o de comercio compuesta. Véase la primera comunicación escrita de Cuba, anexo 1, parte 1, número 19. Véase también el párrafo 7.2944 *infra*. Cuba no niega que las palabras contenidas en las marcas de fábrica o de comercio compuestas puedan utilizarse como nombres de marca con arreglo a las medidas TPP. Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 307.

[5647] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 68-71. Observamos que, en su respuesta a la pregunta 44 del Grupo Especial, Cuba se refiere a "Cohiba" como ejemplo de IG de los fabricantes de tabaco cubanos. Sin embargo, Cuba no niega que "Cohiba" pueda utilizarse como nombre de marca con arreglo a las medidas TPP. En su respuesta a las preguntas 87 y 167 del Grupo Especial y en el párrafo 31 de sus observaciones sobre la respuesta de Australia a las preguntas 166, 170 y 204 del Grupo Especial, Cuba se refiere a "Cohiba" como marca de fábrica o de comercio. Cuba enumera "Cohiba" y "Partagás" como marcas comerciales cubanas de la Clase 34 en su primera comunicación escrita, anexo 1, parte 1, Nº 6 y Nºs 32 y 33, respectivamente.

[5648] Respuesta de Honduras a la pregunta 47 del Grupo Especial.

7.2856. Observamos que no se discute que las medidas TPP prohíben la exposición de la etiqueta de la IG "Habanos" con sus elementos figurativos descritos en la figura 20 *infra*.[5649] Sin embargo, no estamos convencidos de que Cuba haya establecido que las medidas TPP prohíban el uso de la palabra "Habanos" en la medida en que sea parte del nombre de la marca.[5650] Como hemos señalado más arriba, ni el artículo 4 ni el artículo 20(3) de la Ley TPP definen la expresión "nombre de la marca"[5651] y, tal como está redactada, la ley TPP no determina qué palabra o palabras puede elegir un competidor como su nombre de marca. A ese respecto, las partes no han establecido de qué modo creen que las medidas TPP restringen la libertad de un competidor para elegir el nombre que utilizará como nombre de marca para sus productos, ni las repercusiones que esas medidas pueden tener en situaciones en las que una palabra consistente en una indicación geográfica se utilice total o parcialmente junto con otra palabra usada como nombre de marca. En particular, no tenemos pruebas de que la expresión "nombre de la marca" deba interpretarse con arreglo a la legislación nacional australiana en el sentido de excluir una combinación de palabras. A ese respecto, observamos que, si bien la ley TPP no define la expresión "nombre de la marca", el *Reglamento de Comercio (Importaciones) de 1940* (Cth) (Reglamento CI) dispone que "en este reglamento, a menos que se exprese una intención en contrario: ... por *marca* se entiende cualquier marca, dispositivo, nombre, palabra, letra, número o símbolo y cualquier combinación de dos de esos elementos o más".[5652]

7.3.7.4.1 La cuestión de si las medidas TPP entrañan competencia desleal al crear condiciones no equitativas de competencia respecto de las IG

7.2857. En el contexto de su alegación al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, Honduras se ha remitido a su interpretación del concepto de competencia desleal en el marco de sus alegaciones separadas relativas al artículo 10*bis*, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, y ha sostenido que el artículo 10*bis* puede infringirse como resultado de una reglamentación gubernamental que tenga una repercusión asimétrica en los competidores y que Australia ha incumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 porque, entre otras cosas, las medidas TPP han deformado las condiciones de competencia.[5653] Honduras, sin embargo, ha aclarado que no sostiene que las leyes o los reglamentos gubernamentales constituyan actos de competencia desleal, sino que los correspondientes actos de competencia desleal son actos de particulares.[5654]

7.2858. A ese respecto, recordamos que, en el contexto de nuestro análisis con arreglo al artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), incorporado mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, hemos determinado que un acto de competencia desleal se define en el párrafo 2) del artículo 10*bis* como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en

[5649] Observamos ciertas variaciones en la terminología utilizada por las partes. Cuba alega también que las medidas TPP infringen el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 porque "prohíben el uso de la *IG Habanos*". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 427 (sin cursivas en el original). En ese contexto, Cuba explica que "la *IG Habanos es una 'etiqueta' o 'inscripción'*". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 420 (sin cursivas en el original). En su respuesta, Australia explica que, a su entender, Cuba sostiene que "la *etiqueta 'Habanos'* no puede ya exponerse". Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 744 (sin cursivas en el original). En ese contexto, Australia se refiere indistintamente a "la prohibición de utilizar la *etiqueta 'Habanos'*" (primera comunicación escrita de Australia, párrafo 753; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 581) (sin cursivas en el original); "la supresión de la *marca 'Habanos'*" (segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 594) (sin cursivas en el original); y "la prohibición de utilizar la marca 'Habanos'" (segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 588). Australia aclara que "se prohíbe utilizar la marca 'Habanos' en el empaquetado del tabaco si no forma parte del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social o del nombre de la variante del producto". Segunda comunicación escrita de Australia, nota 644. Entendemos que esas referencias de Australia a la prohibición de la "etiqueta" o "marca" "Habanos" se refieren a la indicación geográfica compuesta "Habanos", o la etiqueta "Habanos", incluidos sus elementos figurativos, tal como se presentan en la figura 20 *infra*, lo que no está en contradicción con la posición de Australia de que las medidas TPP no prohíben el uso de la palabra "Habanos" si es parte del nombre de la marca.

[5650] Cuba también pone en duda que el nombre de la compañía "Habanos S.A." pueda exponerse en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco, y añade que, incluso si fuese posible mencionar el nombre de esa compañía, esa mención cubriría una categoría mucho más amplia que la de los puros que pueden ser incluidos en la IG Habanos. Respuesta de Cuba a la pregunta 189 del Grupo Especial.

[5651] Véase el párrafo 7.2854 *supra*.

[5652] Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 5(1). (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las negritas)

[5653] Véanse los párrafos 7.2802-7.2804 *supra*.

[5654] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 391.

materia industrial o comercial". Según se ha indicado, entendemos que las expresiones "competencia" y "acto de competencia", en el contexto de "materia industrial o comercial", se refieren a un acto realizado por un agente del mercado para competir con otros agentes en el mercado.[5655] Por consiguiente, la expresión "acto de competencia" no comprende, en nuestra opinión, las leyes y otros instrumentos que un Miembro adopte para reglamentar el mercado, o el marco normativo general en el que funciona el mercado.[5656] Como resultado, también hemos constatado que las medidas TPP en sí mismas no constituyen un acto de competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).[5657] De conformidad con esa constatación, constatamos también que la expresión "un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967)" que figura en el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC no comprende las leyes y otros instrumentos que un Miembro adopte para reglamentar el mercado, o el marco normativo general en el que funciona el mercado. Por consiguiente, las medidas TPP en sí mismas no constituyen "un acto de competencia desleal" a que se hace referencia en el párrafo 2 b) del artículo 22.

7.2859. Honduras ha aducido también que Australia no arbitra los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir el uso que constituya un acto de competencia desleal con arreglo al párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, entre otras cosas, porque, de conformidad con las medidas TPP, las IG existentes no pueden utilizarse, y los futuros titulares de posibles IG no pueden desarrollar y establecer esas indicaciones.[5658] De modo similar, la República Dominicana ha sostenido que los productores son objeto de competencia desleal en el mercado, porque no pueden utilizar sus IG.[5659] Australia ha respondido que la protección prevista en el párrafo 2 b) del artículo 22 es de carácter negativo, y no prevé que se conceda un derecho positivo a utilizar una indicación geográfica.[5660] En su respuesta, la República Dominicana ha aclarado que no afirma que el párrafo 2 b) del artículo 22 establezca un derecho de uso de las indicaciones geográficas; más bien, ese párrafo otorga a las partes interesadas, en relación con las IG, el derecho de impedir las utilizaciones por terceros que constituyan actos de competencia desleal.[5661] De modo similar, Honduras ha aclarado que no afirma que exista un "derecho de uso". Más bien sostiene que la presentación uniforme del empaquetado requerida por las medidas TPP transmite a los consumidores la impresión errónea de que todos los productos de tabaco de todos los orígenes geográficos son el mismo producto y tienen las mismas características[5662], y que esa percepción, con su consiguiente repercusión en la competencia, no es "leal", porque va en detrimento de los titulares de IG existentes, que han invertido tiempo y recursos para establecerlas, y de los futuros titulares de posibles indicaciones geográficas, que no podrán desarrollar y establecer IG en el mercado australiano.[5663]

7.2860. Convenimos con las partes en que el párrafo 2 b) del artículo 22 obliga a los Miembros a arbitrar, en relación con las indicaciones geográficas, los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir las utilizaciones por terceros que constituyan actos de competencia desleal. Recordamos que la parte introductoria del párrafo 2 del artículo 22 obliga a los Miembros a arbitrar, en relación con las indicaciones geográficas, "los medios legales para que las partes interesadas puedan *impedir*" (sin cursivas en el original) determinadas utilizaciones de las indicaciones geográficas que se especifican en los apartados a) y b). El sentido corriente del verbo "*prevent*" (impedir) es "*to preclude, stop, or hinder*" (excluir, detener u obstaculizar) o "*to stop, keep, or hinder (a person or thing) from doing something*" (imposibilitar, frenar o dificultar (que una persona o cosa) haga algo).[5664] Por consiguiente, los Miembros están obligados a arbitrar, de conformidad con el párrafo 2 b) del artículo 22, los medios legales para que las partes interesadas puedan "impedir", es decir, detener u obstaculizar, en relación con las IG, cualquier utilización que

[5655] Véase el párrafo 7.2665 *supra*.
[5656] Véase el párrafo 7.2698 *supra*. Esta opinión se entiende sin perjuicio de la cuestión de las circunstancias en las que puede considerarse que el propio Miembro compite como agente del mercado en el mercado, cuestión que no se ha planteado en la presente diferencia.
[5657] Véase el párrafo 7.2699 *supra*.
[5658] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 781 y 782.
[5659] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 886.
[5660] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 481.
[5661] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 771.
[5662] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 419.
[5663] Véanse los párrafos 7.2807-7.2811 *supra*.
[5664] Oxford English Dictionary en línea, definición de "*prevent*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/151073?rskey=CZwcU6&result=2#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017 (las cursivas figuran en el original).

constituya un acto de competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). En consecuencia, el párrafo 2 b) del artículo 22 no confiere a las partes interesadas un derecho positivo a utilizar indicaciones geográficas.

7.2861. Como se ha indicado *supra*, Honduras sostiene que las medidas TPP dan lugar a una percepción, con su consiguiente repercusión en la competencia, en detrimento de los titulares de IG existentes y posibles IG futuras que no es "leal".[5665] Este argumento se centra en las propias medidas TPP como intervención reglamentaria, y en la cuestión de si el entorno reglamentario resultante puede considerarse desleal, y no en los actos de competencia llevados a cabo por los agentes del mercado. Como se indica *supra*, Honduras ha aclarado, no obstante, que no aduce que las leyes o reglamentaciones gubernamentales constituyan actos de competencia desleal. Más bien, los correspondientes actos de competencia desleal siguen siendo actos de particulares.[5666] Recordamos la constatación que hemos formulado *supra* de que las medidas TPP en sí mismas no constituyen un "acto de competencia desleal", a que se refiere el párrafo 2 b) del artículo 22.[5667] En consecuencia, no examinamos más a fondo si las medidas TPP en sí mismas como intervención reglamentaria, o el entorno normativo resultante de la restricciones que las medidas imponen a la utilización de las IG y sus elementos figurativos, son o no "leales".

7.3.7.4.2 La cuestión de si las medidas TPP compelen a actos por parte de los participantes en el mercado, en relación con las IG, que constituyan actos de competencia desleal que Australia está obligada a prohibir

7.2862. Los reclamantes sostienen que las medidas TPP compelen a los participantes en el mercado a realizar los tipos de actos de competencia desleal enumerados en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967).[5668] Alegan que Australia, al obrar así, incumple las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). Observamos que el argumento de los reclamantes de que Australia no arbitra, de conformidad con el párrafo 2 b) del artículo 22, los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir cualquier utilización que constituya uno de los tipos de actos de competencia desleal enumerados en el párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* son semejantes a los argumentos que han formulado en sus alegaciones al amparo del propio párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, salvo que los argumentos se centran específicamente en cualquier utilización, en relación con las IG, que constituya un acto de competencia desleal.

7.2863. En primer lugar consideraremos si las medidas TPP obligan a los agentes del mercado a participar, en relación con las IG, en actos de competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), respecto de los cuales Australia está obligada, en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, a arbitrar los medios legales para que las partes interesadas puedan impedirlos. Si constatamos que las medidas TPP compelen a los agentes del mercado a realizar, en relación con las IG, tales actos de competencia desleal, examinaremos después si, al compeler a esos actos, Australia no arbitra los medios legales para que las partes interesadas puedan impedirlos, en infracción de lo dispuesto en el párrafo 2 b) del artículo 22.

7.2864. Honduras sostiene que las restricciones TPP al uso de IG, es decir, la restricciones a la forma en que pueden exponerse y la presentación comercial uniforme, no solo no impiden, sino que prescriben una situación en la que el efecto combinado de actos realizados por agentes privados crea condiciones de competencia desleal.[5669] La República Dominicana aduce que, debido al uso prescrito del empaquetado genérico y a la prohibición de utilizar IG, los competidores se ven obligados a utilizar indicaciones que pudieran inducir a error al público en cuanto a la naturaleza o

[5665] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 420.
[5666] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 391.
[5667] Véase el párrafo 7.2699 *supra*.
[5668] Observamos que Honduras y la República Dominicana no ponen en entredicho los medios legales preexistentes mediante los cuales Australia ha cumplido las obligaciones que le impone el artículo 10*bis.* Australia ha resumido la forma en que cumple las obligaciones que le impone el artículo 10*bis* en su primera comunicación escrita, párrafos 458 y 459. Véanse también los párrafos 2.89-2.93 *supra*, en los que se describen las medidas generales de protección de los consumidores frente a las representaciones que induzcan a error en Australia.
[5669] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 419.

las características de los productos de tabaco.[5670] En opinión de la República Dominicana, en general se llevará a los consumidores a creer erróneamente que el origen geográfico del producto no conlleva ninguna diferencia para la calidad o las características de los productos, y los competidores no podrán imponer un sobreprecio para los productos premium que, de otro modo, se etiquetarían con IG.[5671] La República Dominicana añade que las limitadas excepciones a la prohibición de utilizar IG no socavan sus argumentos, que se refieren a la competencia desleal resultante de las restricciones impuestas a la utilización de IG en virtud de las medidas TPP.[5672] Australia responde que los argumentos de los reclamantes no están en absoluto respaldados por el texto del párrafo 2 b) del artículo 22, y hacen caso omiso tanto del carácter negativo de la protección otorgada por el párrafo 2 b) del artículo 22 como del hecho de que tal protección se concede a las partes interesadas para impedir una utilización falsa o deshonesta de las IG por terceros; la negativa de un Miembro a autorizar la utilización irrestricta de las IG por las partes interesadas no constituye una infracción de esa disposición.[5673]

7.2865. Entendemos que, en esencia, los reclamantes alegan que el acto de vender un producto de tabaco de conformidad con las medidas TPP equivale a un acto de competencia desleal con arreglo al artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), en particular, a una indicación o aseveración en el sentido de su párrafo 3) 3, ya que un agente del mercado, al vender ese producto de conformidad con las restricciones TPP sobre la utilización de IG como parte del empaquetado y la presentación uniforme del empaquetado y el producto que exigen las medidas TPP, hará, al menos en algunos casos, una indicación o aseveración que pudiere inducir al público a error en cuanto al origen geográfico de ese producto o a las características del producto imputables a ese origen geográfico.

7.2866. Los reclamantes no han identificado indicaciones o aseveraciones específicas exigidas por las medidas TPP en relación con las IG que pudieren inducir al público a error en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*. Como hemos constatado en el contexto de nuestro análisis en el marco del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*[5674], no excluimos que una *omisión* de información pueda equivaler a una indicación o aseveración que pudiere inducir a error, en caso de que tal omisión, en el curso del comercio, engañe al consumidor dando información incorrecta o una impresión falsa. Sin embargo, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que la ausencia de una IG o sus elementos figurativos en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor o los productos de tabaco como resultado de las medidas TPP equivalga a una indicación o aseveración que pudiere inducir a error a los consumidores en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*. En particular, no estamos convencidos de que esa ausencia induciría a error a los consumidores dando información incorrecta o impresiones falsas, o creando determinadas expectativas incorrectas en la mente de los consumidores acerca de la naturaleza, el proceso de fabricación o las características del producto, sean estas semejantes o diferentes a las características de otros productos similares presentes en el mercado.

7.2867. Recordamos a este respecto que, como se ha expuesto *supra*[5675], las medidas TPP permiten el uso de un término que constituya una IG en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y en las vitolas de los cigarros (puros) en la medida en que sea parte del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, a condición de que la indicación geográfica aparezca en el formato prescrito por el Reglamento TPP. La utilización de una IG como nombre de marca, o como nombre comercial o razón social, con sujeción a las restricciones TPP, permite, por lo tanto, a los competidores identificar el origen geográfico del producto de tabaco, lo que a su vez hace posible que los consumidores relacionen ese producto con una calidad, una reputación u otras características determinadas que sean imputables fundamentalmente a su origen geográfico. Además, los reclamantes no han tratado de demostrar que los consumidores, como resultado de la restricciones TPP a la utilización de IG, hayan sido, de hecho, inducidos a error, o hayan sido incapaces de identificar el origen geográfico del producto, incluidas las características imputables fundamentalmente a ese origen.

[5670] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 780.
[5671] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 908. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 778 y 779.
[5672] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 768. Véase también la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 47 del Grupo Especial.
[5673] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 484 y 485.
[5674] Véase el párrafo 7.2752 *supra*.
[5675] Véase el párrafo 7.2854 *supra*.

7.2868. Asimismo, observamos que *todos* los competidores del mercado australiano tienen que cumplir las mismas prescripciones relativas al empaquetado normalizado del tabaco, y lo hacen en el contexto de una política general de larga data y un entorno de educación del público sobre la cuestión.[5676] No estamos convencidos de que la similitud del aspecto externo de los productos y su empaquetado pueda inducir a los consumidores a creer erróneamente que todos los productos de tabaco competidores tienen unas características o una procedencia idénticas, cuando esa similitud es resultado de una intervención reglamentaria dada a conocer ampliamente y no refleja una decisión comercial adoptada por los agentes del mercado para presentar los productos como si tuvieran características idénticas. Asimismo, las limitaciones impuestas a la exhibición de esos productos y al acceso material a los mismos apuntan a que, cuando tomen una decisión sobre la compra, los consumidores recurrirán normalmente a otras fuentes de información acerca del producto y no se basarán exclusivamente en el empaquetado o la vitola del propio producto.

7.2869. Habida cuenta de lo anterior, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que el público podría ser inducido a error acerca de las características del producto en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* en relación con las IG como resultado de la prescripción de presentar los productos de tabaco para la venta al por menor en una forma normalizado en virtud de las medidas TPP. En consecuencia, tampoco estamos convencidos de que las acciones emprendidas por los agentes del mercado para cumplir las prescripciones reglamentarias de las medidas TPP constituyan actos de competencia desleal equivalentes a indicaciones o aseveraciones cuyo empleo pudiere inducir al público a error en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* en relación con las IG.[5677]

7.2870. Por consiguiente, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP compelan a los agentes del mercado a participar en actos de competencia desleal que equivaldrían a indicaciones o aseveraciones que puedan inducir a error en el sentido del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) en relación con las IG.[5678] En consecuencia, constatamos asimismo que los reclamantes no han demostrado que Australia, al mantener estas medidas, no arbitre los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir tales actos en relación con las IG, en infracción del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2871. Observamos que las partes han presentado argumentos relativos al alcance de la definición de IG contenida en el párrafo 1 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, incluido el argumento de Cuba de que el Sello de Garantía del Gobierno cubano reúne las condiciones para ser considerado una IG. Habida cuenta de las constataciones que hemos formulado en los párrafos 7.2860 y 7.2870 *supra*, no consideramos necesario examinar los argumentos de las partes relativos al alcance de la definición de IG y si el Sello de Garantía del Gobierno cubano está o no protegido como una IG en Australia.

7.3.7.5 Conclusión

7.2872. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC.

[5676] Véase el párrafo 7.2721 *supra*.

[5677] Como también hemos observado en el párrafo 7.2763 *supra* en el contexto del párrafo 3) 3) del artículo 10*bis*, uno de los objetivos de las medidas TPP es suprimir los elementos de diseño de las marcas a fin de reducir la capacidad del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco de inducir a error a los consumidores, a través de esos elementos, respecto de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco. Al mismo tiempo, las medidas prevén la utilización de los nombres de la marca y de la variante y del país de origen, lo que permite a los consumidores identificar el producto en cuestión y relacionarlo con un origen determinado. Por consiguiente, el funcionamiento de las medidas tiene en cuenta tanto el interés del consumidor en no ser inducido a error respecto de los efectos nocivos del hábito de fumar, que no se discute, como el interés del consumidor en no ser inducido a error respecto de las características del producto. En ese contexto, tampoco estamos convencidos de que la uniformidad del aspecto del empaquetado del tabaco para la venta al por menor y de los productos de tabaco como resultado de las medidas TPP, incluida la supresión de los elementos de diseño distintivos que no sean los nombres de la marca y de la variante, tenga el efecto de inducir a error a los consumidores en relación con las IG.

[5678] Recordamos también que los actos enumerados en el párrafo 3) 3 son ejemplos de los actos de competencia desleal definidos en el párrafo 2 del artículo 10*bis*. A ese respecto, según hemos indicado en el párrafo 7.2792 *supra*, no estamos convencidos de que el simple acto de colocar en el mercado productos que cumplan las prescripciones reglamentarias establecidas en las medidas TPP equivaldría a un acto de competencia contrario a los usos comerciales honestos.

7.3.8 Párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.2873. Ahora pasaremos a analizar las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, que dispone lo siguiente:

> Al aplicar esta Sección, ningún Miembro reducirá la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.[5679]

7.2874. Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia (por referencia)[5680] alegan que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC. Más concretamente, Honduras y la República Dominicana sostienen que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 24 porque reducen la protección de las IG que existía en Australia inmediatamente antes del 1º de enero de 1995.[5681] Cuba sostiene que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 24 porque reducen el nivel de protección que Australia otorgaba a la IG "Habanos" tras haber suprimido la capacidad de los exportadores cubanos de colocar esa IG en las exportaciones de cigarros (puros) LHM a partir del 1º de diciembre de 2012.[5682]

7.2875. Australia pide al Grupo Especial que rechace esas alegaciones en su totalidad.

7.3.8.1 Principales argumentos de las partes

7.2876. Honduras sostiene que la definición de "IG" contenida en el párrafo 1 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC no se limita a las palabras y puede, en principio, abarcar cualquier cosa que identifique un producto como originario de un territorio, una región o una localidad determinados. Por consiguiente, el término "indicación" comprende elementos de diseño, logotipos, símbolos, imágenes y, posiblemente, colores. Incluso una palabra que no sea, *a priori*, un nombre topográfico puede constituir una IG. La cuestión de si un signo o una palabra determinados funcionan o no como una IG depende de la legislación nacional y la percepción de los consumidores. El uso continuado de las IG, con el consiguiente refuerzo a ojos de los consumidores, es esencial para que la protección sea eficaz.[5683]

7.2877. Honduras sostiene que el párrafo 3 del artículo 24 es una disposición de *statu quo* cuya finalidad es impedir que los Miembros de la OMC reduzcan el nivel de protección que otorgaban a las IG antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, cuando ese nivel exceda del estándar mínimo de protección previsto en el Acuerdo sobre los ADPIC.[5684]

7.2878. Honduras aduce que el sentido de la expresión introductoria "[a]l aplicar esta Sección" es que "toda medida que repercuta en las IG o el sistema de protección de las IG afecta a la 'aplicación' de la Sección 3 sobre la protección de las indicaciones geográficas".[5685] Honduras

---

[5679] La expresión "esta Sección" se refiere a la Sección 3, titulada "Indicaciones geográficas".

[5680] En su primera comunicación escrita, Indonesia indica que "apoya los argumentos presentados por la República Dominicana y Ucrania con respecto a ... el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 ..." Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 462. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia aclara que la referencia a Ucrania, que no ha formulado alegaciones al amparo del párrafo 3 del artículo 24, se debió a un error tipográfico. En cambio, "Indonesia apoya las alegaciones de la República Dominicana, Honduras y Cuba". Respuesta de Indonesia a la pregunta 57 del Grupo Especial. En respuesta a preguntas del Grupo Especial, Indonesia aclara que apoya las alegaciones legales formuladas por otros reclamantes "sin plantear hechos o argumentos adicionales con respecto a las IG". Respuesta de Indonesia a las preguntas 43 a 52 del Grupo Especial.

[5681] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 938; y declaración final de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 15. Véase también la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 932.

[5682] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 365.

[5683] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 740-743.

[5684] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 738.

[5685] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 430.

añade que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* aclaró el significado exacto de esa frase.[5686]

7.2879. Honduras aduce que el término "protección" se refiere a la "defensa" o el "apoyo", "asistencia" o al acto de "mantener en seguridad" que los Miembros de la OMC proporcionan a las IG en el marco de sus legislaciones nacionales.[5687] En opinión de Honduras, la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC constituye el contexto para entender el término "protección" empleado en el párrafo 3 del artículo 24. Honduras mantiene que, con arreglo a la nota 3, "el término 'protección' comprende los aspectos relativos a la 'existencia', 'adquisición' y 'mantenimiento' de los derechos de propiedad intelectual. En otras palabras, la utilización de términos geográficos al desarrollar una IG, así como el uso continuado de esa indicación geográfica una vez que se ha establecido, forman parte de la 'protección' otorgada por la autoridad de reglamentación a las indicaciones geográficas".[5688]

7.2880. Según Honduras, lo que se desprende de la frase "que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC", y de sus versiones en francés y en inglés, es que lo que los Miembros de la OMC tienen prohibido reducir es el nivel de protección de las IG en su conjunto, y no simplemente la protección de determinadas IG. A este respecto, Honduras discrepa de las conclusiones del Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* de que el párrafo 3 del artículo 24 exige que los Miembros de la OMC se abstengan de reducir el nivel de protección de las indicaciones geográficas determinadas que existía antes de 1995, y no el sistema de protección en su conjunto.[5689]

7.2881. Para apoyar su posición, Honduras argumenta que la expresión "que existía" está gramaticalmente relacionada con el término "protección" y no con la expresión "indicaciones geográficas". En segundo lugar, según Honduras, cuando los redactores quisieron referirse a las "indicaciones geográficas determinadas" lo hicieron expresamente; por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 24 se refiere a "una determinada indicación geográfica de otro Miembro, que identifique vinos o bebidas espirituosas". En tercer lugar, Honduras sostiene que el "razonamiento más general basado en consideraciones de política" del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* es erróneo.[5690] A este respecto, Honduras aduce que el efecto combinado de los estándares mínimos de protección de las IG y la obligación de *statu quo* "implica *precisamente* que los Miembros *no* tienen un derecho automático o incondicional a 'aplicar los mismos estándares mínimos de protección que otros Miembros'".[5691] Honduras añade que, en términos de política, no ve nada *a priori* objetable en exigir a un Miembro que mantenga el nivel de protección de las IG que existía antes de 1995, cuando ese estándar supere el estándar mínimo requerido por el Acuerdo sobre los ADPIC.[5692] En cuarto lugar, en lo que respecta a la referencia hecha por el Grupo Especial del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* al uso del término "sistema" en el párrafo 4 del artículo 14 del Acuerdo sobre los ADPIC, Honduras sostiene que el "sistema" mencionado en ese párrafo "denota un *marco o mecanismo reglamentario cualitativamente diferente* destinado a salvaguardar los derechos de un titular de derechos de propiedad intelectual", y de modo similar, el "sistema" al que se hace referencia en el párrafo 3 b) del artículo 27 es un "'sistema' alternativo cualitativamente diferente" si se compara con el sistema de patentes estándar.[5693] Por último, la resolución de ese Grupo Especial "tendría también el efecto muy cuestionable de privilegiar las indicaciones geográficas de los países desarrollados".[5694]

[5686] Respuesta de Honduras a la pregunta 180 del Grupo Especial (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.631-7.632).
[5687] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 759.
[5688] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 760.
[5689] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 744-746.
[5690] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 434-435. A ese respecto, Honduras hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.634 y 7.635. Véase también la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 747-755.
[5691] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 752.
[5692] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 755.
[5693] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 756 (las cursivas figuran en el original).
[5694] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 757.

7.2882. Honduras sostiene que Australia protege las IG (excepto las relativas a los vinos) a través de su legislación general sobre las prácticas comerciales que induzcan a error o sean engañosas. Honduras observa que, en un documento presentado al Consejo de los ADPIC en 1999, "Australia describió los medios legales previstos en la legislación australiana entonces vigente para que las partes interesadas pudieran *impedir* el uso que indujera a error respecto del lugar de origen de un producto", y añade que "en esa comunicación se da a entender que, antes de enero de 1995, la legislación australiana protegía las indicaciones geográficas *permitiendo* a sus titulares" utilizar y mantener IG ya existentes en relación con sus productos; utilizar una indicación verbal o no verbal para desarrollar IG mediante la colocación de esas indicaciones en el producto; valerse de los recursos legales contra el uso engañoso por otros productores de designaciones que sugieran que el producto es originario de un lugar distinto; y obtener la denominada marca de certificación.[5695]

7.2883. Honduras sostiene que las medidas TPP han reducido la protección mencionada *supra* que existía inmediatamente antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC el 1º de enero de 1995 porque ya no es posible que el titular o beneficiario de una IG utilice, i) desarrolle y mantenga una IG verbal que no sea nombre de un país; ii) utilice, desarrolle y mantenga una IG no verbal; y iii) incorpore a un producto de tabaco una marca de certificación registrada que contenga una IG.[5696]

7.2884. En respuesta al argumento de Australia de que, con anterioridad al 1º de enero de 1995, no existía un "derecho de uso" protegido por las leyes australianas en relación con las indicaciones geográficas, Honduras sostiene que Australia basa su argumento en una distorsión del argumento de Honduras, alegando que Honduras reclama un "derecho a usar" una marca de fábrica o de comercio o una IG.[5697] Honduras añade que "Australia crea una ficción y después la rebate. La cuestión no es si existía un 'derecho a usar' una IG antes de 1995. La cuestión es qué significa la palabra '*protección*' en el párrafo 3 del artículo 24 y qué tipo y grado de 'protección' se ofrecía a las IG en el marco de la legislación australiana antes de 1995". Honduras añade que "a la luz de la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, debe entenderse que el término 'protección' comprende la capacidad de utilizar marcas distintivas para alcanzar la condición de IG. Además, el término 'protección' se refiere a la capacidad de hacer respetar efectivamente los derechos para impedir el uso engañoso u otros usos de las indicaciones que reduzcan la fortaleza del derecho de propiedad intelectual".[5698] Honduras sostiene que Australia no niega que, antes de 1995, una IG podía utilizarse en los productos de tabaco tanto en forma verbal como no verbal. De hecho, la posibilidad de utilizar IG formaba parte del sistema de protección de esas indicaciones antes de 1995. Esa posibilidad de utilizar IG no existe ya en el caso de las IG relacionadas con el tabaco desde el 1º de diciembre de 2012.[5699] Honduras añade que, desde el 1º de diciembre de 2012, sin embargo, el nivel de protección se ha reducido por debajo del nivel existente antes de 1995, ya que no se pueden desarrollar nuevas IG y las indicaciones existentes no se pueden mantener en el nivel de fortaleza determinado por sus titulares. Por lo tanto, la capacidad del titular de IG de hacer respetar sus derechos es actualmente mucho menor que antes de 1995.[5700]

7.2885. Por otra parte, Honduras observa que Australia se basa en el hecho de que las IG también pueden ser protegidas como marcas de fábrica o de comercio. Según Honduras, "Australia no reconoce que el artículo 20 [de la Ley TM] establece el derecho exclusivo 'a utilizar la marca de fábrica o de comercio', incluso en el caso de una marca que contenga una IG. Ese derecho 'a utilizar la marca de fábrica o de comercio' existía en el marco de la legislación nacional antes de 1995, y formaba también parte del sistema de protección de las IG. Actualmente, ese derecho ya no está protegido en el caso de las IG relacionadas con el tabaco, en infracción del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC".[5701]

7.2886. La República Dominicana sostiene que el párrafo 3 del artículo 24 es una disposición de *statu quo* que restringe el derecho de un Miembro a reducir la protección de las IG que existía en

[5695] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 765-767 (sin cursivas en el original).
[5696] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 768-771.
[5697] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 436.
[5698] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 437.
[5699] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 438.
[5700] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 439.
[5701] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 440 (no se reproduce la nota de pie de página)

él antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, es decir, antes del 1º de enero de 1995.[5702]

7.2887. La República Dominicana sostiene que la expresión introductoria "[a]l aplicar esta Sección" se refiere a todo acto u omisión que afecte a la aplicación de una disposición de la Sección 3, que comprende los artículos 22 a 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, así como protecciones adicionales para las IG. En su opinión, esto abarca los medios por los que un Miembro da plena aplicación a esas disposiciones, así como todo acto u omisión en virtud de los cuales un Miembro se abstiene de aplicarlas, en su totalidad o en parte.[5703] La República Dominicana añade que, en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, las Comunidades Europeas argumentaron que el párrafo 3 del artículo 24 establecía una excepción a sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 16 con respecto a las marcas de fábrica o de comercio, en la medida en que había un conflicto entre el párrafo 1 del artículo 16 y la obligación de mantener el nivel de protección de las IG que existía en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. En su respuesta, los Estados Unidos adujeron que el párrafo 3 del artículo 24 no crea una excepción de la obligación de aplicar otras secciones del Acuerdo sobre los ADPIC distintas de la Sección 3. En ese contexto, el Grupo Especial, observando que el párrafo 1 del artículo 16 formaba parte de la Sección 2, constató que el párrafo 3 del artículo 24 "[n]o afecta a las medidas adoptadas para aplicar disposiciones no establecidas en la Sección 3".[5704]

7.2888. La República Dominicana sostiene que, en este contexto, el término "protección" se refiere a la salvaguarda de las IG. En su opinión, la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, que forma parte del contexto, dispone que la palabra "protección" comprende "los aspectos relativos a la adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual". Por consiguiente, según manifiesta la República Dominicana, un Miembro tiene prohibido reducir o disminuir el alcance de los derechos relativos a las IG, así como la capacidad de las partes interesadas para adquirir, mantener y exigir la observancia de esos derechos, en el sistema jurídico nacional de ese Miembro, respecto de la situación inmediatamente anterior al 1º de enero de 1995.[5705]

7.2889. La República Dominicana añade que el sentido del término "protección" debe entenderse teniendo en cuenta el contexto del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC. Refiriéndose a la definición de "IG" establecida en el párrafo 1 del artículo 22, sostiene que, para que los consumidores aprendan a establecer la relación entre a) la indicación, b) la indicación geográfica, y c) "determinada calidad, reputación, u otra característica" que sea "imputable fundamentalmente" a ese origen, los productores han de utilizar suficientemente dichas indicaciones en relación con los productos asociados a ellas. La capacidad de los productores para establecer y mantener los vínculos entre a), b) y c), de forma que una indicación se pueda ajustar a la definición de IG, es fundamental para la protección de las IG en lo que respecta a la adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de esos derechos. Si la capacidad de uso se reduce o suprime, la protección otorgada a las indicaciones disminuye igualmente. La República Dominicana añade que "en aras de la claridad, no sostiene que el propio párrafo 1 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC exija que todos los Miembros otorguen a las partes interesadas un derecho afirmativo de establecer o mantener, mediante su uso, indicaciones geográficas en su territorio". En lugar de ello, la República Dominicana sostiene que la expresión "protección de las indicaciones geográficas que existía" contenida en el párrafo 3 del artículo 24 ampara en la cláusula de anterioridad el nivel de protección de las IG otorgado por un Miembro antes del 1º de enero de 1995, incluidos el alcance, el mantenimiento y la observancia de las IG y la capacidad de adquirir esas indicaciones mediante su uso. Las restricciones o prohibiciones relativas al uso de IG en los productos "reduc[en]" esa "protección" de las IG. Por consiguiente, de conformidad con la interpretación adecuada del párrafo 3 del artículo 24, todas las IG, con independencia de que existieran o no antes de 1995, deben gozar al menos del nivel de protección que existía en el sistema jurídico del Miembro antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. La República Dominicana añade que "esto podía incluir, cuando procediera en un Miembro dado antes de 1995, en primer lugar la

[5702] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 914.
[5703] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 798.
[5704] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 51 del Grupo Especial, párrafo 232 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (US)*, párrafo 7.632; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.632).
[5705] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 916-917.

capacidad de las indicaciones de convertirse en indicaciones geográficas (o sea, la adquisición), y de mantener y hacer respetar su condición de indicaciones geográficas, mediante su uso".[5706]

7.2890. En su opinión, la expresión "protección de las indicaciones geográficas" se refiere al nivel general de protección de las IG que "existía" en el marco del sistema jurídico del Miembro antes de 1995. Aunque hay cierta ambigüedad en el texto inglés de la disposición, las versiones igualmente auténticas en francés y en español despejan esa ambigüedad. Concretamente, el verbo "*existed*", en las versiones auténticas en francés y en español del Acuerdo sobre los ADPIC, está en singular, y concuerda con la palabra "protección" que está en singular, frente a la expresión "indicaciones geográficas" que está en plural. Por lo tanto, la obligación se aplica al nivel de "protección" que existía en el sistema jurídico nacional antes del 1º de enero de 1995, y no a la protección de las "indicaciones geográficas" determinadas que existía antes de esa fecha.[5707] La República Dominicana añade que, cuando los redactores del Acuerdo tuvieron intención de abarcar únicamente IG determinadas, en lugar de los sistemas de protección, supieron cómo dejarlo claro.[5708] En su opinión, es sensato y lógico que los redactores no quisieran que los Miembros aprovecharan la aplicación de las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los ADPIC respecto de las IG como medio de rebajar el nivel general de protección de esas indicaciones.[5709] Por otra parte, la República Dominicana argumenta que una interpretación del párrafo 3 del artículo 24 centrada en amparar en la cláusula de anterioridad las IG determinadas, y no el nivel general de protección de las IG en un Miembro dado, beneficiaría a las IG de los países desarrollados, en detrimento de las de los países en desarrollo[5710]; lo cual daría lugar al trato discriminatorio de las IG de determinados países en comparación con las de otros países, lo que constituiría una infracción *de facto* del trato NMF previsto en el artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5711]

7.2891. La República Dominicana sostiene que, antes de 1995, las IG podían ser utilizadas libremente en Australia por las partes interesadas en los productos de tabaco, incluso en los paquetes y en las barras, a fin de adquirir, mantener y, en última instancia, hacer respetar las IG. Esa utilización no estaba sujeta a restricciones específicas en Australia. Además, las partes interesadas podían impedir el uso por otros de signos que indujesen al público a error en cuanto al origen geográfico de los productos, ya fuera incoando procedimientos por imitación fraudulenta, o de conformidad con las disposiciones de la Parte V de la Ley de Prácticas Comerciales de Australia de 1974. Además, en ciertas situaciones, las partes interesadas podían también proteger las IG en Australia, antes de 1995, mediante su registro como marcas de certificación.[5712]

7.2892. La República Dominicana mantiene que las medidas TPP han reducido significativamente la protección de las IG al impedir su uso en los paquetes de tabaco o las barras (salvo una pequeña excepción para los nombres de países en las vitolas de los cigarros (puros) y en la cara lateral de los paquetes de cigarrillos). En concreto, antes del 1º de enero de 1995 (y antes de la implantación de la Ley TPP), los productores de tabaco podían desarrollar y mantener IG (incluidas, pero sin limitarse a ellas, las protegidas como marcas de certificación) en Australia utilizándolas en su empaquetado y en sus barras. Pero, con arreglo a las medidas TPP, esa utilización está prohibida o, en el caso del nombre del país de origen, severamente restringida. La República Dominicana sostiene que, al permitir el uso ilimitado de las IG, en el sentido del párrafo 1 del artículo 22, en los productos de tabaco antes de 1995, Australia había otorgado un nivel de protección que permitía a las indicaciones adquirir, mantener y, en última instancia, hacer respetar su condición de IG. En cambio, cuando prohibió y restringió severamente el uso de las IG en los productos de tabaco mediante las medidas TPP (salvo una pequeña excepción), Australia redujo drásticamente esa "protección", puesto que las partes interesadas no pueden ya utilizar indicaciones de manera que permita a estas adquirir, mantener o hacer respetar su condición de IG.[5713]

[5706] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 919-922 (el subrayado figura en el original; no se reproducen las notas de pie de página).
[5707] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 918 (no se reproducen las notas de pie de página).
[5708] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 791.
[5709] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 793.
[5710] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 795.
[5711] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 796.
[5712] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 925-927.
[5713] Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 928-930. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 807-808.

7.2893. A propósito del argumento de Australia de que "ni ahora existe, ni cuando entró en vigor el Acuerdo sobre los ADPIC existía, un derecho a utilizar una indicación geográfica protegida con arreglo a la ley australiana"[5714], la República Dominicana sostiene que "si bien Australia parece estar en lo cierto al afirmar que, cuando entró en vigor el *Acuerdo sobre los ADPIC*, no existía un 'derecho [formal] de uso' de las IG codificado en la legislación australiana, eso no justifica la infracción por Australia del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo *sobre los ADPIC*". La República Dominicana añade que "Australia, sin embargo, parece aducir que la 'protección' en el contexto del párrafo 3 del artículo 24 se limita a algo que es un 'derecho legal protegido' formal en un Miembro, y que el párrafo 3 del artículo 24 no puede abarcar una protección que pueda aparecer o desarrollarse por medios menos formales, incluidas las libertades de mercado". La República Dominicana añade que "la cuestión de si esa utilización estaba legalmente garantizada, o simplemente permitida, en Australia carece de importancia a los efectos del párrafo 3 del artículo 24, ya que tal utilización era el medio por el que las IG relativas a productos de tabaco se adquirían o mantenían anteriormente y, en consecuencia, se beneficiaban de un nivel de 'protección' más elevado".[5715] La República Dominicana sostiene que Australia establece una "falsa distinción" entre libertad de mercado y derecho de uso, y sostiene que "carece de importancia si esa protección de las IG se posibilitó en virtud del 'derecho de uso' o de la 'libertad de mercado'".[5716]

7.2894. Cuba alega que Australia no ha cumplido lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 24 porque ha reducido el nivel de protección que otorga a la IG Habanos.[5717] Aduce que la IG Habanos se ajusta a la definición de "IG" establecida en el párrafo 1 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5718] Esa definición no limita la protección de las IG a los elementos o designaciones verbales o textuales, sino que la extiende también a las imágenes o cualesquiera otras IG que "identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico". Estas pueden consistir en signos como la denominación de origen Habanos y su diseño, el Sello de Garantía del Gobierno cubano[5719], y las IG de los fabricantes de tabaco cubanos, entre ellas, Cohiba[5720], Hoyo de Monterrey, Cabañas, Cuaba y San Cristóbal de la Habana, cuyos elementos gráficos o denominativos constituyen indicadores del origen y comunican la singularidad de las características del producto debidas a ese origen.[5721]

7.2895. Cuba sostiene que el sentido corriente de las palabras "[a]l aplicar esta Sección" en los tres idiomas oficiales de la OMC confirma que cualquier medida que afecte a la implementación o aplicación de la protección de las IG está comprendida en el ámbito del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5722]

7.2896. Cuba aduce que "[l]a capacidad de utilizar una indicación geográfica en el territorio del Miembro de la OMC es un componente necesario del análisis de si está '*protegida*' dentro de ese territorio". Añade que, en la evaluación de la "protección" de una IG determinada dentro de una jurisdicción, se debe considerar tanto la cuestión de si los titulares de la IG pueden impedir el uso no autorizado por parte de terceros, como la cuestión de si la IG se puede utilizar para designar productos protegidos dentro de esa jurisdicción. Cuba mantiene que "sería incongruente afirmar que una indicación geográfica está protegida en el territorio de un Miembro de la OMC si no es, y no puede ser usada dentro de ese territorio por los titulares o beneficiarios de la indicación geográfica". Añade que su conclusión es coherente con el sentido corriente del término "proteger",

[5714] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 502.
[5715] Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 48 del Grupo Especial.
[5716] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 804-805.
[5717] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 365 y 378.
[5718] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 366.
[5719] En su respuesta a la pregunta 87 del Grupo Especial, Cuba sostiene que el Sello de Garantía del Gobierno cubano es también una marca de fábrica o de comercio.
[5720] En respuesta a las preguntas 87 y 167, y en el párrafo 31 de sus observaciones sobre la respuesta de Australia a las preguntas 166,170 y 204 del Grupo Especial, Cuba se refiere a "Cohiba" como marca de fábrica o de comercio. En su respuesta a la pregunta 44 del Grupo Especial, Cuba se refiere a "la imagen de la cabeza del indio en la marca Cohiba" como un ejemplo de los "elementos gráficos o indicaciones geográficas indirectas".
[5721] Respuesta de Cuba a la pregunta 44 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[5722] Respuesta de Cuba a la pregunta 179 del Grupo Especial.

y está apoyada por la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, que indica que "los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual" son pertinentes para una evaluación del nivel de "protección" de los derechos de propiedad intelectual.[5723] Cuba sostiene que "[e]n términos generales, protección significa 'derecho a usar' una denominación geográfica".[5724]

7.2897. Cuba aduce que "el párrafo 3 del artículo 24 requiere mantener todos los mecanismos legales disponibles para la protección de las indicaciones geográficas antes de 1995".[5725]

7.2898. Cuba sostiene que "la posición fáctica con respecto a la IG Habanos es que, inmediatamente antes del 1º de enero de 1995, los exportadores cubanos podían utilizar esa indicación geográfica en su forma original en el empaquetado de los puros LHM vendidos en el mercado australiano. Sin embargo, tras la plena implementación de las medidas [T]PP el 1º de diciembre de 2012, los exportadores cubanos ya no pueden utilizar esa indicación geográfica (ni en su forma original ni tampoco en una forma modificada) en las cajas de puros LHM vendidos en el mercado australiano".[5726]

7.2899. Cuba aduce que esto implica que Australia ha reducido el nivel de protección que otorga a la IG Habanos en comparación con el nivel que existía en su territorio antes del 1º de enero de 1995. Añade que, antes de esa fecha, la IG Habanos se beneficiaba de la ley común "libertad de usar cualquier palabra o dispositivo asociado al suministro de bienes o servicios".[5727]

7.2900. Cuba explica además que "Habanos" se ha creado una reputación que conlleva la protección por fraude por imitación ("*passing off*") al amparo del derecho común en Australia, y argumenta que la incapacidad de uso de la IG Habanos en relación con puros LHM debido a las medidas TPP supondrá inevitablemente una reducción en la reputación de la IG Habanos en Australia y, de ese modo, una reducción o limitación del ámbito de fundamentación efectiva en el supuesto de fraude por imitación ("*passing off*") ante cualquier apropiación indebida o fraudulenta de la IG Habanos por un tercero para otros productos. Con el tiempo, se perderá la reputación de la IG Habanos y, por tanto, la protección al amparo del derecho común. Consecuentemente, las medidas TPP disminuirán inevitablemente la protección disfrutada por la IG Habanos antes del 1º de enero de 1995 y, por ello, violan el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5728]

7.2901. Cuba concluye que Australia ha reducido el nivel de protección que concede a la IG Habanos al suprimir la capacidad de los exportadores cubanos de colocar la IG Habanos en sus exportaciones de puros LHM.[5729] Añade que, en relación a lo establecido en el Artículo 24.3, las medidas TPP reducen la protección de las IG vinculadas a los puros Premium cubanos en tanto impiden el uso de identificadores del producto con el origen geográfico que le aporta determinadas características y cualidades a partir de la exclusión de elementos gráficos o indicaciones geográficas indirectas como la representación gráfica del escudo nacional de Cuba o la palma real, constitutivos del Sello de Garantía, o la imagen de los campos tabacaleros de Pinar del Río en la marca Vegas Robaina o la imagen de la cabeza del indio en la marca Cohiba, todo lo cual era posible incluso antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC.[5730]

7.2902. Australia sostiene que en estas actuaciones no se discute la definición de "IG" establecida en el párrafo 1 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC. En particular, Australia no se opone a la posición de Honduras de que un nombre "no topográfico" pueda ajustarse a esa definición. Sin embargo, esa consideración no es pertinente, ya que el argumento de Australia de que las

[5723] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 370-372. (las cursivas figuran en el original)
[5724] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 373 (donde se hace referencia a Audier, Protección de las indicaciones geográficas (Prueba documental CUB-49), página 7).
[5725] Respuesta de Cuba a la pregunta 46 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[5726] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 374. Véanse también los párrafos 368-369 (donde se hace referencia a los párrafos 66-71).
[5727] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 375-376 (donde se hace referencia a *JTI v. Commonwealth* (Pruebas documentales AUS-500, CUB-50), párrafos 76-77 (Gummow J.)).
[5728] Respuestas de Cuba a las preguntas 43 y 44 del Grupo Especial (adjuntas a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[5729] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 378.
[5730] Respuesta de Cuba a la pregunta 44 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

alegaciones de los reclamantes al amparo del párrafo 3 del artículo 24 deben rechazarse no depende de si las IG pertinentes son o no "topográficas".[5731]

7.2903. Australia argumenta que el alcance del párrafo 3 del artículo 24 está limitado por la expresión introductoria "[a]l aplicar esta Sección". Como observó el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia),* esto significa que el párrafo 3 del artículo 24 "[n]o afecta a las medidas adoptadas para aplicar disposiciones no establecidas en la Sección 3".[5732] En su opinión, una medida adoptada para aplicar la Sección 3 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC sería una medida que "arbitr[e] los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir" la utilización de una IG de la manera descrita en el artículo 22. En la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC, en el marco del derecho australiano, las IG estaban protegidas principalmente contra los actos de engaño o de competencia desleal mediante el derecho del *common law* y las leyes en materia de protección de los consumidores. Para aplicar el Acuerdo sobre los ADPIC, Australia promulgó la Ley TM, cuyo artículo 61 implementa específicamente las obligaciones de Australia con respecto a las IG en la medida en que no estuviesen ya previstas en la legislación existente. A diferencia del artículo 61 de la Ley TM, la finalidad de las medidas TPP no es "arbitrar[...] los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir" la utilización de una IG en las circunstancias descritas en el artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC. En consecuencia, Australia sostiene que el párrafo 3 del artículo 24 es inaplicable en relación con las medidas TPP.[5733]

7.2904. No obstante, si el Grupo Especial concluyera que el párrafo 3 del artículo 24 es aplicable, Australia sostiene no obstante que los reclamantes no han demostrado que el nivel de protección de las IG *determinadas* se haya reducido en virtud de las medidas TPP. Australia observa que el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* explicó que la referencia hecha en la disposición a "la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC" ha de entenderse como una referencia al estado de protección de las *IG determinadas* anterior al 1º de enero de 1995.[5734]

7.2905. Australia aduce que las protecciones que no pueden "reducirse" a los efectos del párrafo 3 del artículo 24 son las que "existía[n] en él inmediatamente antes" del 1º de enero de 1995. Esas protecciones pueden ser mayores que el nivel mínimo de protección que los Miembros están obligados a otorgar a las IG en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Australia conviene en que si un Miembro protegía el derecho a utilizar una IG determinada antes del 1º de enero de 1995, ese Miembro no podría reducir la protección respecto de esa IG prohibiendo su utilización al aplicar la Sección 3 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC. Australia añade que los reclamantes no han demostrado, sin embargo, que esas sean las circunstancias que ha de examinar el Grupo Especial en relación con las alegaciones de los reclamantes al amparo del párrafo 3 del artículo 24.[5735]

7.2906. Australia observa que solo Cuba ha mencionado una IG específica, "Habanos" (marca de fábrica o de comercio registrada 1356832), y ha alegado que el nivel de protección otorgado en relación con esta IG se ha reducido en virtud de las medidas TPP. Australia responde que "la indicación geográfica 'Habanos' se registró como marca de fábrica o de comercio en Australia a partir del 16 de abril de 2010 y, por lo tanto, no estaba 'protegida' en el mercado australiano como marca de fábrica o de comercio con arreglo a la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio antes de esa fecha".[5736]

7.2907. Australia añade que, en la medida en que "Habanos" tenía una reputación en Australia antes de 1995, habría recibido protección contra los actos de engaño o de competencia desleal al amparo del *common law* a través del ilícito civil de imitación fraudulenta y al amparo de las leyes de protección de los consumidores. Estas protecciones legales y del *common law* no se han

[5731] Respuesta de Australia a la pregunta 58 del Grupo Especial.
[5732] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 489 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*,*párrafo* 7.632).
[5733] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 493.
[5734] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 494 y 490 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*,párrafo 7.636).
[5735] Respuesta de Australia a la pregunta 43 del Grupo Especial.
[5736] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 494.

reducido al implementarse las medidas TPP.[5737] Australia añade que "en la medida en que Cuba sea capaz de demostrar que 'Habanos' tenía derecho a cualesquiera protecciones al amparo del *common law* o de las leyes en Australia antes del 1º de enero de 1995, esas protecciones no se han reducido por la implementación de la medida de empaquetado genérico del tabaco".[5738] En consecuencia, Australia afirma que no hay base para la alegación de Cuba de que las medidas TPP han reducido la "protección" otorgada por Australia a la IG "Habanos" con respecto a la que existía antes del 1º de enero de 1995.[5739]

7.2908. Australia sostiene que ni la República Dominicana ni Honduras alegan que el nivel de protección de las IG determinadas se ha reducido en virtud de las medidas TPP. Ello se debe a que los reclamantes no están de acuerdo con el Grupo Especial del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* en que sea necesaria tal demostración. Más bien, los reclamantes mantienen que el análisis adecuado con arreglo al párrafo 3 del artículo 24 es el que se refiere a un "sistema de protección en un Miembro", y no a las IG determinadas. Australia aduce que, por las razones enunciadas por el Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, la interpretación del párrafo 3 del artículo 24 hecha por los reclamantes es errónea. Una disposición de *statu quo* que se aplique únicamente a determinadas IG que estaban protegidas en un Miembro antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC es diferente, tanto en sus fines como en sus efectos, de una disposición que se aplique a todo el sistema de protección de un Miembro. Impedir que se reduzca la protección otorgada a las IG existentes obedece al objetivo de proteger los derechos de propiedad vigentes y asegurar que los niveles mínimos introducidos por el Acuerdo sobre los ADPIC no tengan la consecuencia no deseada de suprimir las protecciones ya otorgadas por un sistema nacional en relación con tales indicaciones geográficas. En cambio, una disposición de *statu quo* relativa a todo un sistema de protección tendría el efecto de crear un doble sistema de protección de las IG, en el que los Miembros que dispusieran anteriormente de un sistema de protección de las IG estarían obligados a perpetuidad a mantener un nivel de protección más elevado que los estándares mínimos establecidos en el Acuerdo sobre los ADPIC. Australia sostiene que esa no pudo ser la intención de los redactores.[5740]

7.2909. Incluso si el Grupo Especial conviniera con los reclamantes en que la referencia a "la protección de las indicaciones geográficas" en el párrafo 3 del artículo 24 es una referencia al "sistema de protección" de un Miembro, Australia sostiene que de todas formas los reclamantes no han hecho una acreditación *prima facie* con arreglo a su *propia* interpretación del alcance del párrafo 3 del artículo 24. Para demostrar su alegación de que, al prohibir la utilización de IG en el empaquetado de productos de tabaco, Australia ha reducido el nivel de protección otorgado a esas indicaciones, los reclamantes tendrían que demostrar que, antes del 1º de enero de 1995, había un "derecho de uso" protegido por la legislación australiana en relación con las IG. Australia afirma que los reclamantes no lo han hecho, porque ningún "derecho de uso" de ese tipo estaba protegido antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC.[5741]

7.2910. Australia argumenta que "los reclamantes confunden la *capacidad* de utilizar una indicación geográfica con arreglo a la legislación australiana con el *derecho* a utilizar una indicación geográfica con arreglo a la ley australiana". Australia observa que, por ejemplo, la República Dominicana aduce que "antes de 1995, las partes interesadas podían utilizar libremente las indicaciones geográficas en Australia en relación con los productos de tabaco, incluso en las barras, a fin de adquirir, mantener y, en última instancia, hacer respetar las IG". Australia sostiene que la República Dominicana se refiere a una libertad de mercado general, no a un derecho legal protegido.[5742]

7.2911. Australia explica que, en el marco del derecho australiano, las IG están protegidas principalmente a través del sistema de marcas de fábrica o de comercio, así como mediante el

[5737] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 494.
[5738] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 71 (no se reproducen las notas de pie de página).
[5739] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 494.
[5740] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 496-497.
[5741] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 499-500 (donde se hace referencia al anexo D de la primera comunicación escrita de Australia).
[5742] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 501 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 925) (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página).

derecho del *common law* y las leyes en materia de protección de los consumidores. Ni ahora, ni en el momento de la entrada en vigor el Acuerdo sobre los ADPIC, ha existido el derecho a utilizar una IG protegida con arreglo a la legislación australiana. "Más bien, en el marco de la [Ley TM], si una IG se registró como marca de fábrica o de comercio, el titular de la IG tenía derechos negativos a *impedir* ciertos usos y obtener reparaciones en caso de infracción.[5743] Esos derechos siguieron existiendo en Australia tras la adopción del Acuerdo sobre los ADPIC, de modo compatible con las prescripciones del artículo 22, y esos derechos siguen existiendo actualmente tras la introducción de las [medidas TPP]".[5744] Australia aduce que, habida cuenta de que la protección otorgada a las IG con arreglo a la legislación australiana antes del 1º de enero de 1995 no comprendía la protección de un "derecho de uso" de una IG, el párrafo 3 del artículo 24 no es pertinente para el examen por el Grupo Especial de las medidas TPP de Australia.

7.2912. En respuesta a Honduras[5745], Australia señala que las IG pueden gozar de protección legal a través de la protección concedida a las marcas de certificación en la Ley TM. Los artículos 171 y 20 1) de esa Ley otorgan a los titulares de marcas de fábrica o de comercio y marcas de certificación registradas, respectivamente, la *exclusividad de uso*, que se hace respetar a través del derecho a emprender acciones coercitivas contra la infracción por terceros. Esos derechos son *derechos negativos de exclusión*, es decir, al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada o de una marca de certificación registrada *no* se le otorga un derecho a utilizar su marca de fábrica o de comercio en Australia. La capacidad para utilizar una marca de fábrica o de comercio es una libertad de mercado, no un derecho protegido en Australia. En el caso *JTI v. Commonwealth*, el Tribunal Supremo de Australia afirmó recientemente que la naturaleza de los derechos reconocidos en Australia a los titulares de marcas de fábrica o de comercio (tanto en virtud del *common law* como en virtud de las leyes) son derechos *negativos* de exclusión. Por ejemplo, el juez Crennan sostuvo lo siguiente: "el derecho exclusivo a hacer uso de la marca es un derecho negativo a excluir a otros de dicho uso". Estos derechos negativos a impedir la infracción se reflejan en el primer texto legislativo australiano que prevé el registro de marcas de fábrica o de comercio y en todos los textos ulteriores.[5746]

7.3.8.2 Principales argumentos de los terceros

7.2913. La Argentina sostiene que al realizarse un análisis gramatical del artículo 24.3 del Acuerdo sobre los ADPIC en su versión en español se lee que el objeto de la obligación de no reducir la protección es "la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del acuerdo sobre la OMC". En este análisis, "protección" es el núcleo y "de las indicaciones geográficas ... ", el modificador indirecto. Por ello, la Argentina discrepa con Australia y entiende que el objeto del deber de no reducir la protección se refiere a la protección de las IG, en general. La Argentina comprende que la versión en inglés del Acuerdo puede dejar espacio a cierta "ambigüedad" por la cual la oración subordinada relativa "*that existed*" podría referirse tanto a "*the protection of geographical indications*" como a las "*geographical indications*" examinadas individualmente. Sin embargo, la lectura del texto en español no deja lugar a dudas: si se hubiera querido hacer referencia a las "indicaciones geográficas" el texto rezaría "que existían", en lugar de "que existía", lo que hace clara referencia al estado general de la protección de las indicaciones geográficas como objeto del deber de no reducir la protección. Esta interpretación está corroborada en la versión francesa del artículo.[5747]

7.2914. La Argentina entiende que independientemente del marco normativo que establezca la protección, sea este lo que Australia denomina la "libertad general de mercado", o el sistema de protección de las IG a través de la Ley TM, el artículo 24.3 del Acuerdo sobre los ADPIC establece un deber de no reducir la protección de las IG a partir de la fecha allí establecida.[5748]

[5743] (Nota del original) *Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995* (Cth), Prueba documental AUS-244, artículo 20 y parte 12, artículos 120-130.

[5744] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 502. (las cursivas figuran en el original)

[5745] Véase el párrafo 7.2885 *supra*.

[5746] Respuesta de Australia a la pregunta 184 del Grupo Especial (donde se hace referencia a *JTI v. Commonwealth* (Pruebas documentales AUS-500, CUB-50), páginas 728-729, párrafo 248). Para más información acerca de la naturaleza de los derechos concedidos en virtud de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio, Australia remite a la sección D del anexo D de su primera comunicación escrita.

[5747] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafos 29-31.

[5748] Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 34.

7.2915. China aduce que el párrafo 3 del artículo 24 se refiere al nivel de protección más elevado de las IG preexistente en el Miembro de que se trate. Suponiendo que la protección de las IG prevista en la Sección 3 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC se refiera únicamente a derechos negativos, es decir, derechos de impedir el uso ilegal de IG por terceros, de ello no se deduce necesariamente que la protección preexistente de las IG en un Miembro se limite a derechos negativos. En la medida en que la protección preexistente en un Miembro comprenda el derecho a utilizar IG, ese Miembro no puede reducir la protección prohibiendo la utilización de esas indicaciones.[5749]

7.2916. Nueva Zelandia indica que está de acuerdo con la interpretación del párrafo 3 del artículo 24 hecha por Australia y con sus argumentos al respecto, y pide al Grupo Especial que rechace las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo de ese párrafo.[5750]

7.2917. Singapur sostiene que solo hay infracción del párrafo 3 del artículo 24 en caso de que una IG existente en Australia antes del 1º de enero de 1995 goce ahora de menor protección en Australia que antes de esa fecha. Solo Cuba ha identificado una IG específica, "Habanos", que supuestamente recibe una menor protección como resultado de la adopción de las medidas TPP; e incluso en este caso, la marca de fábrica o de comercio "Habanos" se registró en Australia desde el 16 de abril de 2010, mucho después de la fecha límite del 1º de enero de 1995 a la que se refiere el párrafo 3 del artículo 24. Al no demostrar la existencia de una IG en Australia antes del 1º de enero de 1995, los reclamantes no han cumplido la prescripción temporal del párrafo 3 del artículo 24.

7.2918. Singapur añade que, si se mantiene que el párrafo 3 del artículo 24 se aplica al nivel de protección de las IG que existía en un Miembro antes del 1º de enero de 1995, entonces el examen deberá necesariamente centrarse en la protección que existía en Australia antes de esa fecha. En la medida en que no existía tal derecho de uso con arreglo a la legislación australiana antes del 1º de enero de 1995, la protección de las IG en Australia no se ha reducido a causa de las medidas TPP y no habría infracción del párrafo 3 del artículo 24.[5751]

7.2919. El Uruguay sostiene que no se ha demostrado la existencia de ninguna IG para los cigarrillos que haya sido afectada en su uso. En las IG de otros productos de tabaco el impacto es casi irrelevante y no se ha demostrado que hayan sido afectados. Las medidas TPP no impiden la utilización de las IG. Las limitaciones se fundamentan en una medida de política general de salud pública reconocida en los Acuerdos de la OMC y recomendada por el CMCT.[5752]

7.2920. Zimbabwe manifiesta que, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 24, las medidas TPP reducen la protección de las IG que existía en Australia antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Asimismo, Zimbabwe sostiene que las medidas TPP impiden la utilización de una IG verbal distinta del nombre del país con el consiguiente perjuicio para los productores y los consumidores.[5753]

7.3.8.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2921. Para empezar nuestro análisis, evaluaremos el alcance del párrafo 3 del artículo 24 a la luz de dos cuestiones interpretativas planteadas por las partes. La primera de ellas es el sentido de la frase introductoria "[a]l aplicar esta Sección", en vista del argumento de Australia de que las medidas TPP no están abarcadas por la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 24, al no haberse adoptado con la finalidad de arbitrar los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir determinados actos en relación con las IG. La segunda cuestión es si la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 24 se refiere a la protección de las IG determinadas o al sistema de protección de las IG. Después pasaremos a examinar los argumentos de las partes relativos a la legislación nacional de Australia, y si la protección otorgada en su marco, en la medida en que es pertinente para las reclamaciones formuladas al amparo del párrafo 3 del artículo 24, se ha reducido como resultado de las medidas TPP.

[5749] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 66.
[5750] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 14-15 y 124.
[5751] Comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 65-66.
[5752] Comunicación presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafos 56-57; y declaración del Uruguay en calidad de tercero, párrafo 18.
[5753] Comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero, párrafo 43.

7.3.8.3.1 La cuestión de si las medidas TPP están abarcadas por el párrafo 3 del artículo 24

7.2922. Recordamos que el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone lo siguiente:

> Al aplicar esta Sección, ningún Miembro reducirá la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

7.2923. Como se ha expuesto *supra*, en opinión de Australia, el párrafo 3 del artículo 24 solo abarca una medida que "arbitr[e] los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir" la utilización de una IG de la manera descrita en el artículo 22; por consiguiente, la obligación no abarca las medidas TPP, ya que no se adoptaron con esa finalidad. En opinión de los reclamantes, la expresión abarca cualquier medida que afecte a la protección de las IG.

7.2924. El párrafo 3 del artículo 24 forma parte de la Sección 3 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC, titulada "Indicaciones geográficas", que comprende los artículos 22 a 24. Según sus términos expresos, la obligación enunciada en el párrafo 3 del artículo 24 se refiere a la aplicación de "esta Sección". Por consiguiente, esta referencia no se limita a las medidas que aplican la obligación específica de "arbitrar[...] los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir" la utilización de una IG en el sentido del párrafo 2 del artículo 22. Más bien, se refiere a la aplicación de las disposiciones de la Sección 3 de la Parte II en su conjunto, es decir, los artículos 22 a 24.

7.2925. Las constataciones pertinentes de los informes del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* a las que se han remitido las partes son compatibles con esa conclusión. Ese Grupo Especial constató que el alcance de la obligación impuesta por el párrafo 3 del artículo 24 está limitado por las palabras introductorias "[a]l aplicar esta Sección"[5754] y que el párrafo 3 del artículo 24 no se aplica a las medidas adoptadas para implementar disposiciones *no establecidas en* la Sección 3.[5755] En concreto, la cuestión examinada por ese Grupo Especial en relación con el alcance de la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 24 fue si ese párrafo impone una excepción a la obligación de otorgar derechos de marca de fábrica o de comercio en virtud del párrafo 1 del artículo 16.[5756] La interpretación del Grupo Especial citada *supra* debe entenderse en ese contexto, es decir, en el sentido de que el párrafo 3 del artículo 24 no se aplica a las medidas adoptadas para implementar las disposiciones de las secciones de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC distintas de la Sección 3; en particular, el párrafo 3 del artículo 24 no establece limitaciones a los derechos

[5754] Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (US)*, párrafo 7.632; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.632.

[5755] Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (US)*, párrafo 7.632; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.632.

[5756] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (US)*, párrafo 7.627. En esa diferencia, los Estados Unidos y Australia alegaron, entre otras cosas, que el Reglamento (CEE) Nº 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios (el "Reglamento") era incompatible con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC porque no garantizaba que el titular de una marca de fábrica o de comercio pudiera impedir usos de IG que dieran lugar a probabilidad de confusión con una marca de fábrica o de comercio anteriormente existente. El Reglamento preveía la "coexistencia" de una IG registrada en su marco y una marca de fábrica o de comercio anteriormente existente, lo que permitía que la IG y la marca de fábrica o de comercio anteriormente existente pudieran utilizarse en cierta medida al mismo tiempo. Las Comunidades Europeas sostuvieron que el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC les obligaba a mantener tal coexistencia. En ese contexto, el Grupo Especial determinó que el alcance de la obligación impuesta por el párrafo 3 del artículo 24 no abarcaba las medidas adoptadas para aplicar disposiciones distintas de las de la Sección 3 de la Parte II. El Grupo Especial constató también que, aunque el Reglamento permitía el registro de una IG incluso si estaba en conflicto con la marca de fábrica o de comercio anteriormente existente, el Reglamento era lo suficientemente limitado para considerarse una "excepción limitada" a los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio. El Grupo Especial concluyó que, "por lo que respecta a la coexistencia de indicaciones geográficas con marcas de fábrica o de comercio anteriormente existentes, el Reglamento es incompatible con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC pero que, sobre la base de las pruebas presentadas al Grupo Especial, ello está justificado por el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC".

conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada con arreglo al artículo 16, que está comprendido en la Sección 2 del Acuerdo. Por consiguiente, las constataciones de ese Grupo Especial no respaldan la posición de Australia de que el párrafo 3 del artículo 24 solo abarca una medida que arbitre los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir la utilización de una IG en el sentido del párrafo 2 del artículo 22, con exclusión de las medidas que implementan otras disposiciones de la Sección 3 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2926. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 24 se aplica a una medida que implemente cualquiera de las disposiciones de la Sección 3 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC. En consecuencia, su aplicación no se limita a las medidas que implementan la obligación de arbitrar los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir la utilización de una IG en el sentido del párrafo 2 del artículo 22. Por consiguiente, no excluimos la aplicabilidad del párrafo 3 del artículo 24 a las medidas TPP debido a que esas medidas no se adoptaron con el objetivo de implementar la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 22.

7.3.8.3.2 La cuestión de si la obligación se refiere a las IG determinadas o al sistema de protección

7.2927. Las partes están de acuerdo en que, según determinó el Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, la expresión "ningún [Miembro] reducirá" indica que el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC es una disposición de *statu quo*, y que esta es imperativa.[5757] No obstante, las partes discrepan en lo que respecta a la cuestión de si la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 24 se refiere al sistema de protección de las IG determinadas regido por la legislación nacional de Australia inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 o a la protección de las IG determinadas que estaban protegidas con arreglo a la legislación nacional australiana en esa fecha.

7.2928. Como se ha expuesto *supra*, los reclamantes manifiestan que la obligación se refiere al sistema de protección, mientras que Australia considera que se refiere a la protección de las IG determinadas. Para respaldar su posición, Australia se remite a las constataciones del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*. Honduras y la República Dominicana discrepan de esas constataciones.

7.2929. En esa diferencia, los Estados Unidos[5758] y Australia[5759] opinaron que el párrafo 3 del artículo 24 se aplica a las IG determinadas, mientras que las Comunidades Europeas consideraron que se aplica al nivel general de protección. La parte pertinente del análisis del Grupo Especial dice lo siguiente:

> Por lo que respecta al sentido corriente de los términos utilizados en el resto de la disposición, cabe señalar que la expresión verbal principal es "ningún [Miembro] reducirá". Ello indica que se trata de una disposición de *statu quo*, y que esta es imperativa. Las partes no están de acuerdo sobre el sentido del complemento del verbo, que es la frase "la protección de las indicaciones geográficas", matizada por la cláusula relativa final. En la versión inglesa del texto, esas palabras podrían referirse tanto a "la protección de las indicaciones geográficas" en su conjunto como a "la protección" de indicaciones geográficas consideradas individualmente. En las versiones española y francesa, que son igualmente auténticas, el verbo "existía" en la cláusula relativa figura en singular, lo que indica que la "protección de las indicaciones geográficas" debe interpretarse como un todo. En ninguna de las tres versiones está claro si ello remite al marco jurídico o sistema de protección que existía en un Miembro inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 o al nivel de protección de las indicaciones geográficas vigente en un Miembro en aquel momento por lo que respecta a los derechos individuales que se protegían.

[5757] Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (US)*, párrafo 7.633; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.633.

[5758] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (US)*, párrafo 7.627.

[5759] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.627.

> Si el párrafo 3 del artículo 24 se refiriera a un sistema de protección en un Miembro, ello tendría dos consecuencias importantes. En primer lugar, en tanto que disposición imperativa, impediría a un Miembro que dispusiera de un sistema que otorgara un nivel de protección más alto que el establecido en el Acuerdo sobre los ADPIC aplicar los mismos criterios mínimos de protección que otros Miembros, aunque quisiera hacerlo. Por ejemplo, en las Comunidades Europeas, el artículo 14 del Reglamento entró en vigor en 1993, pero fue modificado en abril de 2003 con respecto a los derechos conferidos por marcas de fábrica o de comercio adquiridas mediante el uso. Esas modificaciones, en la medida en que redujeran el nivel general de protección de las indicaciones geográficas en el marco del sistema de las Comunidades Europeas, serían incompatibles con el párrafo 3 del artículo 24 con arreglo a la opinión de las propias Comunidades Europeas.
>
> En segundo lugar, una disposición de *statu quo* para un sistema de protección excluiría del ámbito de la Sección 3 no solo los derechos individuales ya en vigor en el marco de ese sistema en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, sino también los derechos otorgados posteriormente en el marco de ese sistema, a perpetuidad. Esto representaría una exclusión amplísima cuya importancia aumentaría, lejos de disminuir, a medida que un número creciente de indicaciones geográficas estuviera protegido en virtud de la legislación anterior. El Grupo Especial es reacio a constatar tal exclusión a falta de un texto claro en ese sentido, y ninguno se ha señalado a su atención. A este respecto cabe señalar que el Acuerdo sobre los ADPIC *sí* contiene una exclusión para un tipo de sistema (con respecto a los fonogramas), en el párrafo 4 del artículo 14, pero esa exclusión es opcional, se refiere claramente a un "sistema" y está sujeta a una condición con el fin de impedir abusos. El párrafo 3 del artículo 24 no presenta ninguna de esas características.
>
> Por esos motivos, el Grupo Especial interpreta que las palabras "la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC" aluden al nivel de protección de las indicaciones geográficas inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 con respecto a las indicaciones geográficas específicas que estaban protegidas en esa fecha.[5760]

7.2930. Honduras, la República Dominicana y Cuba discrepan de esas conclusiones.

7.2931. Con respecto al texto del párrafo 3 del artículo 24, si bien reconocen que hay cierta ambigüedad en el texto inglés de la disposición, Honduras y la República Dominicana sostienen que las versiones igualmente auténticas en francés y en español despejan esa ambigüedad. A ese respecto, estamos de acuerdo con el análisis que figura *supra* del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, que llegó a la conclusión de que en ninguna de las tres versiones idiomáticas está claro si la expresión "protección de las indicaciones geográficas" remite al marco jurídico o sistema de protección que existía en un Miembro inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 o al nivel de protección de las indicaciones geográficas vigente en un Miembro en aquel momento por lo que respecta a los derechos individuales que se protegían.

7.2932. En cuanto al contexto, Honduras y la República Dominicana aducen que, cuando los redactores quisieron referirse a las IG determinadas, lo hicieron expresamente; por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 24 se refiere a "una determinada indicación geográfica".[5761] Honduras añade que el empleo del término "sistema" en el párrafo 4 del artículo 14 y en el párrafo 3 b) del artículo 27 no constituye una orientación contextual en contrario porque, a su entender, el término se refiere en ambos casos a marcos normativos cualitativamente diferentes.[5762] Sin embargo, no estamos convencidos de que, de la ausencia de una referencia expresa a la protección de las IG "determinadas" en el párrafo 3 del artículo 24, se deduzca necesariamente que deba interpretarse que el párrafo se refiere a un "sistema" de protección de las IG. Al igual que el Grupo Especial que

[5760] Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, párrafos 7.633-7.636. (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las notas de pie de página)

[5761] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 749. Véase también la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 791.

[5762] Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 756.

examinó el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*[5763], observamos que, cuando el Acuerdo sobre los ADPIC excluye un tipo de sistema en el párrafo 4 del artículo 14, emplea el término "sistema". Otra disposición de *statu quo* contenida en el párrafo 5 del artículo 65 exige que todo Miembro que se valga de ciertos períodos transitorios se asegure de que "las modificaciones que introduzca en sus leyes, reglamentos o prácticas [...] no hagan que disminuya el grado de compatibilidad de estos con las disposiciones del presente Acuerdo". La compatibilidad de los cambios que se introduzcan en las leyes, los reglamentos y las prácticas de un Miembro con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC se referiría, en general, al nivel de protección disponible en el marco de tales leyes, reglamentos y prácticas, más que a la protección de una determinada obra amparada por el derecho de autor, patente, marca de fábrica o de comercio, IG, u otro objeto de protección de la propiedad intelectual.

7.2933. En cuanto al objeto y fin de esta disposición, estamos de acuerdo con Australia en que el fin del párrafo 3 del artículo 24, como disposición de *statu quo*, es garantizar que, al dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la Sección 3 de otorgar protección a las IG, un Miembro no socave derechos de propiedad preexistentes en relación con IG específicas que estaban protegidas en un Miembro antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC.[5764] Esta interpretación es también compatible con el fin de los párrafos siguientes 4 a 8 del artículo 24, que tienen por objeto salvaguardar la explotación continuada, en determinadas circunstancias, de IG, marcas de fábrica o de comercio, términos habituales y nombres de personas específicos existentes con anterioridad. Entendemos que la finalidad de todos estos párrafos es preservar los intereses en esa materia específica preexistente, incluidos los derechos de propiedad y los intereses en su explotación continuada. Esta finalidad nos da motivo para pensar que, leída en su contexto, la obligación impuesta por el párrafo 3 del artículo 24 debe entenderse en el sentido de que guarda relación con la preservación de intereses protegidos específicos que existían ya en el momento de entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2934. Tal lectura es también compatible con una interpretación armoniosa de las diversas partes del Acuerdo sobre los ADPIC consideradas en su conjunto.[5765] En particular, hemos de buscar una interpretación que concilie las obligaciones de un Miembro en relación con las IG en virtud de la Sección 3 con las obligaciones respecto de las marcas de fábrica o de comercio en virtud de la Sección 2 de la Parte II, así como de las demás disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2935. A este respecto, observamos que la situación analizada por el Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* en sus constataciones citadas *supra* pone de manifiesto un posible conflicto entre las Secciones 2 y 3 en una situación en la que poner el sistema preexistente de protección de las IG de un Miembro en conformidad con sus obligaciones respecto de las marcas de fábrica o de comercio en virtud de la Sección 2 exigiría reducir la protección de las IG en el marco de ese sistema. Tal como indicó ese Grupo Especial, interpretar el párrafo 3 del artículo 24 en el sentido de que se refiere a un sistema preexistente de protección de las IG en su conjunto -y no a la protección preexistente de las IG determinadas preexistentes- podría efectivamente impedir a ese Miembro cumplir sus obligaciones en materia de marcas de fábrica o de comercio en virtud de la Sección 2. Si, con el tiempo, las partes interesadas solicitasen protección para un número creciente de IG en el marco del sistema anterior de ese Miembro, el conflicto con la obligación de dicho Miembro de proteger las marcas de fábrica o de comercio existentes con anterioridad se agravaría. En cambio, al preservar la protección de esas IG determinadas que estaban ya protegidas antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC, la interpretación adoptada por el Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* evita un posible conflicto con las demás obligaciones de un Miembro en virtud de ese Acuerdo, al tiempo que es acorde con el propósito del párrafo 3 y siguientes del artículo 24, que, a nuestro entender, tienen la finalidad de salvaguardar los intereses en la materia preexistente, incluidos los derechos de propiedad anteriores y los intereses en su explotación continuada.

[5763] Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, párrafo 7.635.

[5764] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 496.

[5765] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 81. Véase también, en relación con el Acuerdo sobre los ADPIC, el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, nota 49.

7.2936. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que la frase "la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC" se refiere al estado de protección de las IG inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 en lo referente a las IG determinadas que estaban protegidas en ese momento en un Miembro dado.

7.3.8.3.3 La cuestión de si Australia ha reducido la protección de las IG mediante las medidas TPP

7.2937. Pasamos ahora a examinar la cuestión de si, al adoptar las medidas TPP, Australia ha reducido la protección de las IG que existía en ese país inmediatamente antes del 1º de enero de 1995.

7.2938. Como se ha indicado *supra*, los reclamantes alegan que las restricciones impuestas por las medidas TPP a la utilización de IG en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos han reducido esa protección. Entendemos que los reclamantes no afirman que, de conformidad con el artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros estarían obligados a otorgar un derecho a utilizar una IG.[5766] Lo que alegan es que la protección de las IG en el marco de la legislación nacional de Australia inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 conllevaba el derecho o la capacidad de utilizar una IG, y que este elemento de la protección nacional se ha reducido como resultado de las restricciones al uso de las IG en virtud de las medidas TPP. Australia está de acuerdo en que, si un Miembro protegía un derecho de uso con respecto a una IG determinada en el marco de su legislación nacional antes del 1º de enero de 1995, ese Miembro no podría reducir la protección de esa IG prohibiendo su utilización al aplicar la Sección 3 del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, Australia contesta la afirmación de que ese derecho de uso existía en su legislación nacional en ese momento.[5767]

7.2939. Para abordar las alegaciones de los reclamantes, tenemos que considerar la protección de las IG existente en el marco de la legislación australiana antes del 1º de enero de 1995, y si esa protección se ha reducido como resultado del funcionamiento de las medidas TPP en relación con las IG. Para fundamentar esta evaluación, describiremos primero la base de la protección de las IG en Australia y el funcionamiento de las medidas TPP en relación con las IG.

7.2940. Tal como se ha expuesto con mayor detalle *supra*[5768], las marcas de fábrica o de comercio y las IG están actualmente protegidas en Australia en virtud de la Ley TM. Australia explica que adoptó la Ley TM para implementar las obligaciones que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC, y que el artículo 61 de esa Ley implementa específicamente las obligaciones con respecto a las IG en la medida en que no estuviesen ya previstas en la legislación existente.[5769] De conformidad con la Ley TM, un signo que constituya una IG puede registrarse como marca de fábrica o de comercio. En la medida en que se registren como marcas de fábrica o de comercio en Australia, generalmente las IG se registran como marcas de certificación. Las marcas colectivas también pueden otorgar protección a los signos que sean IG en Australia. Al igual que ocurre con otras marcas de fábrica o de comercio registradas, el titular de una marca de certificación o de una marca colectiva registrada puede presentar una demanda por infracción contra el uso no autorizado de un signo por terceros. Australia también protege las marcas de fábrica o de comercio y las IG al amparo de otras esferas de la legislación australiana, inclusive en virtud de medidas generales de protección de los consumidores frente a las representaciones que inducen a

[5766] Véanse la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 419 y 421; y la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 771. Aunque Cuba sostiene que la cuestión de si se puede utilizar una IG es un componente necesario del análisis de si esa indicación está o no protegida en un Miembro (primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 370), en el contexto de su alegación al amparo del párrafo 2 b) del artículo 22, incorpora específicamente el argumento de Honduras de que no está dando por sentado que haya un derecho a utilizar una IG. Véase la respuesta de Cuba a la pregunta 55 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) (donde se incorporan los argumentos formulados por Honduras en su segunda comunicación escrita, párrafos 419 y 421). A este respecto, recordamos que en el párrafo 7.2860 *supra* hemos constatado que, de conformidad con el párrafo 2 b) del artículo 22, los Miembros están obligados a arbitrar los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir, en relación con las IG, cualquier utilización que constituya un acto de competencia desleal; el párrafo 2 b) del artículo 22 no confiere a las partes interesadas un derecho positivo a utilizar IG.

[5767] Respuesta de Australia a la pregunta 43 del Grupo Especial.

[5768] Véase la sección 2.3 *supra*.

[5769] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 493.

error. La Ley de Competencia y Consumo (CCA) prohíbe con carácter general las prácticas que induzcan a error o sean engañosas en los intercambios comerciales o el comercio. En virtud de la Ley CTD, Australia prohíbe también la importación de cualquier producto que lleve una descripción comercial falsa. Australia también protege a través del "*common law*" la reputación de las empresas mediante el "ilícito civil de imitación fraudulenta", que puede conferir protección adicional frente a representaciones falsas. Las marcas de fábrica o de comercio y las IG no están protegidas *per se* en virtud de este ilícito civil, pero pueden ser probatorias de la existencia de la reputación de un comerciante, y de los daños causados a esa reputación, en el mercado pertinente.[5770]

7.2941. Recordamos que, como también se ha expuesto *supra*[5771], las medidas TPP regulan la presentación de las marcas de fábrica o de comercio y demás marcas[5772] en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco. Las medidas TPP prohíben el uso en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco de todo elemento estilizado o figurativo contenido en una IG o todo signo figurativo que constituya una IG. En cambio, permiten el uso de una palabra que constituya una IG en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y en las vitolas de los cigarros (puros) en la medida en que esa palabra sea parte del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o del nombre de la variante del producto[5773], a condición de que aparezca en la forma establecida en el Reglamento TPP. Observamos que ni el artículo 4 ni el artículo 20(3) de la Ley TPP definen el término "marca"[5774]; en particular, y a juzgar por sus propios términos, la Ley TPP, al permitir el uso de "la marca", no distingue entre las marcas que están compuestas de una sola palabra o de múltiples palabras, ni en función de si esa o esas palabras están protegidas como marca de fábrica o de comercio, como IG o ambas, o no están protegidas por ninguna forma de derecho de propiedad intelectual en Australia. Observamos, además, que la definición de "nombre de la variante" formulada en el artículo 4(1) de la Ley TPP es restrictiva, por lo que resulta poco probable que la mayoría de las IG estén comprendidas en ella.[5775] Cuando una IG es el propio nombre del país de origen del producto, también está permitida su utilización, en la forma prescrita por las medidas TPP, en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor[5776] y en las vitolas de los cigarros (puros).[5777]

7.2942. Recordamos la constatación que hemos formulado *supra* de que la frase "la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC" que figura en el párrafo 3 del artículo 24 se refiere a la situación de la protección de las IG inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 con respecto a las IG determinadas que estaban protegidas en ese momento en un Miembro dado.

7.2943. Como señala Australia[5778], solo Cuba ha identificado una IG específica, a saber, "Habanos", que, según alega, estaba protegida en Australia inmediatamente antes del 1º de enero de 1995. Cuba explica que "Habanos" identifica los puros hechos a mano originarios de Cuba que han sido producidos de acuerdo con normas específicas, y cuya calidad y reputación es imputable a su origen geográfico.[5779] Cuba aduce que "Habanos" se beneficiaba de la protección existente para las IG en Australia en ese momento y que, desde entonces, su protección se ha reducido

[5770] En la sección 2.3 *supra* pueden consultarse más detalles.
[5771] Véanse las secciones 2.1.2.3.3 y 2.1.2.4 *supra*. Véase también el análisis que hemos hecho en los párrafos 7.2854-7.2856 *supra*.
[5772] La definición de "marca" se formula en el artículo 4 de la Ley TPP en los términos siguientes: "(a) incluye (sin limitación) cualquier línea, letra, cifra, símbolo, gráfico o imagen; pero (b) (salvo cuando se refiere a una marca de fábrica o de comercio) no incluye una marca de fábrica o de comercio". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1).
[5773] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 20(3)(a); y Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.2.1 (3)(a).
[5774] Si bien la ley TPP no define la expresión "nombre de la marca", el Reglamento CI dispone que "en este reglamento, a menos que se exprese una intención en contrario: ... por ***marca*** se entiende cualquier marca, dispositivo, nombre, palabra, letra, número o símbolo y cualquier combinación de dos de esos elementos o más". Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 5 (1). (las cursivas y las negritas figuran en el original)
[5775] Véase en la nota 5650 *supra* la definición de "nombre de la variante" establecida en la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4 1).
[5776] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.3.1(c) y 2.3.4.
[5777] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 3.2.1(3)(b).
[5778] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 494.
[5779] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 367.

como resultado de las medidas TPP, y que Australia no ha cumplido con el artículo 24.3.[5780] Por ese motivo, examinamos si la protección de que goza "Habanos" como IG en Australia se ha reducido desde el 1º de enero de 1995.

7.2944. Australia sostiene que la IG "Habanos" se registró como marca de fábrica o de comercio en Australia a partir del 16 de abril de 2010 (marca registrada 1356832) y, por lo tanto, no estaba protegida como marca de fábrica o de comercio con arreglo a la Ley TM antes de esa fecha.[5781] Cuba no pone en cuestión la fecha de registro de la IG "Habanos" como marca de fábrica o de comercio.[5782] En la medida en que "Habanos" no gozaba de protección como marca de fábrica o de comercio en Australia antes del 1º de enero de 1995, el párrafo 3 del artículo 24 no se aplica a la protección de que goza actualmente "Habanos" en Australia en virtud de su registro como marca de fábrica o de comercio a partir del 16 de abril de 2010.[5783]

7.2945. Australia añade que, en la medida en que Cuba pueda demostrar que "Habanos" tenía derecho a cualesquiera protecciones al amparo del *common law* o de las leyes en Australia antes

[5780] Cuba alega que Australia no ha cumplido con el artículo 24.3 porque ha disminuido el nivel de protección que otorgaba a la IG "Habanos". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 365 y 378. En respuesta a la pregunta 44 del Grupo Especial, Cuba sostiene que la definición de "IG" establecida en el párrafo 1 del artículo 22 abarca, además de "Habanos", el Sello de Garantía del Gobierno cubano y las IG de los fabricantes cubanos de tabaco, como por ejemplo "Cohiba" "Hoyo de Monterrey", "Cabañas", "Cuaba" y "San Cristóbal de la Habana". Cuba se refiere también a elementos gráficos, como la representación gráfica del escudo nacional de Cuba o la palma real, constitutivos del Sello de Garantía del Gobierno cubano, la imagen de los campos tabacaleros de Pinar del Río en la marca Vegas Robaina, y la imagen de la cabeza del indio en la marca Cohiba. Sin embargo, Cuba no alega que tales IG existieran en Australia el 1º de enero de 1995. En su respuesta a la pregunta 46 del Grupo Especial, Cuba se refiere únicamente a la indicación geográfica "Habanos". Cuba enumera las marcas "Cohiba", "Cuaba", "Hoyo de Monterrey" y "San Cristóbal de la Habana" como marcas comerciales cubanas Clase 34 en su primera comunicación escrita, anexo 1, parte 1, números 6; 7 y 8; 20; y 44, respectivamente.

En respuesta a la pregunta 46 del Grupo Especial, en la que se piden aclaraciones respecto de cualquier IG determinada que los reclamantes consideren pertinente para sus alegaciones al amparo del párrafo 3 del artículo 24, Honduras, la República Dominicana e Indonesia (por referencia a su respuesta a la pregunta 44 del Grupo Especial) confirman que sus alegaciones al amparo de esa disposición se refieren al nivel general de protección de las IG, y no a la protección de IG determinadas.

[5781] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 494.

[5782] Cuba se refiere al mismo registro de "Habanos" como marca compuesta en su primera comunicación escrita, anexo 1, parte 1, Nº 19.

[5783] Observamos que, aunque Honduras no ha identificado ninguna IG específica que estuviera protegida como marca de fábrica o de comercio en Australia antes de 1995, presenta argumentos relativos a la protección de las IG como marcas de fábrica o de comercio en Australia. Honduras sostiene que el artículo 20 de la Ley TM de Australia otorga un derecho exclusivo a usar una marca de fábrica o de comercio, incluso una marca que contenga una IG, y que ese derecho de uso se ha reducido en el caso de las IG relacionadas con el tabaco. Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 440. Australia responde que los artículos 171 y 20 1) de la Ley TM otorgan a los titulares de marcas de fábrica o de comercio y marcas de certificación registradas, respectivamente, la exclusividad de uso, que se hace respetar a través del derecho a emprender acciones coercitivas contra la infracción por terceros. Australia explica, en referencia a una resolución dictada por el Tribunal Supremo de Australia en el caso *JTI v. Commonwealth*, que la naturaleza de los derechos reconocidos en Australia a los titulares de marcas de fábrica o de comercio, tanto en virtud del *common law* como en virtud de las leyes, son derechos negativos de exclusión. Respuesta de Australia a la pregunta 184 del Grupo Especial. Observamos que el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*, recordando que grupos especiales anteriores y el Órgano de Apelación han examinado cuestiones relacionadas con el contenido y la interpretación de la legislación nacional como cuestiones de hecho, observó que "[u]n aspecto de ello es la necesidad de los tribunales internacionales de tener en cuenta las decisiones de los tribunales nacionales sobre el significado de la legislación interna". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*, párrafo 7.53. En la presente diferencia, Honduras no ha demostrado que, contrariamente a las explicaciones de Australia y a la reciente decisión del Tribunal Supremo de Australia, el titular de una marca de fábrica o de comercio hubiera tenido un derecho positivo a hacer uso de su marca en Australia antes del 1º de enero de 1995. También observamos que un reclamante, a saber, Indonesia, se refiere a Australia como "un mercado sin derecho positivo a hacer uso de una marca de fábrica o de comercio". Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 89. Por consiguiente, habida cuenta de lo anterior, observamos que, incluso si los reclamantes han identificado una IG que estaba protegida como marca de fábrica o de comercio en Australia antes del 1º de enero de 1995, las medidas TPP no podrían haber reducido su protección infringiendo el párrafo 3 del artículo 24 respecto de un derecho a usar una marca de fábrica o de comercio que Honduras no ha demostrado que existiera en el marco del derecho australiano antes del 1º de enero de 1995.

del 1º de enero de 1995, esas protecciones no se han reducido por la implementación de las medidas TPP.[5784]

7.2946. La alegación de Cuba en relación con la IG "Habanos" plantea dos cuestiones. La primera es si la protección de la que cualquier IG (incluida "Habanos", en la medida en que estuviera protegida en ese momento) podría haber gozado en virtud de las leyes o del *common law* inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 se ha reducido como resultado de las medidas TPP. Para evaluar este aspecto habría que establecer, en la medida en que fuera necesario, en qué consistía la protección en esa fecha y en qué consiste actualmente con arreglo a la ley nacional pertinente de Australia, y comparar ambos resultados. La segunda cuestión es si disponemos de pruebas adecuadas para concluir que "Habanos" gozaba, de hecho, de protección en Australia como IG inmediatamente antes de esa fecha indicada y, por consiguiente, tenía derecho a beneficiarse de esa protección.

7.2947. Consideramos en primer lugar si la protección de que gozaban las IG en virtud de las leyes o del *common law* en Australia inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 se ha reducido como resultado de las medidas TPP, suponiendo, a efectos de argumentación, que "Habanos" gozaba de protección como IG en virtud de esos instrumentos. Si concluimos que la protección otorgada a las IG se ha reducido en el marco de esas protecciones de las leyes y del *common law*, pasaremos a examinar la segunda cuestión, es decir, si "Habanos" gozaba de hecho de protección en Australia como IG en aquel momento.

7.2948. Recordamos que las alegaciones formuladas por Honduras, la República Dominicana e Indonesia al amparo del párrafo 3 del artículo 24 se refieren al nivel general de protección de las IG, y no a la protección de IG específicas. Sin embargo, esas alegaciones coinciden en parte con la alegación de Cuba relativa a la IG "Habanos", en la medida en que esa alegación solo puede prosperar si el nivel general de protección de las IG en el marco de las leyes y el *common law* de Australia (y, como resultado, la protección otorgada a "Habanos" en virtud de esos instrumentos) se ha reducido como resultado de las medidas TPP.[5785] Por lo tanto, al examinar la alegación de Cuba, tomaremos en consideración los argumentos formulados por todos los reclamantes acerca de la protección general de las IG en el marco de las protecciones de las leyes y el *common law* de Australia antes del 1º de enero de 1995, así como las respuestas de Australia.

7.2949. Cuba aduce que "la capacidad de utilizar" una IG es un componente necesario del análisis de si está "protegida"[5786], y que "protección significa 'derecho a usar' una denominación geográfica".[5787] Cuba afirma que, inmediatamente antes del 1º de enero de 1995, los exportadores cubanos podían utilizar la IG "Habanos" en su forma original en el empaquetado de los puros LHM vendidos en el mercado australiano, pero, como resultado de las medidas TPP, ya no pueden utilizar esa IG (ni en su forma original ni tampoco en una forma modificada) en las cajas de puros LHM vendidos en el mercado australiano. Asimismo, Cuba alega que, antes de 1995, la IG "Habanos" se beneficiaba de la ley común de libertad de usar cualquier palabra o dispositivo asociado al suministro de bienes o servicios.[5788] Australia responde que cualesquiera protecciones de las leyes y el *common law* de que hubiera podido beneficiarse "Habanos" antes de esa fecha no se han reducido por la implementación de las medidas TPP. En particular, ni actualmente existe ni en esa fecha existía un derecho a utilizar una IG protegida en virtud de la legislación australiana. En opinión de Australia, los reclamantes confunden la capacidad de utilizar una IG conforme a la

[5784] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 71.

[5785] Observamos que, normalmente, la protección de la que puede beneficiarse una IG determinada en virtud de la legislación nacional se otorga mediante un sistema general de protección de las IG que comprende una determinación del alcance de los derechos conferidos a las IG protegidas, y de la naturaleza y el alcance de las excepciones a esos derechos. En la medida en que una IG determinada estuviera protegida en cualquier momento en el marco de ese sistema general de protección, cualquier reducción del nivel de protección otorgado a tal IG determinada sería generalmente resultado de un ajuste más amplio del sistema general de protección. Por lo tanto, en la práctica, la cuestión de si la protección de una IG determinada se ha reducido depende normalmente de si se ha reducido la protección otorgada a las IG en el marco de ese sistema legal.

[5786] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 370.

[5787] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 373 (donde se hace referencia a Audier, Protección de las indicaciones geográficas (Prueba documental CUB-49), página 7). En el texto citado, Audier describe la protección de las denominaciones geográficas en Francia y la CE afirmando que "en términos generales, protección significa 'derecho a utilizar' una denominación geográfica con la consecuencia de que a veces está prohibido utilizarla".

[5788] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 374-376.

legislación australiana con el derecho a utilizar una IG conforme a la legislación australiana.[5789] Australia añade que, en el caso *JTI v. Commonwealth*, el Tribunal Supremo de Australia afirmó recientemente que la naturaleza de los derechos reconocidos en Australia a los titulares de marcas de fábrica o de comercio (tanto en virtud del *common law* como de las leyes) son derechos *negativos* de exclusión.[5790]

7.2950. Australia adoptó su Ley TM de 1995 para implementar las obligaciones que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC con respecto de las IG en la medida en que no lo hiciera ya la legislación existente.[5791] Antes de 1995, las IG se beneficiaban ya de los recursos previstos en las leyes de protección de los consumidores y el *common law*. Entendemos que esos recursos legales tienen el efecto de abordar diversas formas de representaciones susceptibles de inducir a error que pueden incluir el uso indebido de las IG.[5792] Puesto que esas leyes y recursos legales tratan de diversos modos de suprimir las representaciones susceptibles de inducir a error, desde la perspectiva de los consumidores, y de impedir la apropiación indebida del fondo de comercio de un comerciante, entendemos que no estipulan de qué forma pueden o deberían emplearse legítimamente los términos como condición para la protección contra el uso indebido. Cuba no ha identificado ninguna norma legal concreta en virtud de la cual, antes de 1995, la parte interesada en la IG "Habanos" habría tenido un derecho legalmente reconocido a utilizar esa IG. Más bien, entendemos que Cuba afirma que ese derecho se originó en el marco del *common law*, ya que reconoce la "libertad de usar cualquier palabra o dispositivo asociado al suministro de bienes o servicios".[5793] Sin embargo, Cuba no ha explicado de qué manera esa libertad de usar cualquier palabra o dispositivo equivaldría a un derecho legalmente protegido a usar tal palabra o dispositivo sin ninguna de las restricciones que figuran en otras leyes aplicables. Por consiguiente, Cuba no ha demostrado que en virtud de las protecciones legales o del *common law* disponibles antes de 1995, las partes interesadas habrían tenido, con respecto a las IG, un derecho legalmente protegido a utilizar sus IG. Incluso suponiendo, a efectos de argumentación, que los recursos previstos en esas protecciones contra las representaciones que inducen a error hubieran estado disponibles con respecto a la IG "Habanos" inmediatamente antes del 1º de enero de 1995, Cuba no ha demostrado que los exportadores cubanos hubieran tenido un derecho legalmente protegido en Australia a utilizar la IG "Habanos" en su forma original en el empaquetado de los puros LHM en esa fecha. Aun cuando los exportadores cubanos hubiesen podido usar, en esa fecha, la IG "Habanos" en el mercado sin contravenir las leyes aplicables, esa capacidad no puede confundirse con un derecho positivo y legalmente reconocido a utilizar la IG conforme a la legislación australiana.[5794]

7.2951. Honduras sostiene que la cuestión no es si existía un "*derecho de uso*" de una IG en el marco de la legislación nacional australiana antes de 1995.[5795] Argumenta en cambio, que el término "protección" en el párrafo 3 del artículo 24 debe leerse a la luz de la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC en el sentido de que comprende, entre otras cosas, la *capacidad de utilizar* marcas distintivas para alcanzar la condición de IG, y la capacidad de hacer respetar eficazmente los derechos para impedir el uso que induzcan a error u otros usos de las IG que reduzcan la fortaleza de los derechos de propiedad intelectual.[5796] Añade que la capacidad de utilizar IG era

[5789] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 501.

[5790] Respuesta de Australia a la pregunta 184 del Grupo Especial, párrafo 166 (donde se hace referencia a *JTI v. Commonwealth* (Pruebas documentales AUS-500, CUB-50), párrafo 248 (Crennan J)).

[5791] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 493.

[5792] Véase los párrafos 2.89-2.93 supra.

[5793] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 376 (donde se hace referencia a *JTI v. Commonwealth* (Pruebas documentales AUS-500, CUB-50), párrafo 76 (Gummow J))). Observamos que la frase citada por Cuba va precedida por la expresión "en ausencia de prohibiciones en otras partes del *common law* o de la legislación". En el párrafo 76 de esa sentencia, el juez Gummow toma nota aprobatoriamente de la proposición contenida en la comunicación oral del Fiscal General de Queensland de que "en ausencia de prohibiciones en otras partes del *common law* o de la legislación, en el marco del *common law* hay libertad de usar cualquier palabra o dispositivo asociado al suministro de bienes o servicios". El Fiscal General añadió que "esa libertad basada en el *common law* no es de carácter exclusivo".

[5794] Dicho de otro modo, el alcance de la protección legal otorgada a las IG en Australia conforme a las leyes y los recursos legales aplicables en la fecha pertinente no puede entenderse como un derecho legal a hacer uso de una IG de una forma determinada.

[5795] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 437. Honduras argumentó inicialmente que, antes del 1º de enero de 1995, las leyes australianas protegían las IG permitiendo a sus titulares utilizarlas. Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 767.

[5796] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 437.

parte del sistema de protección de las IG antes de 1995.[5797] Honduras mantiene que, "desde el 1º de diciembre de 2012, sin embargo, el nivel de protección se ha reducido por debajo del nivel existente antes de 1995, ya que no se pueden desarrollar nuevas IG y las indicaciones existentes no se pueden mantener en el nivel de fortaleza determinado por sus titulares".[5798]

7.2952. Recordamos que, en el párrafo 7.2950, hemos constatado que Cuba no ha demostrado que, en virtud de las protecciones legales o del *common law* aplicables a las IG en Australia antes de 1995, las partes interesadas habrían tenido, con respecto a las IG, un derecho legalmente protegido a utilizar sus IG. En nuestra opinión, Honduras no ha explicado adecuadamente cómo la capacidad de utilizar una IG equivaldría a un derecho protegido, y no ha demostrado que, en virtud de esas protecciones legales o del *common law* aplicables a las IG antes de 1995, las partes interesadas habrían tenido, con respecto a las IG, una capacidad legalmente protegida para utilizar sus IG, que estaría, de ese modo, comprendida en el término "protección" en el sentido del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.2953. Asimismo, tomamos nota de que Honduras sostiene también que, a la luz de la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, el término "protección" utilizado en el párrafo 3 del artículo 24 debe entenderse en el sentido que incluye la capacidad de utilizar marcas distintivas para alcanzar la condición de IG.[5799] Observamos que, según sus propios términos, la nota 3 define el término "protección" a los efectos de las obligaciones de trato nacional y trato NMF establecidas en los artículos 3 y 4 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5800] En nuestra opinión, esta definición, que es pertinente a los fines de la interpretación del alcance de las obligaciones internacionales impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC, no aporta orientación para la evaluación fáctica del estado de las leyes nacionales de Australia tal como existían antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Por consiguiente, no permite inferir la existencia de una capacidad de utilizar una IG en el mercado australiano como un derecho legalmente protegido en el marco de las leyes australianas.

7.2954. La República Dominicana aduce que Australia establece una "falsa distinción" entre libertad de mercado y derecho de uso, y sostiene que, inmediatamente antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC, no existía "un 'derecho [formal] de uso'" de las IG codificado en las leyes australianas. Sin embargo, manifiesta que eso no justifica la supuesta infracción del párrafo 3 del artículo 24 por Australia. La República Dominicana mantiene que carece de importancia si esa protección de las IG se posibilitó en virtud del "derecho de uso" o de la "libertad de mercado".[5801] Sin embargo, la República Dominicana no ha demostrado que las libertades de mercado de carácter general, a las que hace referencia y en cuyo marco los agentes del mercado titulares de IG operaban en el mercado australiano antes de 1995, equivalieran a derechos legalmente protegidos por las leyes australianas en esa fecha.[5802]

[5797] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 438.

[5798] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 439.

[5799] Segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 437.

[5800] La nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone lo siguiente: "A los efectos de los artículos 3 y 4, la 'protección' comprenderá los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente este Acuerdo." El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Indonesia - Automóviles* explicó que "[c]omo queda claro en la nota a pie de página al artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, la regla del trato nacional que figura en dicho artículo no se aplica al uso de los derechos de propiedad intelectual en general sino únicamente a 'los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente este Acuerdo'". Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.275.

[5801] Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 804-805; y respuesta de la República Dominicana a la pregunta 48 del Grupo Especial.

[5802] Observamos que el propio Acuerdo sobre los ADPIC establece una distinción entre los reglamentos sobre propiedad intelectual y las demás materias de reglamentación. Como señaló el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, los principios establecidos en el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC "responden al hecho de que en general el Acuerdo no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos. Esta característica fundamental de la protección de la propiedad intelectual ofrece de por sí a los Miembros libertad para lograr objetivos legítimos en materia de política pública, ya que muchas medidas destinadas a alcanzar tales objetivos quedan fuera del ámbito de los derechos de propiedad intelectual y no requieren una excepción en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC". Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* (Estados Unidos), párrafo 7.210; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246.

7.2955. Cuba presenta otro argumento relativo a la protección amparada por el *common law* de Australia frente al fraude de imitación. Cuba sostiene que "Habanos" se ha creado una reputación que conlleva la protección por fraude por imitación al amparo del derecho común. Argumenta que "la incapacidad de uso de la IG Habanos en relación con puros LHM" debilitará con el tiempo la reputación de la IG Habanos en Australia y, de ese modo, supondrá una reducción o limitación del ámbito de fundamentación efectiva en el supuesto de fraude por imitación. Cuba mantiene que, consecuentemente, las medidas TPP disminuirán inevitablemente la protección disfrutada por la IG "Habanos" antes del 1º de enero de 1995 y, por ello, violan el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.[5803] Australia responde que ningún aspecto de las medidas TPP, incluidos los aspectos prohibitivos de las medidas, interfiere en el funcionamiento de las medidas por fraude por imitación al amparo del *common law*. Australia añade que los gobiernos no están obligados a crear o permitir las condiciones del mercado que dan lugar a una acción por fraude por imitación.[5804]

7.2956. Entendemos que Cuba no aduce que las acciones frente a la imitación fraudulenta basadas en el *common law* de Australia en sí mismas se hayan debilitado sistemáticamente como resultado de las medidas TPP. Lo que aduce Cuba es que "la incapacidad de uso de la IG Habanos en relación con puros LHM" debilita "inevitablemente" la reputación de la IG "Habanos", haciendo más difícil emprender acciones contra la imitación fraudulenta respecto de esa IG específica. Recordamos que cada Miembro está obligado en virtud del párrafo 3 del artículo 24 a no reducir "la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC", frase que, según hemos constatado en el párrafo 7.2936, se refiere al estado de protección de las IG inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 en lo referente a las IG determinadas que estaban protegidas en ese momento en un Miembro dado. En la medida en que "Habanos" gozara de protección como IG en Australia antes de 1995, se habría beneficiado de los recursos contemplados en las leyes de protección de los consumidores y el *common law* para hacer frente a diversas formas de representaciones que inducen a error, que pueden incluir el uso indebido de las IG.[5805] Los reclamantes no han demostrado que esa protección habría disminuido, en general o específicamente, respecto de "Habanos". En particular, suponiendo que tales recursos legales estuvieran disponibles para la IG "Habanos" antes de 1995, Cuba no ha demostrado que esos recursos conllevaran un derecho legalmente protegido a utilizar la IG "Habanos" con objeto de mantener la fortaleza de su protección frente a la imitación fraudulenta. Entendemos que la forma en que una parte interesada utiliza su IG en el marco de la reglamentación del mercado aplicable para mantener la reputación de esa IG no forma parte de la protección legal que Australia otorga en virtud de ese instrumento legal nacional y, en consecuencia, no está abarcada por el término "protección" del párrafo 3 del artículo 24. Por consiguiente, constatamos que Australia no está obligada, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 24, a crear, permitir o mantener las condiciones de mercado que pueden dar lugar a una acción por imitación fraudulenta.

7.2957. A la luz de las pruebas que se nos han presentado, constatamos que los reclamantes no han demostrado que la protección de que gozaban las IG al amparo de la legislación australiana, inclusive en virtud de medidas generales de protección de los consumidores concernientes a las representaciones que inducen a error o el ilícito civil de imitación fraudulenta del *common law,* inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 se haya reducido como resultado de las medidas TPP.

7.2958. A la luz de esta constatación, no consideramos necesario abordar la cuestión de si disponemos de pruebas adecuadas para concluir que "Habanos" gozaba de protección como IG en Australia inmediatamente antes del 1º de enero de 1995 en el sentido del párrafo 3 del artículo 24.

7.3.8.4 Conclusión

7.2959. A la luz del análisis que precede, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

[5803] Respuesta de Cuba a la pregunta 43 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5804] Respuesta de Australia a la pregunta 185 del Grupo Especial.

[5805] Véanse los párrafos 2.89-2.93 *supra*.

7.4 Párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994

7.2960. El párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 dispone lo siguiente:

> En lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros serán tales que sea posible ajustarse a ellos sin ocasionar un perjuicio grave a los productos, reducir sustancialmente su valor, ni aumentar de manera irrazonable su precio de costo.[5806]

7.2961. Cuba, único reclamante que formula esta alegación, aduce que las medidas TPP infringen el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994. Australia rechaza la alegación de Cuba y mantiene que las medidas TPP no son incompatibles con el párrafo 4 del artículo IX, y en cualquier caso estarían justificadas por lo dispuesto en el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

7.4.1 Principales argumentos de las partes[5807]

7.2962. Cuba, basándose en el sentido corriente de los términos "marca" y "origen", aduce que las medidas TPP, en tanto en cuanto limitan el uso de la IG Habanos (y, más en general, de las IG), son medidas que afectan a las "marcas" y, por extensión, a la "fijación de marcas" en los productos de tabaco.[5808] Añade que los productos de tabaco producidos en Australia no están asociados a ninguna IG, por lo cual las limitaciones impuestas por Australia a la exposición de las IG en el empaquetado de los productos de tabaco solo puede aplicarse a los productos importados. Por consiguiente, mantiene Cuba, la prohibición de exponer las IG impuesta por Australia es una medida que afecta exclusivamente a la fijación de marcas en "los productos importados", y en consecuencia está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.[5809] Según Cuba, las medidas TPP infringen lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 porque reducen sustancialmente el valor de los puros LHM cubanos al prohibir la fijación de la IG Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano[5810] en el empaquetado de los productos de tabaco procedentes de Cuba.[5811]

7.2963. Cuba no niega que las medidas TPP permiten que el país de origen (por ejemplo, "Hecho en Cuba") se indique en los puros LHM cubanos.[5812] Su alegación se refiere a lo que describe como una prohibición de la exposición de la IG Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano en virtud de las medidas TPP. Según Cuba, las investigaciones académicas y determinados organismos autorizados, como la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la

---

[5806] De conformidad con el párrafo 1 a) del GATT de 1994:

> El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994") comprenderá: a) las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (excluido el Protocolo de Aplicación Provisional), rectificadas, enmendadas o modificadas por los términos de los instrumentos jurídicos que hayan entrado en vigor con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

El párrafo 2 a) del GATT de 1994 contiene la siguiente Nota explicativa: "Las referencias que en las disposiciones del GATT de 1994 se hacen a una 'parte contratante' se entenderán hechas a un 'Miembro'".

[5807] Los argumentos más detallados de las partes se encuentran en los resúmenes de sus comunicaciones, que figuran en el anexo B.

[5808] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 420.

[5809] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 421.

[5810] Respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5811] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 419; y respuesta de Cuba a la pregunta 138 del Grupo Especial.

[5812] Según Cuba, "en efecto, la única información pertinente acerca de los puros LHM cubanos que puede incluirse en el empaquetado para la venta al por menor es una declaración de que los cigarros están 'Hechos en Cuba' y una declaración de que el paquete contiene puros hechos a mano. No puede transmitirse ninguna otra información al consumidor". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 71 (no se reproducen las notas de pie de página) (donde se hace referencia al Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 8(c)(i), interpretado en conjunción con el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.3.4, y al Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 8(c)(ii) (donde se requiere una "descripción exacta")). Véase la respuesta de Cuba a la pregunta 189 del Grupo Especial.

Alimentación (FAO), han respaldado la presunción de que las IG están generalmente asociadas a un sobreprecio. Por la misma razón, aduce Cuba, prohibir la exposición de una IG existente limita la capacidad de los exportadores para cobrar un sobreprecio, y probablemente reducirá el valor de los productos afectados en comparación con el que de otro modo tendrían.[5813] Cuba añade que la prohibición de la exposición de la IG Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano impuesta por Australia[5814] generará inevitablemente incertidumbre entre los consumidores acerca de la autenticidad de los productos que están comprando[5815], y afirma que es probable que esa incertidumbre sea especialmente grave en el caso en que una IG que ha sido utilizada durante decenios es súbitamente retirada del mercado.[5816] Según Cuba, de ello se sigue que la prohibición de la exposición de la IG Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano[5817] tendrá por efecto una reducción del valor de los puros LHM cubanos (en relación con el que tendrían si la IG Habanos pudiera exponerse en el empaquetado de los puros LHM cubanos para la venta al por menor).[5818]

7.2964. Australia aduce que la alegación de Cuba "carece de fundamento"[5819] por tres razones. En primer lugar, Cuba no ha demostrado que el artículo IX del GATT de 1994 sea aplicable a la fijación de marcas en los productos en general. En particular, Cuba no ha podido demostrar que la fijación de marcas de origen se refiera a "algo más restringido" que el país de origen, como la "fábrica o región de origen".[5820] En segundo lugar, Cuba no ha demostrado que el artículo IX también sea aplicable a las prohibiciones del uso de determinadas marcas, y no solo a las prescripciones de fijar marcas de origen en los productos importados.[5821] En tercer lugar, Cuba no ha demostrado que el valor de los puros LHM cubanos se haya visto "sustancialmente reducido" como consecuencia de las medidas TPP.[5822] Australia añade que el artículo IX no crea un derecho de un Miembro a aplicar una marca en particular a un producto por el mero hecho de que el Miembro considere que dicha marca le permitirá aumentar el precio que cobra por él.[5823] Australia sostiene que el argumento de Cuba, si se aceptara, tendría por consecuencia que el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 creara un "derecho de uso" en lo que respecta a las IG. En las circunstancias en que el Acuerdo sobre los ADPIC no confiere tal "derecho de uso", no se puede sostener que el párrafo 4 del artículo IX, que ni siquiera menciona las IG, crea ese derecho. En particular, si todas las IG confieren un sobreprecio, como mantiene Cuba, cualquier prohibición del uso de una IG reduciría, según Cuba, el valor del producto e incumpliría lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo IX.[5824]

7.2965. Australia añade que Cuba, aunque afirma que su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo IX también abarca el Sello de Garantía del Gobierno cubano, no ha formulado ningún argumento ni presentado ninguna prueba para justificar esta alegación, y no ha efectuado una acreditación *prima facie* en relación con ella.[5825] Según Australia, Cuba no ha presentado ninguna prueba o argumento que demuestren que la imposibilidad de utilizar el Sello de Garantía del Gobierno cubano, y en particular las imágenes que figuran en ese Sello, ha dado lugar a una reducción sustancial del valor de los cigarros LHM cubanos. Todos los argumentos de Cuba están relacionados con su incapacidad para utilizar la marca "Habanos" y la supuesta repercusión que ello tiene en el valor de sus cigarros LHM. La única mención del Sello de Garantía del Gobierno cubano en el contexto del párrafo 4 del artículo IX es una respuesta a una pregunta del Grupo Especial, en la que Cuba simplemente afirma que su alegación abarca el Sello.[5826] Australia añade que Cuba no ha explicado por qué el Sello de Garantías del Gobierno cubano está comprendido en

[5813] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 423.
[5814] Respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[5815] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 425.
[5816] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 426.
[5817] Respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).
[5818] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 426.
[5819] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 573.
[5820] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 750-752.
[5821] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 745-749.
[5822] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 579-585.
[5823] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 749.
[5824] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 582.
[5825] Observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 192, 194 y 195 del Grupo Especial, y nota 315 de dichas observaciones.
[5826] Observaciones de Australia sobre las respuestas de Cuba a las preguntas 187-191 y 193 del Grupo Especial.

el ámbito de aplicación de las disciplinas del párrafo 4 del artículo IX, aparte de declarar que el Sello contiene "indicaciones geográficas indirectas" en forma de imágenes del escudo de Cuba, los campos tabacaleros cubanos y el árbol nacional de Cuba, la palma real. Según Australia, la fijación de la marca "Cuba", que está incluida en el Sello de Garantía del Gobierno cubano, está permitida en los cigarros empaquetados genéricamente y no parece ser el objeto de la reclamación de Cuba. Antes bien, parece que dicha reclamación es que determinadas imágenes, como las de palmas, ya no están permitidas en sus paquetes. Sin embargo, es evidente que las disciplinas del artículo IX no abarcan las marcas pictóricas por el mero hecho de que estas puedan ser símbolos de un país determinado.[5827]

7.2966. Si el Grupo Especial resolviera que Cuba, pese a ello, ha demostrado la existencia de una infracción del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994, Australia aduce que las medidas TPP están justificadas al amparo de la excepción establecida en el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, porque son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas.[5828] En apoyo de esta defensa condicional, Australia se remite a sus argumentos en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[5829]

7.2967. Cuba niega que su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo IX "carezca de fundamento"[5830] o que las medidas TPP estarían en última instancia justificadas por la excepción establecida en el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994[5831], como afirma Australia. En ese sentido, Cuba hace referencia a sus argumentos en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, destacando que en lo que respecta al apartado b) del artículo XX la carga de la prueba incumbe a Australia a pesar de la similitud de los estándares legales de esas dos disposiciones.[5832]

7.4.2 Principales argumentos de los terceros[5833]

7.2968. El Canadá sostiene que Cuba caracteriza indebidamente la naturaleza de la obligación establecida en el párrafo 4 del artículo IX.[5834] Las disciplinas del párrafo 4 del artículo IX solo afectan a las marcas de origen, no al universo de la fijación de marcas en los productos.[5835] Según el Canadá, las palabras "sea posible ajustarse a ellos" que figuran en el párrafo 4 del artículo IX representan el elemento operacional esencial de la disposición. Explican la finalidad del párrafo 4 del artículo IX, que es someter a disciplinas la manera en que puede exigirse el cumplimiento de una prescripción relativa a la fijación de marcas.[5836] Según el Canadá, dado que el párrafo 4 del artículo IX no establece disciplinas acerca de si los Miembros pueden, o en qué medida pueden, exigir la fijación de marcas en los productos importados[5837], una prohibición o restricción del uso de una marca de origen no infringe el párrafo 4 del artículo IX.[5838]

7.2969. China argumenta que los Miembros no tienen facultades discrecionales para adoptar medidas en materia de salud pública. Según China, las medidas de salud pública que sean incompatibles con disposiciones del GATT de 1994, como el párrafo 4 del artículo IX, pueden estar justificadas al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.[5839]

7.2970. La Unión Europea, refiriéndose a la aplicación concurrente del Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC, aduce que la fijación de marcas de origen es algo a lo que no se hace referencia expresa en la definición de reglamento técnico que figura en el Acuerdo OTC, mientras que la fijación de marcas de origen y las cuestiones relacionadas con el origen están específicamente

[5827] Observaciones de Australia sobre las respuestas de Cuba a las preguntas 187-191 y 193 del Grupo Especial.
[5828] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 754-760.
[5829] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 754-761, en particular los párrafos 757-758.
[5830] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 396-400.
[5831] Segunda comunicación escrita de Cuba, párrafos 401-413.
[5832] Respuesta de Cuba a la pregunta 132 del Grupo Especial.
[5833] Los resúmenes de los argumentos de los terceros figuran en el anexo C.
[5834] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 103.
[5835] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 104.
[5836] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 105.
[5837] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 105.
[5838] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 108.
[5839] Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 7.

reguladas por el artículo IX del GATT y por el Acuerdo sobre Normas de Origen, respectivamente.[5840]

7.2971. Nueva Zelandia solicita al Grupo Especial que rechace la alegación formulada por Cuba al amparo del párrafo 4 del artículo IX del GATT.[5841]

7.4.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.2972. La alegación formulada por Cuba al amparo del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 guarda relación con el trato otorgado, con arreglo a las medidas TPP, a dos signos específicos: i) el signo que Cuba describe como la IG Habanos; y ii) el Sello de Garantía del Gobierno cubano. Cuba aduce que las medidas TPP, en tanto en cuanto limitan el uso de esos signos, afectan a la "fijación de marcas en los productos importados", en el sentido del párrafo 4 del artículo IX, y "reducen sustancialmente el valor" de los puros LHM cubanos, en infracción de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo IX.

7.2973. Nos parece útil examinar primero en qué consisten los dos signos específicos invocados por Cuba, y aclarar la manera en que las medidas TPP afectan al uso de esos signos.[5842]

7.4.3.1 El signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano

7.2974. Cuba describe el signo Habanos en la forma siguiente:

> Merced a los esfuerzos desplegados por Cuba para proteger y promover su rama de producción de puros y sus exportaciones, el término "Habanos" ha llegado a ser reconocido mundialmente para describir grandes puros hechos a mano de gran calidad de procedencia cubana. El propio término proviene del nombre de la ciudad de La Habana, desde la que desde hace siglos se exportan los puros cubanos. "Habano" (o "habanos" en plural) significa simplemente procedente de La Habana.[5843]

7.2975. En relación con lo anterior, el siguiente signo está registrado en Australia como una marca de fábrica o de comercio compuesta:

Figura 15: La marca de fábrica o de comercio compuesta Habanos registrada en Australia



Fuente: Primera comunicación escrita de Cuba, anexo 1, parte 1, punto Nº 19.

7.2976. Cuba indica, además, que el 27 de diciembre de 1967, en el marco del "Arreglo de Lisboa relativo al Registro Internacional de las Denominaciones de Origen" (Arreglo de Lisboa), registró los términos "Habanos Denominación de Origen Protegida (D.O.P.)".[5844] Cuba alude a ello como la "IG Habanos".[5845]

7.2977. Además, como explica Cuba, en 1994 la Corporación Habanos S.A. empezó a aplicar en las esquinas superiores de sus cajas de puros LHM "la IG Habanos, en forma de etiqueta", aplicando una marca compuesta en color consistente en la palabra "Habanos" y una imagen de

[5840] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 44.
[5841] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafo 124.
[5842] Al hacerlo no formulamos ninguna determinación sobre si, y en su caso cómo, lo que Cuba describe como la "IG Habanos" está protegido como una IG en Australia, y aludiremos a ello como el "signo Habanos". Tampoco formulamos ninguna determinación sobre si el Sello de Garantía del Gobierno cubano está protegido como una IG en Australia.
[5843] Primera comunicación escrita de Cuba, anexo 1, parte 2, párrafo 1.
[5844] Primera comunicación escrita de Cuba, anexo 1, parte 2, párrafo 3.
[5845] Primera comunicación escrita de Cuba, anexo 1, parte 2, párrafo 3.

chevrones que configuran una hoja[5846], es decir, una etiqueta que contiene la marca compuesta Habanos arriba mencionada registrada en Australia:

Figura 16: La etiqueta Habanos aplicada en las esquinas superiores de las cajas de puros LHM cubanos a partir de 1994



Fuente: Primera comunicación escrita de Cuba, anexo 1, parte 2, párrafo 5.

7.2978. Cuba añade que en 2004 esa etiqueta se modificó como se muestra más abajo en la figura 20[5847], es decir, como una etiqueta que contenía tanto la marca de fábrica o de comercio compuesta arriba expuesta como los términos "Denominación de Origen Protegida (D.O.P.)" registrados en el marco del Arreglo de Lisboa:

Figura 17: La etiqueta Habanos aplicada en las esquinas superiores de las cajas de puros LHM cubanos desde 2004



Fuente: *Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo* 67, ilustración 4.

7.2979. Cuba alude a esa etiqueta como "la etiqueta IG Habanos"[5848], y la define también como la "IG Habanos".[5849]

7.2980. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Cuba confirmó que su reclamación también es aplicable al Sello de Garantía del Gobierno cubano en tanto en cuanto las medidas TPP prohíben igualmente su uso.[5850] El Sello de Garantía del Gobierno cubano se reproduce en la siguiente figura:

[5846] Primera comunicación escrita de Cuba, anexo 1, parte 2, párrafo 5.
[5847] Primera comunicación escrita de Cuba, anexo 1, parte 2, párrafo 6.
[5848] Primera comunicación escrita de Cuba, anexo 1, parte 2, párrafo 6.
[5849] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 68 e ilustración 4. Como se ha señalado, en el marco del Arreglo de Lisboa Cuba también hace referencia al registro del término "Habanos" como "IG Habanos".
[5850] Respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

Figura 18: El Sello de Garantía del Gobierno cubano



Fuente: Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 67, ilustración 3.

7.2981. Cuba señala que la función del Sello de Garantía del Gobierno cubano es garantizar la autenticidad y el origen cubano.[5851] En particular:

> Este Sello ofrece una garantía de procedencia y autenticidad para los consumidores, además de permitir el seguimiento y localización de los exportadores cubanos. Asimismo, contiene elementos gráficos o indicaciones geográficas indirectas como la representación gráfica del escudo nacional de Cuba y la imagen de los campos tabacaleros cubanos donde se aprecia la palma real, árbol nacional de Cuba.[5852]

7.2982. Cuba añade que el Sello de Garantía del Gobierno cubano se adhiere en Cuba a cajas de puros cubanos originales e incorpora funciones de seguridad, tales como un holograma y un código de barras único para la localización y el seguimiento de cada caja. Dado que contiene una función de autodestrucción, y que no puede ser readherido una vez roto, el Sello de Garantía del Gobierno cubano puede avisar a los clientes si se ha tratado de abrir la caja antes de su venta en tiendas. En otras palabras, un Sello de Garantía del Gobierno cubano que no esté roto garantiza que la caja a la que se ha adherido no ha sido abierta o manipulada en ningún momento desde que abandona la fábrica de producción en Cuba hasta que llega al consumidor en el punto de venta.[5853]

7.2983. Cuba alega, en términos generales, que el Sello de Garantía del Gobierno cubano está "protegido por las leyes sobre marcas y de competencia desleal en los mercados de exportación".[5854] Sin embargo, Cuba no ha indicado si el Sello de Garantía del Gobierno cubano está protegido en Australia como una marca de fábrica o de comercio, como una IG o de otra manera.

7.4.3.2 La repercusión de las medidas TPP en el uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano

7.2984. Cuba aduce que, como consecuencia de las medidas TPP, los exportadores de puros cubanos no pueden fijar lo que describe como la "IG Habanos"[5855], ni el Sello de Garantía del Gobierno cubano, en las cajas de puros que venden en Australia.[5856] Añade que la única información pertinente acerca de los puros LHM cubanos que puede incluirse en el empaquetado para la venta al por menor es una declaración de que los puros están "Hechos en Cuba", y una declaración de que el paquete contiene puros hechos a mano.[5857]

[5851] Respuesta de Cuba a la pregunta 56 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5852] Respuestas de Cuba a las preguntas 56 (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial) y 79 del Grupo Especial.

[5853] Respuesta de Cuba a la pregunta 173 del Grupo Especial.

[5854] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 21; segunda comunicación escrita de Cuba, párrafo 23; y respuesta de Cuba a la pregunta 56 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5855] Véanse los párrafos 7.2976, 7.2978 y 7.2979 *supra*.

[5856] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 66-70.

[5857] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 71 (donde se hace referencia al Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 8(c)(i), leído en con el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículo 2.3.4, y al Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 8(c)(ii) (donde se requiere una "descripción exacta")).

7.2985. Entendemos que, como consecuencia de las medidas TPP, el signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano no pueden aparecer en su forma compuesta arriba descrita en las cajas de cigarros (puros) cubanos o en los cigarros (puros) vendidos en Australia. La Ley TPP prohíbe todas las marcas[5858] y marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco[5859] y su empaquetado[5860], y las excepciones a esa prohibición general no comprenden los signos compuestos.[5861] El signo Habanos o el Sello de Garantía del Gobierno cubano tampoco pueden fijarse como etiquetas físicas en las cajas de cigarros (puros) cubanos, dadas la prohibición de adherir prospectos en el exterior del empaquetado del tabaco y las limitadas excepciones a esa prohibición.[5862]

7.2986. Por lo que respecta a los elementos verbales no figurativos del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano, nos remitimos a nuestro anterior análisis en el marco del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC. Hemos señalado que, si bien la Ley TPP no define la expresión "nombre de la marca", el Reglamento CI dispone que "en el presente reglamento, a menos que se exprese una intención en contrario: ... por *marca* se entiende cualquier marca, dispositivo, nombre, palabra, letra, número o símbolo y cualquier combinación de dos de esos elementos o más cosas".[5863] Hemos concluido que no estamos convencidos de que Cuba haya establecido que las medidas TPP prohíben el uso de la palabra "Habanos", en tanto en cuanto puede formar parte del nombre de la marca.[5864] Por las mismas razones, constatamos que Cuba no ha establecido que otros elementos verbales de lo que Cuba describe como la "IG Habanos", por ejemplo "D.O.P.", o del Sello de Garantía del Gobierno cubano, por ejemplo la palabra "Cuba", no puedan figurar como parte del nombre de la marca.

7.2987. Señalamos asimismo que no se discute que una indicación del país de origen de los productos de tabaco abarcados por las medidas TPP es "una prescripción que figura en otras disposiciones legislativas de fecha anterior a la introducción de la medida relativa al empaquetado genérico del tabaco", y que "la medida relativa al empaquetado genérico del tabaco simplemente establece la forma en que esa información debe aparecer".[5865]

7.2988. Como señala Australia, "el artículo 2.3.1(c) del Reglamento TPP permite incluir una declaración de 'descripción comercial' en el empaquetado primario y secundario, y el artículo 2.3.4 del Reglamento TPP establece la forma de tal declaración".[5866] A efectos del empaquetado genérico del tabaco, la Ley TPP define una "descripción comercial" como "cualquier descripción comercial cuya presentación se exija en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco en virtud de reglamentos adoptados en el marco de la *Ley de Comercio (Descripciones Comerciales) de 1995*".[5867] A su vez, el Reglamento CI de Australia, que a tenor de sus propios

[5858] La Ley TPP define la "marca" como un concepto que "(a) incluye (sin limitación) cualquier línea, letra, cifra, símbolo, gráfico o imagen; pero (b) (salvo cuando se refiere a una marca de fábrica o de comercio) no incluye una marca de fábrica o de comercio". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1), definición de "marca".

[5859] Véase la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 26.

[5860] Véase la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículos 20(1)-(2).

[5861] Véase la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículos 20(3) y 21(1). Véase también el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Secciones 2.3, 2.4 y 3.2.

[5862] La Ley TPP define prospecto exterior como "cualquier cosa que se fije o adhiera en el exterior del empaquetado (en el sentido corriente de la palabra), pero no incluye la envoltura de los paquetes de cigarrillos si esta respeta las prescripciones de la presente Ley". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1), definición de "elemento adherido". Según la Ley TPP, "el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco (en el sentido de cualquiera de los párrafos (a) a (d) de la definición del empaquetado para la venta al por menor) no deberá llevar prospectos interiores o exteriores, salvo en la medida en que lo permita el reglamento". Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 23. Véase también el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), Sección 2.6.

[5863] Reglamento CI (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 5(1).

[5864] Véase el párrafo 7.2856 *supra*.

[5865] Observaciones de Australia sobre las respuestas de la República Dominicana a las preguntas 174 y 177 del Grupo Especial. En particular, según Australia, "de conformidad con el *Reglamento de Comercio (Importaciones) de 1940* (Cth), en los productos importados deberá figurar una 'descripción comercial' que incluya el nombre del país en el que el producto se ha hecho o producido y una descripción exacta del producto (véase el *Reglamento de Comercio (Importaciones) de 1940* (Cth), Prueba documental AUS-251, artículos 7 y 8). Véase también la *Ley de Comercio (Descripciones Comerciales) de 1905* (Cth), Prueba documental AUS-248." Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 483, nota 675.

[5866] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 483, nota 675 (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.3.1 y 2.3.4).

[5867] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1).

términos, "se promulgó en el marco de la *Ley de Comercio (Descripciones Comerciales) de 1905*"[5868], dispone que "la descripción comercial contendrá, en caracteres prominentes y legibles: (i) el nombre del país en el que se fabricaron o produjeron los productos".[5869] Con arreglo al Reglamento CI, esta prescripción se aplica concretamente a los "cigarros (puros), los cigarrillos, el tabaco manufacturado, el papel de liar y los tubos de cigarrillos", y prohíbe la importación de esos productos en Australia "a menos que en ellos figure una descripción comercial conforme con el presente reglamento".[5870]

7.2989. "Una descripción comercial" está comprendida en la definición que figura en la Ley TPP de un "elemento legislativo prescrito pertinente"[5871], que "puede aparecer en el empaquetado para la venta al por menor de los productos de tabaco"[5872], siempre que "respete cualesquiera prescripciones establecidas en el Reglamento [TPP]".[5873] El Reglamento TPP estipula que esa prescripción legislativa, a su vez, no puede ser enmascarada por otros elementos que aparezcan en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco.[5874]

7.2990. En resumen, la Ley TPP prevé y circunscribe la forma en que una indicación del país de origen, por ejemplo como "Hechos en Cuba", puede figurar en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor (junto con el nombre de la marca y el de la variante). De manera análoga, en lo que respecta a los cigarros (puros), el Reglamento TPP estipula que el nombre del país en el que el cigarro se fabricó o produjo puede aparecer en la vitola una vez, en un tipo de letra y color específicos.[5875]

7.2991. Habiendo aclarado el funcionamiento de las medidas TPP por lo que respecta a los signos que son objeto de la alegación de Cuba, así como en lo concerniente a la indicación "Hechos en Cuba", procedemos ahora a analizar su alegación de que las medidas TPP infringen lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.

7.2992. El párrafo 4 del artículo IX dispone lo siguiente:

> En lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros serán tales que sea posible ajustarse a ellos sin ocasionar un perjuicio grave a los productos, reducir substancialmente su valor, ni aumentar de manera irrazonable su precio de costo.

7.2993. La parte pertinente del texto del párrafo 4 del artículo IX tiene dos componentes principales:

a. "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros", que especifica el alcance de la obligación, a saber, los tipos de medidas y signos contemplados por esta disposición; y

b. "serán tales que sea posible ajustarse a ellos sin ... reducir substancialmente [el] valor [de los productos importados]", que detalla la obligación específica articulada en el párrafo 4 del artículo IX que Cuba invoca en su alegación.

7.2994. Por consiguiente, evaluamos i) si las medidas TPP son "leyes y reglamentos de los Miembros" "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados", y están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo IX, y, en caso afirmativo, ii) si las medidas TPP son "tales que sea posible ajustarse a ell[a]s sin ... reducir substancialmente [el] valor [de los productos importados]", es decir, de los puros LHM cubanos.

[5868] Reglamento IC (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), portada.
[5869] Reglamento IC (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 8(c)(i).
[5870] Reglamento IC (Pruebas documentales AUS-251, DOM-155, CUB-1), artículo 7(1)(n). Véase también la Ley CTD (Prueba documental AUS-248), Artículo 7(1).
[5871] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 4(1).
[5872] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 20(3)(b).
[5873] Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1), artículo 21(4).
[5874] Véase el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 2.3.1(5)(a), 2.4.2(3)(d), 2.4.3(1)(a), 2.4.4(2)(a) y 2.6.3(3).
[5875] Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2), artículos 3.2.1(3)(b) y 3.2.1(5).

7.4.3.3 La cuestión de si las medidas TPP constituyen "leyes y reglamentos" "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados"

7.2995. El párrafo 4 del artículo IX regula "las leyes y reglamentos de los Miembros" "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados". Primero estudiaremos el sentido de esas palabras, de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados. A la luz de esa interpretación, evaluaremos si las medidas TPP están comprendidas en el alcance de esa expresión.

7.4.3.3.1 La frase "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros" que figura en el párrafo 4 del artículo IX

7.2996. Estudiamos el sentido de la expresión "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros" que figura en el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 de conformidad con las normas de interpretación aplicables. En ese contexto, tenemos en cuenta una Decisión sobre Marcas de Origen adoptada por las PARTES CONTRATANTES del GATT en 1958, así como, cuando procede, los antecedentes de negociación del párrafo 4 del artículo IX como medio de interpretación complementario.

7.4.3.3.1.1 Norma general de interpretación

7.2997. Comenzamos interpretando la expresión "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros" estableciendo su sentido corriente:

a. Se ha interpretado que los términos "leyes y reglamentos" "abarcan normas que forman parte del ordenamiento jurídico nacional de un Miembro de la OMC, incluidas las normas derivadas de los acuerdos internacionales que se hayan incorporado en el ordenamiento jurídico nacional de un Miembro de la OMC o que tengan un efecto directo de conformidad con el ordenamiento jurídico de ese Miembro de la OMC".[5876]

b. La expresión "*[r]elating to*" (en el texto español "en lo que concierne a") se define como "*hav[ing] some connection with, be[ing] conected to*" (que tiene alguna relación con, que está relacionado con).[5877]

c. El término "*marking*" (fijación de marcas) se define como "*the action of putting a mark, marker, token, indicator, etc., on something. In extended use: the action of distinguishing, identifying, or giving emphasis to something*" (la acción de poner una marca, marcador, símbolo, indicador, etc., en algo. En uso general: la acción de distinguir, identificar o hacer hincapié en algo) y también como "*a mark or pattern of marks*" (una marca o pauta de marcas).[5878]

d. El verbo "*import*" (importar) se define como "*to bring in or cause to be brought in (a commodity, merchandise, goods, etc.) from another country or territory for use or resale*

[5876] Informe del Órgano de Apelación, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 79 (en lo que concierne al sentido de los términos "leyes y reglamentos" en el apartado d) del artículo XX del GATT de 1994).

[5877] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, Párrafo 355 (en lo que concierne a la definición en el diccionario de "*relat[e] to*" (en el texto en español "relativas a") en el apartado g) del artículo XX del GATT de 1994).

[5878] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*marking*, *n.*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/114193?rskey=N3MVZI&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017. A este respecto nos remitimos a nuestra anterior constatación de que las medidas TPP se ocupan de los símbolos y el marcado, y de ese modo establecen las características de los productos, en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Véase el párrafo 7.158 *supra*. Estimamos que esta es una cuestión distinta de la cuestión del alcance del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994. Observamos en ese sentido que el Acuerdo OTC tiene por objeto establecer disciplinas en materia de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad conexos en general. El Anexo 1 del Acuerdo OTC contiene definiciones de "reglamento técnico" y de "norma" que ponen de manifiesto que, entre otras cosas, "las prescripciones en materia de ... etiquetado y marcado" están abarcadas por esas disposiciones.

in the domestic market" (introducir o hacer que se introduzcan (un producto, mercancía, bienes, etc.) de otro país o territorio para su uso o reventa en el mercado nacional).[5879]

e. Se ha establecido que el significado del término "*product*" (producto) según el diccionario alude por lo general a "*a thing produced*" (una cosa producida), mientras que "en un sentido comercial" se ha definido como "*an article or substance that is manufactured or refined for sale*" (un artículo o sustancia fabricado o perfeccionado para su venta) (recientemente aplicado también a los servicios).[5880] Estimamos que en el contexto del GATT de 1994, que es el primero de los acuerdos que figuran en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, titulado Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, el término "producto" es sinónimo de "mercancías". La Nota al párrafo 2 del artículo XVII del GATT de 1994 dispone que la palabra "mercancías" "solo se aplica a los productos en el sentido que se da a esa palabra en la práctica comercial corriente, y no debe interpretarse como aplicable a la compra o a la venta de servicios".

7.2998. Por consiguiente, la frase "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de un Miembro" alude a las normas del ordenamiento jurídico nacional de un Miembro de la OMC relacionadas con la acción de poner una marca a mercancías introducidas en el territorio de ese Miembro procedentes de otro país o Miembro de la OMC.

7.2999. La frase "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros" debe entenderse en su contexto específico. Señalamos a ese respecto que el párrafo 4 del artículo IX forma parte del artículo IX del GATT de 1994, titulado "Marcas de origen". Esa expresión no está definida en el GATT de 1994 ni en ninguna otra parte del Acuerdo sobre la OMC.[5881] Las definiciones pertinentes en el diccionario del sustantivo "*mark*" (marca) son "*a sign, a token, an indication*" (un signo, un símbolo, una indicación)[5882], y "*[a] device, stamp, brand, label, inscription, etc., on an article, animal, etc., identifying it or its holder, or indicating ownership, origin, quality, etc*." (un dispositivo, sello, marca, etiqueta, inscripción, etc., sobre un artículo, animal, etc. identificativos de él o de su poseedor, o indicativos de propiedad, origen, calidad, etc.).[5883] A su vez, la definición en el diccionario de la palabra "*origin*" (origen) es "*[t]hat from which anything originates, or is derived; source of being or existence; starting point*" (aquello de lo que cualquier cosa se origina o se deriva; fuente del ser o de la existencia; punto de partida).[5884] Así pues, el sentido corriente de "marca de origen" comprende un signo, un símbolo, una indicación, un dispositivo, un sello, una marca, una etiqueta o una inscripción en un producto que identifica el origen de dicho producto. Este contexto informa el alcance del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994, circunscribiéndolo a las leyes y reglamentos de un Miembro concernientes a determinados tipos de marcas fijadas en los productos importados, a saber, las marcas que indican el origen de los productos importados.

7.3000. Proporciona asimismo contexto la expresión "sea posible ajustarse a ellos sin" que figura en el párrafo 4 del artículo IX. En ese sentido, convenimos con el Canadá en que esa frase indica que la finalidad del párrafo 4 del artículo IX no es establecer disciplinas acerca de si los Miembros pueden exigir marcas de origen, sino someter a disciplinas la manera en que puede exigirse el cumplimiento de las prescripciones relativas a la fijación de marcas de origen.[5885]

7.3001. Tomamos nota, como contexto adicional, de la estructura y los demás párrafos del artículo IX, que establecen un conjunto de disciplinas para los Miembros que regulan las marcas de origen. Los párrafos 1 y 5 del artículo IX utilizan los términos "*marking requirements*" (en la

---

[5879] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*import*, *n.*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/92550?rskey=QWA9QN&result=2&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5880] Informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.1340.

[5881] El Acuerdo sobre Normas de Origen no contiene una definición de las marcas de origen.

[5882] *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, *L. Brown* (editor) *(Oxford University Press,1993)*,volumen 1, página 1698.

[5883] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*mark*, *n.*[1]", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/114169?rskey=CUyzXR&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5884] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*origin*, *n.*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/132561?rskey=89FKkc&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5885] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 105.

versión española "reglamentación relativa a las marcas" y "prescripciones relativas a la fijación de marcas", respectivamente), mientras que el párrafo 3 del artículo IX hace referencia a "*required marks*" (marcas). Esto indica que el artículo IX en su conjunto concierne a las leyes y reglamentos que requieren el uso de marcas de origen en los productos importados. Como señaló el Órgano de Apelación, el artículo IX del GATT de 1994 refleja la legitimidad del suministro a los consumidores de información sobre el origen con arreglo a las prescripciones en materia de las marcas de origen:

> [o]tras disposiciones de los acuerdos abarcados, en particular el artículo IX del GATT de 1994, respaldan también la naturaleza legítima del objetivo de proporcionar información a los consumidores sobre el origen. En la disposición citada, titulada "Marcas de origen", se reconoce expresamente el derecho de los Miembros de la OMC a exigir que los productos importados lleven una marca de origen. ... en el artículo IX sí se indica que en las normas de la OMC se considera que exigir el etiquetado de origen de las mercancías importadas, al menos en algunas circunstancias y con respecto a algunas definiciones del "origen", es una forma admisible de regular el comercio de mercancías.[5886]

7.3002. El objeto y fin del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 respalda esta interpretación. El Órgano de Apelación, vinculando los objetivos del párrafo 4 del artículo IX y el párrafo 2 del artículo IX[5887], entendió que esas dos disposiciones sirven para limitar la repercusión del uso de marcas de origen en lo que respecta a los exportadores:

> Observamos que el párrafo 2 del artículo IX propugna una *reducción* de las dificultades y los inconvenientes que las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen pueden ocasionar a los exportadores. Además, el párrafo 4 del artículo IX exige que sea posible ajustarse a esas leyes y reglamentos sin reducir sustancialmente el valor de los productos, ni aumentar innecesariamente su costo. Por tanto, estas disposiciones exigen una limitación de los efectos de la utilización de las marcas de origen.[5888]

7.3003. Como se ha señalado, este objetivo también se refleja en la prescripción, establecida en el párrafo 4 del artículo IX, de que, en lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos "serán tales que *sea posible ajustarse a ellos* sin" (sin cursivas en el original) causar los efectos desfavorables específicos identificados en las partes subsiguientes del párrafo 4 del artículo IX, entre ellos el de reducir sustancialmente el valor de los productos importados.[5889] Entendemos que esta frase equilibra la legitimidad de proporcionar información sobre el origen a los consumidores con arreglo a las prescripciones en materia de marcas de origen[5890] con la necesidad de limitar los efectos que ajustarse a esas prescripciones

---

[5886] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 445. (no se reproduce la nota de pie de página)

[5887] El párrafo 2 del artículo IX del GATT de 1994 dispone que "[l]os Miembros reconocen que, al establecer y aplicar las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen, convendría reducir al mínimo las dificultades y los inconvenientes que dichas medidas podrían ocasionar al comercio y a la producción de los países exportadores, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger a los consumidores contra las indicaciones fraudulentas o que puedan inducir a error." Reproducimos aquí la disposición pertinente del GATT de 1947 tal como fue incorporada al GATT de 1994. El párrafo 2 a) del GATT de 1994 incluye la siguiente Nota Explicativa: "Las referencias que en las disposiciones del GATT de 1994 se hacen a una 'parte contratante' se entenderán hechas a un 'Miembro'". Véase la nota 5806.

[5888] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos -EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.356. (las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original).

[5889] De hecho, en el contexto de otra disposición del GATT de 1994, el párrafo 8 del artículo III, el Órgano de Apelación subrayó que el alcance de una disposición tiene que interpretarse holísticamente, entre otras cosas recurriendo a otros términos que figuran en la misma disposición y en disposiciones conexas: "El párrafo 8 a) del artículo III contiene varios elementos que describen los tipos y el contenido de las medidas comprendidas en el ámbito de la disposición. ... Consideramos que el párrafo 8 a) del artículo III se debe interpretar holísticamente, lo que exige examinar los vínculos entre los distintos términos utilizados en la disposición y las conexiones contextuales con otras partes del artículo III y con otras disposiciones del GATT de 1994." Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Energía renovable / Canadá - Programa de tarifas reguladas*, párrafo 5.57.

[5890] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 445.

tiene para los exportadores.[5891] Como se explica más abajo, habida cuenta de los vínculos entre los objetivos de esas dos disposiciones, entendemos que el párrafo 4 del artículo IX establece una de las varias disciplinas específicas previstas en el artículo IX para reducir al mínimo las dificultades e inconvenientes que las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen podrían ocasionar al comercio y la producción de los países exportadores.

7.3004. A la luz del contexto del título, la estructura y el texto del artículo IX del GATT de 1994 considerado en su conjunto, entendemos, por tanto, que el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo IX comprende las normas del ordenamiento jurídico interno de un Miembro de la OMC relacionadas con la fijación en las mercancías importadas de otro país o Miembro de la OMC de marcas que identifican el origen de esas mercancías.

7.3005. Informa asimismo esta interpretación una decisión sobre marcas de origen adoptada por las PARTES CONTRATANTES del GATT en 1958. Los antecedentes de negociación del párrafo 4 del artículo IX también confirman esta interpretación. Seguidamente procedemos a examinarlos.

7.4.3.3.1.2 La Decisión sobre Marcas de Origen de 1958

7.3006. Australia hace referencia a un documento del GATT adoptado por las PARTES CONTRATANTES en 1958 (Decisión del GATT de 1958)[5892], que según aduce 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[5893], pertinente para la interpretación del ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo IX.[5894]

7.3007. La Decisión del GATT de 1958 contiene un informe del Grupo de trabajo del GATT sobre Reglamentaciones Comerciales y Aduaneras, adoptado por las PARTES CONTRATANTES el 21 de noviembre de 1958. Ese informe contiene una "Recomendación sobre Marcas de Origen" en la que "las PARTES CONTRATANTES recomiendan la adopción de [una serie de] normas para las marcas de origen".[5895]

7.3008. A nuestro juicio, no cabe considerar que la Decisión del GATT de 1958 constituye un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 a) del Artículo 31 de la Convención de Viena, como aduce Australia.[5896] La Decisión del GATT de 1958 no fue adoptada por los Miembros de la OMC,

---

[5891] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.356.

[5892] Marcas de Origen, Informe del Grupo de trabajo adoptado por las PARTES CONTRATANTES en su reunión de 21 de noviembre de 1958, Documento L/912/Rev.1 del GATT (Decisión del GATT de 1958) (Prueba documental AUS-294).

[5893] Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 751, nota 1003.

[5894] Según Australia, la Decisión del GATT de 1958 respalda la interpretación de que el artículo IX del GATT de 1994 solo es aplicable a la fijación de marcas relativas al país de origen. Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 750-752, en particular el párrafo 751 y la nota 1003; y la Decisión del GATT de 1958 (Prueba documental AUS-294).

[5895] Decisión del GATT de 1958 (Prueba documental AUS-294), página 2.

[5896] El párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena dispone que, "[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones". El Órgano de Apelación identificó dos criterios "basados en el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena": "[u]na decisión adoptada por los Miembros puede ser considerada un 'acuerdo ulterior entre las partes' acerca de la interpretación de un acuerdo abarcado o de la aplicación de sus disposiciones si: i) la decisión se adopta, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo abarcado pertinente; y ii) los términos y el contenido de la decisión expresan un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación* o *aplicación* de una disposición de las normas de la OMC". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 262 (las cursivas figuran en el original). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II*, párrafos 371-372. En lo que respecta al segundo criterio, el Órgano de Apelación mantuvo que "al referirse a la 'interpretación auténtica'', la [Comisión de Derecho Internacional] entiende que el apartado a) del párrafo 3 del Artículo 31 alude a acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado". Informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 390. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 265; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II*, párrafo 372. Según el Órgano de Apelación, "la medida en que [una decisión específica] informará la interpretación y aplicación de un término o una disposición de [un acuerdo abarcado] en un caso concreto dependerá del grado en que 'concretamente guarda[] relación' con la interpretación y aplicación del término o disposición de que se trate". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II*, párrafo 372 (donde se hace referencia al

sino por las PARTES CONTRATANTES del GATT, y el "acuerdo abarcado pertinente"[5897] que ha de interpretarse en el contexto de la OMC no es el GATT de 1947, sino el GATT de 1994, que es "jurídicamente distinto" del GATT de 1947.

7.3009. Nos parece, no obstante, adecuado tener debidamente en cuenta esta Decisión en la medida en que puede informar nuestra comprensión de los términos del párrafo 4 del artículo IX, incluido su ámbito de aplicación.[5898] Hay al menos otras dos formas en las que las fuentes del GATT de 1947 pueden tener pertinencia jurídica en la OMC: i) como "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES" incorporadas al GATT de 1994 sobre la base de su párrafo 1 b) iv); o ii) como orientación de conformidad con el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.[5899] No creemos que la Decisión del GATT de 1958 haya sido incorporada al GATT de 1994 en virtud de su párrafo 1 b) iv).[5900] Consideramos, no obstante, que proporciona orientación en el

---

informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 265, donde a su vez se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*,párrafo 390. Australia mantiene que la Decisión del GATT de 1958 satisface el primer criterio identificado por el Órgano de Apelación, es decir, que la decisión se adopte, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo abarcado pertinente. Respuesta de Australia a la pregunta 83 del Grupo Especial. Discrepamos. Aunque la Decisión del GATT de 1958 se adoptó más de un decenio después de la firma del GATT de 1947, el GATT de 1947 terminó "un año después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC". Coexistencia transitoria del GATT 1947 y el Acuerdo sobre la OMC: Decisión de 8 de diciembre de 1994 adoptada por el Comité Preparatorio de la OMC y por las Partes Contratantes del GATT de 1947, documento PC/12 del GATT, párrafo 3. La Decisión del GATT de 1958 no fue adoptada por Miembros de la OMC, sino por las PARTES CONTRATANTES del GATT, y el "acuerdo abarcado pertinente" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 262) que ha de interpretarse en el contexto de la OMC no es el GATT de 1947 sino el GATT de 1994, que es "jurídicamente distinto" del GATT de 1947. Con arreglo al párrafo 4 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC, "[e]l Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 según se especifica en el Anexo 1A (denominado en adelante 'GATT de 1994') es jurídicamente distinto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, posteriormente rectificado, enmendado o modificado (denominado en adelante 'GATT de 1947')". Dado que la Decisión del GATT de 1958 precede en decenios al GATT de 1994, no es temporalmente ulterior al párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994. Por consiguiente, y sin evaluar si se satisface el segundo criterio arriba mencionado, consideramos que la Decisión del GATT de 1958 no es un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena por lo que respecta a la interpretación del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.

[5897] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 262.

[5898] Aunque las partes no presentaron argumentos concretos a este respecto, recordamos que:

> El principio *jura novit curia* ha sido definido por la Corte Internacional de Justicia en los siguientes términos:
>
> > Dado que la Corte misma tiene la obligación de definir y aplicar la ley pertinente en las circunstancias particulares de cada caso, la carga de establecer o probar reglas de derecho internacional no se puede imponer a ninguna de las partes, porque la ley forma parte de los conocimientos judiciales de la Corte.
>
> (Corte Internacional de Justicia, Merits, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 1986 ICJ Reports, página 14, párrafo 29 (donde se cita Corte Internacional de Justicia, Merits, *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, 1974 ICJ Reports, página 9, párrafo 17).).

Informe del Órgano de Apelación, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 105, nota 220.

[5899] Según el Órgano de Apelación, estas disposiciones "traen la historia y experiencia jurídicas adquiridas en el GATT de 1947 al nuevo ámbito de la OMC, de una manera que garantiza la continuidad y coherencia en la transición fluida a partir del sistema del GATT de 1947"; y "[c]on esto se afirma la importancia que tiene para los Miembros de la OMC la experiencia adquirida por las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y se reconoce la importancia constante de esta experiencia para el nuevo sistema comercial al que sirve la OMC". Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, páginas 17-18. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafos 108-109.

[5900] Con arreglo al artículo 1 b) iv) del GATT de 1994, el GATT de 1994 "comprenderá", entre otras cosas: "b) las disposiciones de los instrumentos jurídicos indicados a continuación que hayan entrado en vigor en el marco del GATT de 1947 con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC: ... iv) las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947". Aunque la Decisión del GATT de 1958 constituye una decisión de las PARTES CONTRATANTES, no todas esas decisiones están abarcadas por el párrafo 1 b) iv) del GATT de 1994. Como se explica en una diferencia anterior, "para que una decisión de las

marco del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC[5901], que es pertinente para la cuestión interpretativa que tenemos ante nosotros.[5902]

7.3010. El párrafo 1 del artículo XVI dispone que "[s]alvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo". Aunque la orientación que ofrecen las decisiones de las PARTES CONTRATANTES de conformidad con el párrafo 1 del artículo XVI no es jurídicamente vinculante, debe "s[ervir] de orientación a la OMC" por cuanto "la OMC 'se regirá' por esa decisión".[5903]

7.3011. Una categoría de instrumentos del GATT abarcada por el párrafo 1 del artículo XVI es la de las "decisiones" de las PARTES CONTRATANTES. La Decisión del GATT de 1958 fue adoptada por las PARTES CONTRATANTES el 21 de noviembre de 1958.[5904] El segundo considerando de la Recomendación sobre Marcas de Origen que figura en esta Decisión estipula que la finalidad de la Recomendación es "facilitar[] la consecución de los objetivos del Acuerdo General"[5905], vinculando así la finalidad de esta Decisión, así como la de la Recomendación sobre Marcas de Origen que contiene, con el logro de los objetivos del GATT.

7.3012. El primer considerando de la Recomendación sobre Marcas de Origen señala que "en el artículo IX del GATT las partes contratantes reconocen que, al establecer y poner en vigor las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen, deben reducirse al mínimo las dificultades y los inconvenientes que se pueden ocasionar al comercio y a la industria de los países exportadores, y que han llegado a un acuerdo sobre ciertos principios fundamentales para seguir esta norma ".[5906] El texto de este considerando es, en consecuencia, similar al del párrafo 2 del artículo IX.[5907] La

---

PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 forme parte del GATT de 1994 en el sentido del párrafo 1 b) iv), esa decisión ha de ser un instrumento jurídico en el sentido de las palabras iniciales del párrafo 1 b), es decir, ha de ser un texto jurídico formal que represente una determinación jurídicamente vinculante con respecto a los derechos y/o las obligaciones de aplicación general a todas las partes contratantes del GATT de 1947". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 7.63. Esto fue confirmado en apelación. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafos 78 y 108-114. Consideramos que la Decisión del GATT de 1958 no está comprendida en esta categoría. La Decisión del GATT de 1958 contiene normas cuya adopción las PARTES CONTRATANTES simplemente "RECOMIENDAN". Decisión del GATT de 1958 (Prueba documental AUS-294), página 2. Además, las reglas recomendadas, incluidos los puntos a que hace referencia Australia, utilizan reiteradamente la expresión "*should*" - en lugar de "los términos imperativos que generalmente caracterizan a los instrumentos jurídicos vinculantes". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 7.65. Por consiguiente, consideramos que la Decisión del GATT de 1958 no forma parte del GATT de 1994 en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 b) iv) de este último.

[5901] De conformidad con el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, "[s]alvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo."

[5902] Como indicó el Órgano de Apelación, la evaluación no termina con una constatación de que una decisión específica puede ofrecer orientación en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. También es preciso determinar, además, el sentido de esa orientación y su pertinencia sustantiva para la cuestión jurídica específica y la disposición específica del acuerdo abarcado de que se trate. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafos 115-119.

[5903] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos -EVE*, párrafo 7.78 (no se reproducen las notas de pie de página). La consideración de que "los informes adoptados de grupos especiales deben tenerse en cuenta 'cuando son pertinentes para una diferencia'... se aplica igualmente a cualesquiera otras decisiones, procedimientos o práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 7.78 (no se reproducen las notas de pie de página). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafos 79, 104 y 115; y *CE - Aves de corral*, párrafo 80.

[5904] Decisión del GATT de 1958 (Prueba documental AUS-294), título. Como se explicó en una diferencia anterior, "el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC no se limita, a primera vista, a las decisiones que adopten la forma de 'instrumentos jurídicos', sino que, antes bien, se aplica a todas las decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 (incluyendo las decisiones de adoptar informes de grupos especiales), así como a los procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 7.77 (no se reproduce la nota de pie de página). Véase también *ibid.*, párrafo 7.65.

[5905] Decisión del GATT de 1958 (Prueba documental AUS-294), página 2.

[5906] Decisión del GATT de 1958 (Prueba documental AUS-294), página 2.

[5907] El párrafo 2 del artículo IX estipula que "[l]os Miembros reconocen que, al establecer y aplicar las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen, convendría reducir al mínimo las dificultades y los

frase final del considerando ("y ... ciertos principios fundamentales para seguir esta norma ") hace referencia a otros párrafos del artículo IX, incluido el párrafo 4. De hecho, habida cuenta de los vínculos entre los objetivos de estas dos disposiciones[5908], entendemos que el párrafo 4 del artículo IX establece una de las varias disciplinas específicas previstas en el artículo IX para reducir al mínimo las dificultades y los inconvenientes que las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen podrían ocasionar al comercio y a la producción de los países exportadores.

7.3013. La estructura de la parte operativa de la Recomendación confirma que su principal finalidad, y por ende la del párrafo 4 del artículo IX, con el que está intrínsecamente vinculada, es hacer frente a determinados efectos negativos para el comercio internacional que pueden ser consecuencia de leyes y reglamentaciones de los Miembros que requieran la fijación de marcas en los productos importados. Los puntos 1-4 de la Recomendación sobre Marcas de Origen limitan los casos y las formas en que se requerirá la fijación de marcas[5909], mientras que sus puntos 5 y 6 detallan el tipo de marcado que debería ser "suficiente" a efectos del punto 4.[5910] Otros puntos de la Recomendación sobre Marcas de Origen incluidos en la Decisión del GATT de 1958 ponen también de manifiesto la finalidad del párrafo 4 del artículo IX arriba mencionada.[5911]

---

inconvenientes que dichas medidas podrían ocasionar al comercio y a la producción de los países exportadores, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger a los consumidores contra las indicaciones fraudulentas o que puedan inducir a error". Véase la nota 5806 *supra*.

[5908] Véase el párrafo 7.3002 *supra*.

[5909] Los puntos 1-4 de la Recomendación sobre Marcas de Origen dicen así:

1. Que los distintos países examinen detenidamente su legislación y normas actuales con miras a reducir en todo lo posible el número de casos en que se *exijan* las marcas de origen, y a limitar la imposición de marcas de origen a aquellos otros en que sean indispensables para informar al último comprador.
2. Que el requisito de las marcas de origen no se aplique de tal modo que conduzca a una aplicación general a todas las mercancías importadas, sino que se limite a los casos en que se considere necesario dicho requisito.
3. Que, cuando se *exijan* las marcas de origen, se acepten todos los sistemas de las que sean claras y visibles para marcar las mercancías y que se mantengan en el artículo hasta que llegue a manos del último comprador.
4. Que las disposiciones nacionales concernientes a las marcas de origen *no contengan ninguna obligación más que la de indicar el origen del producto importado*.

Decisión del GATT de 1958 (Prueba documental AUS-294), página 2. (sin cursivas en el original).

[5910] Los puntos 5 y 6 de la Recomendación sobre Marcas de Origen dicen así:

5. Que los países acepten como marca satisfactoria la indicación del nombre del país de origen en el idioma inglés, antepuesto de las palabras "*made in*".
6. Que las abreviaturas usadas comúnmente, y que claramente indiquen el país de origen, tales como UK y USA, se considere que sustituyen satisfactoriamente al nombre completo del país interesado.

Decisión del GATT 1958 Decisión (Prueba documental AUS-294), página 3.

[5911] Por ejemplo, la introducción de la Decisión del GATT de 1958 añade que "la recomendación de que las disposiciones nacionales relacionadas con las marcas de origen no impliquen ninguna obligación más que la de indicar el origen del producto importado (punto 4 de la Recomendación) ha de interpretarse en el sentido de que se invite a los distintos países a que efectúen una distinción entre dichos requisitos y los que fijen con otros fines, por ejemplo, para proteger la salud de la población, etc." Decisión del GATT de 1958 (Prueba documental AUS-294), página 1. A su vez, los puntos 7-12 de la Recomendación sobre Marcas de Origen especifican las exenciones de los requisitos de marcar los productos, por ejemplo: marcar el embalaje (en contraste con marcar el producto) (*Ibid.*, página 3, puntos 7-8); la importación de artículos de uso personal y no comercial (*Ibid.,* página 3, punto 9); "objetos de arte" originales (*Ibid.,* página 3, punto 10); y mercancías en tránsito y mercancías en depósito o bajo el control aduanero de cualquier otro modo (*Ibid.,* página 3, punto 11). El punto 12 de la Recomendación sobre Marcas de Origen permite más flexibilidad al sugerir que "en los casos excepcionales se acepte la colocación de la marca de origen bajo la vigilancia de la aduana en el país de importación". *Ibid.,* página 3. A su vez, el punto 14 limita las sanciones a los casos previstos en el párrafo 5 del artículo IX, entre ellos cuando "se haya omitido intencionadamente la fijación de [las] marcas", mientras que el punto 13 proporciona más flexibilidad al excluir de los casos sujetos a sanción "la reexportación de los productos que no pueden ser marcados bajo la vigilancia de la aduana". *Ibid.,* página 3. Además, el punto 15 establece una prescripción de transparencia "cuando un gobierno introduzca un sistema de fijación de marcas o declare obligatoria la fijación de la marca en un nuevo producto", y el punto 16 prevé la posibilidad de recurrir a la solución de diferencias con arreglo a lo dispuesto en el artículo XXII del GATT "a

7.3014. Así pues, la Recomendación sobre Marcas de Origen contenida en la Decisión del GATT de 1958 refleja la preocupación por que cualquier carga o molestia para los exportadores derivada de su cumplimiento de las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen se reduzca al mínimo. Como orientación pertinente para la OMC, esto confirma que el párrafo 4 del artículo IX tiene por finalidad impedir las cargas excesivas derivadas del cumplimiento de las prescripciones en materia de marcas de origen adoptadas por un Miembro que pudieran poner en peligro los intereses de los exportadores en comercializar sus mercancías en el territorio de ese Miembro.

7.4.3.3.1.3 Antecedentes de negociación

7.3015. Los antecedentes de negociación del párrafo 4 del artículo IX confirman asimismo esta interpretación.[5912] A este respecto, Australia se remite a un resumen de los antecedentes del artículo IX preparado por la Secretaría del GATT de 1956, según el cual las prescripciones en materia de marcas de origen habían sido originalmente impuestas por determinados países "para proteger al productor nacional indicando que el producto extranjero es extranjero".[5913] Australia invoca además el informe del Comité Económico de la Sociedad de las Naciones en el que se basó el artículo 37 de la Carta de La Habana para una Organización Internacional del Comercio (Carta de La Habana), predecesor del artículo IX del GATT de 1947.[5914]

7.3016. El primero de esos documentos es un resumen de los antecedentes del artículo IX, preparado por la Secretaría del GATT de 1956 (Nota de la Secretaría del GATT de 1956).[5915] Al principio, esta Nota identifica la raíz del "problema" de las marcas de origen, que después dio lugar al artículo IX:

> La prescripción de aplicar marcas de origen para proteger al productor nacional indicando que el producto extranjero es extranjero se convirtió en un problema después de la Primera Guerra Mundial. En mayo de 1927 la Conferencia Económica Internacional se ocupó de esta cuestión y trató de desacreditar las prescripciones relativas a la fijación de marcas que tenían un efecto protector por ser difíciles o imposibles de observar.
>
> ...
>
> La Sociedad de las Naciones no pudo llegar a una recomendación definitiva. Y su Comité Económico, al presentar su informe en 1931, tuvo que contentarse con "oír a los expertos" y presentar "una relación de sus debates, junto con las conclusiones a

---

fin de examinar si es posible suprimir [las] dificultades" con que se tropiece cuando "un país importador no pueda cumplir cualquiera de las recomendaciones que se formulan en los puntos anteriores". *Ibid.,* página 4.

[5912] El artículo 32 de la Convención de Viena dispone que "[s]e podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable". El Órgano de Apelación ha sostenido que, de manera similar a la norma general de interpretación de los tratados articulada en el artículo 31 de la Convención de Viena, los medios complementarios de interpretación de los tratados enumerados en el artículo 32 de la misma Convención "se ha[n] elevado a la condición de norma del derecho internacional consuetudinario o general" en el sentido del párrafo 2 del artículo 3 del ESD. Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 13 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Gasolina*, página 19). El Órgano de Apelación ha recurrido a medios complementarios de interpretación de los tratados para confirmar una determinada interpretación a la que se ha llegado de conformidad con la norma general de interpretación de los tratados, si bien reconociendo expresamente que esto no era "estrictamente necesario". Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafos 89-90.

[5913] Secretaría del GATT, Marcas de Origen: Nota de la Secretaría del GATT sobre la propuesta de la CCI, documento L/556 del GATT (Nota de la Secretaría del GATT de 1956) (Prueba documental AUS-295), página 1.

[5914] Comité Económico de la Sociedad de las Naciones, Informe al Consejo sobre la labor realizada en el trigésimo quinto período de sesiones, celebrado en Ginebra del 18 al 22 de junio de 1931, documento de la Sociedad de las Naciones C.427.M.177.1931.II.B (24 de junio de 1931) (Informe de la Sociedad de las Naciones de 1931) (Prueba documental AUS-296).

[5915] Nota de la Secretaría del GATT de 1956 (Prueba documental AUS-295). Abordamos la Nota de la Secretaría del GATT de 1956 no como un antecedente de negociación *per* se, sino como una indicación sobre los antecedentes de negociación del artículo IX del GATT de 1994. Australia ha explicado que presentó la Nota de la Secretaría del GATT de 1956 como un "resumen útil de los antecedentes que llevaron a la inclusión del artículo IX en el GATT de 1947". Respuesta de Australia a la pregunta 84 del Grupo Especial.

> extraer de ellos". Ese informe, sin embargo, contenía una enumeración casi completa de los problemas que se habían planteado.
>
> El ... proyecto de carta de 1946 para una organización internacional del comercio incluía un artículo sobre "marcas de origen" basado en los principios más importantes destacados por los expertos de la Sociedad en 1931. Este artículo fue incorporado al GATT con ligeros cambios... y de ese modo se convirtió en el artículo IX, que establece las obligaciones de las partes contratantes.[5916]

7.3017. La Nota de la Secretaría del GATT de 1956 añade que "el artículo IX contiene la mayoría de los principios sugeridos por el Comité de la Sociedad en 1931, a saber: ... la recomendación que prevé una prescripción relativa a la fijación de marcas que evite 'ocasionar un perjuicio grave a los productos o reducir sustancialmente su valor o aumentar de manera irrazonable su precio de costo'".[5917]

7.3018. El segundo documento invocado por Australia es el Informe del Comité Económico de la Sociedad de las Naciones de 1931 (Informe de la Sociedad de las Naciones de 1931) a que se hace referencia en el pasaje arriba citado. Señala que:

> Parece imposible negar a los Estados el derecho a adoptar medidas que permitan al consumidor distinguir las mercancías nacionales de las extranjeras, pero los medios que los Estados empleen con ese fin deben ser tales que reduzcan al mínimo las dificultades e inconvenientes que las reglamentaciones pueden causar al comercio y a la producción de los países exportadores.[5918]

7.3019. En el Informe de la Sociedad de las Naciones de 1931 también consta que "las observaciones de los expertos convencieron [al Comité Económico] de la importancia de la cuestión de las marcas de origen", ya que "revelaron que las reclamaciones derivadas de la legislación [nacional] sobre este asunto y la aplicación de sus disposiciones son cada vez más frecuentes y más numerosas", y la "legislación nacional en materia de marcas de origen tiende a ser cada vez más severa".[5919]

7.3020. Estos antecedentes de negociación confirman que en términos generales el objetivo del artículo IX, del que forma parte el párrafo 4 de dicho artículo, es hacer frente a los inconvenientes y las cargas que se puedan derivar del cumplimiento de las leyes y reglamentos relacionados con la fijación de marcas de origen y reducirlos al mínimo. Concretamente, la finalidad del párrafo 4 del artículo IX es impedir que los intereses de los exportadores en comercializar sus mercancías en el territorio de un Miembro importador peligren debido a prescripciones en materia de marcas de origen excesivamente engorrosas o costosas adoptadas por ese Miembro.

7.3021. A la luz del texto, el contexto y el objeto y fin del párrafo 4 del artículo IX, y teniendo en cuenta la orientación que ofrece la Decisión de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1958 sobre Marcas de Origen, así como los antecedentes de negociación del artículo IX, concluimos que la frase "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros" no comprende todas las leyes y reglamentos relacionados con la fijación de marcas en los productos importados en general, sino que más bien abarca aquellos en los que se establecen las condiciones para cumplir las prescripciones en materia de "marcas de origen", es decir, signos, símbolos, dispositivos, sellos, marcas, etiquetas o inscripciones en productos que identifican el origen de estos.

[5916] Nota de la Secretaría del GATT de 1956 (Prueba documental AUS-295), párrafos 3, 5 y 6. De hecho, la versión inglesa del párrafo 4 del artículo IX es idéntica a la versión inglesa del párrafo 4 del artículo 37 de la Carta de La Habana. A tenor del párrafo 4 del artículo 37 de la Carta de La Habana, "[l]as leyes y los reglamentos de los Miembros, referentes a la fijación de marcas en los productos importados, habrán de permitir su aplicación en forma de no ocasionar grave daño a los productos, reducir sensiblemente su valor o aumentar indebidamente su costo.

[5917] Nota de la Secretaría del GATT de 1956 (Prueba documental AUS-295), párrafo 7.

[5918] Informe de la Sociedad de las Naciones de 1931 (Prueba documental AUS-296), apéndice III (Informe sobre Marcas de Origen), sección III (Derechos de los Estados).

[5919] Informe de la Sociedad de las Naciones de 1931 (Prueba documental AUS-296), apéndice III (Informe sobre Marcas de Origen), sección VI (tendencia a aumentar la severidad de la legislación concerniente a las marcas de origen).

7.4.3.3.2 La cuestión de si las medidas TPP, en tanto en cuanto restringen el uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano, constituyen "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados ... leyes y reglamentos"

7.3022. Habiendo aclarado el sentido de la frase "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros" en el párrafo 4 del artículo IX, examinaremos si las medidas TPP, y concretamente los aspectos identificados por Cuba, es decir, las restricciones impuestas en virtud de las medidas TPP al uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano, están comprendidas en este ámbito.

7.3023. Cuba aduce que las medidas TPP, "en tanto en cuanto limitan el uso de la IG Habanos (y en general las indicaciones geográficas)", son medidas que afectan a las "marcas" y, por extensión, a la "fijación de marcas" en los productos de tabaco.[5920] Cuba aduce asimismo que los productos de tabaco producidos en Australia no están asociados a ninguna IG, por lo cual las limitaciones impuestas por Australia a la exposición de IG en el empaquetado de los productos de tabaco solo es aplicable a los productos importados. Por consiguiente, mantiene Cuba, la prohibición por Australia de la exposición de IG es una medida relacionada exclusivamente con la fijación de marcas en los "productos importados", y en consecuencia está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.[5921]

7.3024. Australia considera que la alegación formulada por Cuba al amparo del párrafo 4 del artículo IX "carece de fundamento"[5922], en particular porque Cuba no ha logrado demostrar que la fijación de marcas de origen concierna a "algo más restringido" que el país de origen, como la "fábrica o región de origen".[5923] En segundo lugar, según Australia, Cuba no ha podido demostrar que el artículo IX sea aplicable a las prohibiciones del uso de marcas de origen, y no solo a las prescripciones de fijar esas marcas en los productos importados.[5924] Australia añade que Cuba no ha explicado por qué el Sello de Garantía del Gobierno cubano está sujeto a las disciplinas del párrafo 4 del artículo IX, aparte de afirmar que dicho Sello contiene "indicaciones geográficas indirectas" en forma de imágenes del escudo de Cuba, los campos tabacaleros cubanos y el árbol nacional de Cuba, la palma real.[5925]

7.3025. Hemos constatado que las medidas TPP limitan el uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano por cuanto impiden utilizar cualquier componente no verbal de esos signos y regulan la manera en que las palabras que forman parte de un nombre de marca o están de otro modo permitidas o requeridas por disposiciones legislativas separadas pueden figurar en los productos de tabaco y en su empaquetado para la venta al por menor.[5926]

7.3026. Hemos concluido que la frase "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros", teniendo en cuenta su texto, contexto, objeto y fin, confirmados también por sus antecedentes de negociación, se circunscribe a las leyes y reglamentos que establecen prescripciones en materia de "marcas de origen", es decir, signos, símbolos, dispositivos, sellos, marcas, etiquetas o inscripciones en los productos que identifican el origen de estos. Entendemos, por tanto, que la obligación enunciada en el párrafo 4 del artículo IX se centra en el cumplimiento de las leyes y reglamentos que establecen la obligación de fijar marcas de origen. Esto, sin embargo, no significa que no haya aspectos de otras leyes y reglamentos que puedan estar comprendidos en la obligación establecida en el párrafo 4 del artículo IX en tanto en cuanto establezcan prescripciones que deban satisfacerse para fijar marcas en los productos importados, por ejemplo, la forma en que las marcas de origen deben aparecer. En los presentes procedimientos, la alegación formulada por Cuba al amparo del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 se basa exclusivamente en el argumento de que, como consecuencia de las medidas TPP, los exportadores de puros cubanos no pueden utilizar el signo Habanos ni fijar el Sello de Garantía del Gobierno cubano en sus cajas de puros vendidas en Australia. No estamos de acuerdo con Cuba en que esos elementos de las medidas TPP, que establecen limitaciones del uso de determinados signos por los operadores en el mercado,

[5920] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 420.
[5921] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 421.
[5922] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 573.
[5923] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 750-752.
[5924] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 745-749.
[5925] Observaciones de Australia sobre las respuestas de Cuba a las preguntas 187-191 y 193 del Grupo Especial.
[5926] Véase la sección 7.4.3.2 *supra*.

constituyen prescripciones relativas a la fijación de marcas en los productos importados del tipo abarcado por el párrafo 4 del artículo IX.

7.3027. Como se ha señalado, entendemos que el párrafo 4 del artículo IX establece una de las varias disciplinas específicas previstas en el artículo IX del GATT de 1994 para que los Miembros reduzcan al mínimo las dificultades e inconvenientes que las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen podrían ocasionar al comercio y la producción de los países exportadores.[5927] También hemos constatado que la frase "serán tales que sea posible ajustarse a ellos sin", y en particular las palabras "sea posible ajustarse a ellos", indican que la finalidad del párrafo 4 del artículo IX no es establecer disciplinas acerca de si los Miembros pueden, o en qué medida pueden, exigir marcas de origen, sino someter a disciplinas *la manera en que* puede exigirse el cumplimiento de las prescripciones relativas a la fijación de marcas de origen.[5928] Concretamente, como se señala más arriba, el párrafo 4 del artículo IX sirve para impedir que los intereses de los exportadores en comercializar sus mercancías en el territorio de un Miembro importador peligren debido a la aplicación a esos productos de prescripciones en materia de marcas de origen excesivamente engorrosas o costosas. Según el Órgano de Apelación, el párrafo 4 del artículo IX "exige[] una limitación de los efectos *de* la utilización de las marcas de origen".[5929] Por consiguiente, a nuestro entender, el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 no sirve para abordar una limitación impuesta *a* la utilización de marcas de origen.

7.3028. En el presente caso, aunque las medidas TPP permiten indicar el país de origen en los productos de tabaco, de conformidad con otras disposiciones legislativas australianas que requieren la fijación de marcas de origen en los productos importados, no estamos persuadidos de que las limitaciones que imponen a la utilización del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano constituyan, "en lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados ... leyes y reglamentos" en el sentido del párrafo 4 del artículo IX. Por consiguiente, concluimos que las medidas TPP, en tanto en cuanto restringen las maneras en que los exportadores pueden utilizar los signos identificados por Cuba, constituyen "leyes y reglamentos" del tipo abarcado por el párrafo 4 del artículo IX, y en consecuencia no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esa disposición.

7.3029. A la luz de esta constatación, no es preciso que examinemos el argumento de Cuba de que las limitaciones impuestas por Australia a la exposición de IG en el empaquetado de los productos de tabaco solo son aplicables a los productos importados porque los productos de tabaco producidos en Australia no están asociados a ninguna IG. Simplemente señalamos que las medidas TPP se aplican sin distinción a los productos nacionales y a los importados. Nos abstenemos asimismo de abordar la manera en que las IG guardan relación con las marcas de origen en el sentido del artículo IX[5930] y si la forma compuesta del signo Habanos o el Sello de Garantía del Gobierno cubano, equivalen a IG. Por las mismas razones, no es preciso que sigamos examinando el argumento de Australia de que el párrafo 4 del artículo IX solo abarca las "prescripciones" que exigen las marcas de origen (y no las prohibiciones de las marcas de origen)[5931], o si el párrafo 4 del artículo IX solo es aplicable a la fijación de marcas del "país de origen" y no a "algo más restringido", como la "fábrica o región de origen".[5932]

[5927] Véase el párrafo 7.3020 *supra*.

[5928] Véanse los párrafos 7.3000 y 7.3003 *supra*.

[5929] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.356. (sin cursivas en el original)

[5930] Destacamos que la expresión "indicaciones geográficas" tiene un sentido específico en el párrafo 1 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 1 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que "[a] los efectos de lo dispuesto en el presente Acuerdo, indicaciones geográficas son las que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico". Hemos constatado que las medidas TPP, en tanto en cuanto restringen las maneras en que los exportadores pueden utilizar los signos identificados por Cuba, no constituyen "leyes y reglamentos" del tipo abarcado por el párrafo 4 del artículo IX, y en consecuencia no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esa disposición. Por consiguiente, no creemos necesario examinar en qué modo esa definición está relacionada, en términos generales, con las marcas de origen y el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.

[5931] Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 745.

[5932] Observaciones de Australia sobre las respuestas de Cuba a las preguntas 187-191 y 193 del Grupo Especial.

7.3030. A la luz de nuestra determinación de que las medidas TPP, en tanto en cuanto restringen las maneras en que los exportadores pueden utilizar el signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano, no constituyen "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados ... leyes y reglamentos" abarcados por el párrafo 4 del artículo IX, no es preciso que examinemos más a fondo si el valor de los puros LHM cubanos se ha visto "reduci[do] sustancialmente" como consecuencia del cumplimiento de esas prescripciones.[5933] En cualquier caso, como se explica en la sección siguiente, aun suponiendo que se considerara que determinados aspectos pertinentes de las medidas TPP están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo IX, no estamos persuadidos de que Cuba haya demostrado que las medidas TPP son tales que no sea posible ajustarse a ellas sin reducir sustancialmente el valor de los puros LHM cubanos. Procedemos ahora a examinar este punto.

7.4.3.4 La cuestión de si las medidas TPP son "tales que sea posible ajustarse a ell[a]s sin ... reducir substancialmente [el] valor" de los puros LHM cubanos

7.3031. El párrafo 4 del artículo IX dispone que "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, las leyes y reglamentos de los Miembros serán tales que sea posible ajustarse a ellos sin ocasionar un perjuicio grave a los productos, reducir substancialmente su valor, ni aumentar de manera irrazonable su precio de costo".[5934] Así pues, el párrafo 4 del artículo IX identifica tres tipos de efectos de las leyes y reglamentos relativos a la fijación de marcas en los productos importados a los que no debe dar lugar el cumplimiento de esas leyes y reglamentos. La alegación de Cuba se basa en el segundo de ellos, es decir, la prescripción de que sea posible ajustarse a dichas leyes y reglamentos sin "reducir substancialmente [el] valor" de los productos importados.

7.3032. Cuba aduce que las medidas TPP reducen sustancialmente el valor de los puros LHM cubanos en dos formas. En primer lugar, Cuba aduce que la prohibición de fijar el signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano en el empaquetado y los productos de tabaco priva a los puros LHM cubanos del valor añadido derivado de las IG al limitar la capacidad de los exportadores para cobrar un sobreprecio por los puros LHM cubanos.[5935] En segundo lugar, Cuba aduce que la

[5933] Dada nuestra conclusión de que las medidas TPP, en tanto en cuanto restringen las maneras en que los exportadores pueden utilizar el signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano, no constituyen "leyes y reglamentos" del tipo abarcado por el párrafo 4 del artículo IX, no abordamos el argumento de Australia de que Cuba no ha explicado por qué el Sello de Garantía del Gobierno cubano está comprendido en las disciplinas del párrafo 4 del artículo IX, aparte de afirmar que dicho Sello contiene "indicaciones geográficas indirectas" en forma de imágenes del escudo de Cuba, los campos tabacaleros cubanos y el árbol nacional de Cuba, la palma real. Observaciones de Australia sobre las respuestas de Cuba a las preguntas 187-191 y 193 del Grupo Especial.

[5934] De conformidad con el párrafo 1 a) del GATT de 1994:

> El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ("GATT de 1994") comprenderá: a) las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (excluido el Protocolo de Aplicación Provisional), rectificadas, enmendadas o modificadas por los términos de los instrumentos jurídicos que hayan entrado en vigor con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

Asimismo, el párrafo 2 a) del GATT de 1994 incluye la siguiente Nota explicativa: "Las referencias que en las disposiciones del GATT de 1994 se hacen a una 'parte contratante' se entenderán hechas a un 'Miembro'".

[5935] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 422-424. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial). Cuba explica que la principal razón para invertir en un sistema de indicaciones geográficas es obtener de los consumidores un valor más elevado. Según Cuba, por la misma razón, prohibir el despliegue de una indicación geográfica existente limita la habilidad de los exportadores para cobrar un precio Premium, lo cual probablemente reducirá sustancialmente el valor de los productos afectados (comparado con el que de otro modo tendrían). Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 423. Según Cuba, prohibir el despliegue de una indicación geográfica existente, como "Habanos", limita la habilidad de los exportadores para cobrar un precio Premium y en consecuencia probablemente reducirá sustancialmente el valor de los productos afectados. Respuesta de Cuba a la pregunta 137 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 423 y 425). De manera análoga, Cuba aduce que al distorsionar la propiedad intelectual de Cuba (en particular, las marcas de fábrica o de comercio cubanas Clase 34, la IG Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano), las medidas de Australia afectarán a la capacidad de la industria cubana para cobrar un sobreprecio. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 24. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 191 del Grupo Especial.

prohibición de exponer el signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano impuesta por Australia genera inevitablemente entre los consumidores incertidumbre sobre la autenticidad de los productos que están comprando.[5936] Según Cuba, esto limitará la capacidad de los exportadores cubanos de cobrar precios más altos por los puros LHM cubanos.[5937]

7.3033. Ambos argumentos se basan en una determinada interpretación de la expresión "reducir substancialmente el valor [de los productos importados]" que figura en el párrafo 4 del artículo IX del GATT 1994. Por consiguiente, primero estudiaremos el sentido de esa expresión, a fin de identificar el tipo de situaciones que el párrafo 4 del artículo IX del GATT 1994 sirve para impedir.

7.4.3.4.1 El sentido de la expresión "reducir substancialmente [el] valor [de los productos importados]"

7.3034. El párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994, exige que sea posible ajustarse a las leyes y reglamentos relativos a la fijación de marcas en los productos importados sin "reducir substancialmente su valor". Interpretaremos esta expresión de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación aplicables, teniendo en cuenta, si procede, la orientación que ofrece la Decisión del GATT de 1958.

7.3035. El verbo "*reduce*" (reducir) se define como "*[t]o contract, condense; to make smaller, diminish*" (contraer, condensar; empequeñecer, disminuir) y "*to bring down or diminish to ... a smaller number, amount, quantity, extent, etc., or to a single thing; ... to bring down to a simpler form* (rebajar o disminuir a ... un número, cuantía, cantidad, extensión, etc. menor, o a una sola cosa; ... rebajar a una forma más simple)".[5938] Las definiciones que da el diccionario del sustantivo "*value*" (valor) incluyen: "*worth or quality as measured by a standard of equivalence*" (valía o calidad medida por una norma de equivalencia) y "*the material or monetary worth of something; the amount at which something may be estimated in terms of a medium of exchange, as money or goods, or some other similar standard*" (la valía material o monetaria de algo; la cuantía en que puede estimarse algo en función de un medio de intercambio, como dinero o bienes, o de otro criterio similar).[5939]

7.3036. Es importante señalar que el párrafo 4 del artículo IX matiza la expresión "reducir [el] valor [de los productos importados]" utilizando la palabra "substancialmente". Por tanto, es preciso que demos sentido y efecto a esta palabra.[5940] Según Cuba, el término "substancialmente" (en inglés "*materially*") en el párrafo 4 del artículo IX debe ser entendido en su sentido corriente, esto es, "de manera sustancial".[5941] Según Australia, el término inglés "*materially*" significa "*substantially, considerably*" (sensiblemente, considerablemente).[5942] Entre las definiciones que da el diccionario del término "*materially*" cabe señalar las siguientes: "*to a material or important*

[5936] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 425. Véanse también las respuestas de Cuba a las preguntas 79 y 191 del Grupo Especial.

[5937] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 425. Véanse también las respuestas de Cuba a las preguntas 79 y 191 del Grupo Especial.

[5938] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*reduce*, *v.*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/160503?rskey=VWcAPS&result=2#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017. (no se reproducen las cursivas)

[5939] *Oxford English Dictionary online*, definición de "*value*, *n.*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/221253?rskey=JLphH1&result=1&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017. De manera análoga, en una diferencia anterior se examinaron las siguientes definiciones del sustantivo "valor": "El término '*value*' (valor), a su vez, se define en el *Oxford English Dictionary* como '[*t*]*hat amount of a commodity*, *medium of exchange*, *etc.*, *considered to be an equivalent for something else*' (la cantidad de un producto, medio de intercambio, etc., que se considera equivalente a otra cosa), y en el *Black's Law Dictionary* como '[*t*]*he monetary worth or price of something; the amount of goods*, *services or money that something will command in an exchange*' (la valoración monetaria o el precio de algo; la cantidad de bienes, servicios o dinero que se obtendrá de algo en un intercambio)". Informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.82 (no se reproducen las notas de pie de página).

[5940] Como señaló el Órgano de Apelación, "uno de los corolarios de la 'regla general de interpretación' de la *Convención de Viena* es que la interpretación ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado. El intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 27 (no se reproduce la nota de pie de página). Véase también el Informe del Órgano de Apelación, *Canadá -Productos lácteos*, párrafo 135.

[5941] Respuesta de Cuba a la pregunta 137 del Grupo Especial.

[5942] Respuesta de Australia a la pregunta 137 del Grupo Especial.

extent; significantly, substantially, considerably", "[b]y, with, or in respect of matter or physical substance; physically" (en medida sustancial o importante; significativamente, sensiblemente, considerablemente; por, con o respecto de materia o sustancia física; físicamente), y "*with regard to the matter or the material aspect of something, as opposed to the form or formal aspect*" (relativo a la materia o el aspecto material de algo, en oposición a la forma o el aspecto formal.[5943] Se ha establecido que el sentido corriente de la palabra "*material*", tal como se emplea en el texto inglés del párrafo 2 del artículo 12 del Acuerdo Antidumping, es: "*important, essential, relevant*" (importante, esencial, pertinente).[5944]

7.3037. Así pues, consideramos que una reducción "substancial" del valor es una reducción importante y pertinente; en otras palabras, una reducción significativa. Convenimos con Australia[5945] en que los demás adverbios que figuran en el texto inglés del párrafo 4 del artículo IX ("*without seriously damaging the products ... or unreasonably increasing their costs*") (en el texto español, "sin ocasionar un perjuicio *grave* a los productos ... o aumentar de manera *irrazonable* su precio de costo") también indican que el párrafo 4 del artículo IX tolera determinadas consecuencias negativas de las leyes y reglamentos relativos a la fijación de marcas en los productos importados, y sirve para prevenir esas consecuencias únicamente en la medida en que estas alcancen un determinado grado "sustancial".

7.3038. Tomamos también nota, como contexto, de la expresión "sea posible ajustarse a ellos" que figura en el párrafo 4 del artículo IX. Al establecer un equilibrio entre la legitimidad de proporcionar a los consumidores información sobre el origen con arreglo a las prescripciones en materia de marcas de origen, por un lado, y la necesidad de limitar la repercusión que tiene el uso de las marcas de origen en los exportadores, por otro[5946], hemos constatado que esa expresión sugiere que la finalidad del párrafo 4 del artículo IX no es establecer disciplinas acerca de si los Miembros pueden reglamentar las marcas de origen, sino someter a disciplinas *la manera en que* puede exigirse el cumplimiento de las leyes y reglamentos relativos a la fijación de marcas de origen. Siguiendo la orientación que ofrece la Recomendación sobre Marcas de Origen contenida en la Decisión del GATT de 1958, que trata de reducir al mínimo cualquier molestia para los exportadores derivadas de su cumplimiento de las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen[5947], hemos constatado que la finalidad del párrafo 4 del artículo IX es impedir que los intereses de los exportadores en comercializar sus mercancías en el territorio de un Miembro importador peligren debido a cargas o costos excesivos derivados del cumplimiento de las prescripciones en materia de marcas de origen adoptadas por ese Miembro.[5948]

7.3039. A nuestro juicio, este objeto y fin del párrafo 4 del artículo IX también ofrece orientación sobre lo que puede constituir una reducción sustancial del valor de los productos importados y, en consecuencia, una infracción del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994. Como se ha señalado, el Órgano de Apelación vinculó los objetivos del párrafo 4 del artículo IX y el párrafo 2 del artículo IX, y entendió que estas dos disposiciones servían para limitar los efectos que puede tener la utilización de las marcas de origen en los exportadores:

> Observamos que el párrafo 2 del artículo IX propugna una *reducción* de las dificultades y los inconvenientes que las leyes y reglamentos relativos a las marcas de origen pueden ocasionar a los exportadores. Además, el párrafo 4 del artículo IX exige que sea posible ajustarse a esas leyes y reglamentos sin reducir substancialmente el valor de los productos, ni aumentar innecesariamente su costo. Por tanto, estas disposiciones exigen una limitación de los efectos de la utilización de las marcas de origen.[5949]

[5943] Oxford English Dictionary online, definición de "*materially*, *adj.*", disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/114931?redirectedFrom=materially#eid>, consulta realizada el 2 de mayo de 2017.

[5944] Informe del Grupo Especial, *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 7.423.

[5945] Respuesta de Australia a la pregunta 137 del Grupo Especial.

[5946] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.356.

[5947] Véase la sección 7.4.3.3.1.2 *supra*.

[5948] Véase el párrafo 7.3014 *supra*.

[5949] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.356. (las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original).

7.3040. Hemos observado que el Órgano de Apelación describió el objetivo del párrafo 4 del artículo IX en el sentido de que "exige[] una limitación de los efectos *de* la utilización de las marcas de origen"[5950] y, en consecuencia, no sirve para abordar, o exigir, una limitación de cualquier efecto *en* la utilización de las marcas de origen.[5951] Sobre esta base hemos concluido que las medidas TPP, en tanto en cuanto restringen las formas en que los exportadores pueden utilizar los signos identificados por Cuba, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo IX. En nuestra opinión, esta finalidad también informa nuestra interpretación de lo que constituye una reducción sustancial del valor de los productos importados. Dado que el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 no protege la utilización de signos relacionados con el origen en los productos *per se*, tampoco protege el valor añadido o el sobreprecio que el uso de esos signos relacionados con el origen pueda conferir a los productos importados, ni el consiguiente interés privado en fijar esos signos a los productos importados. A la luz de la finalidad primordial del párrafo 4 del artículo IX de limitar cualquier molestia para los exportadores derivada de su cumplimiento de las prescripciones en materia de marcas de origen, a nuestro juicio no puede leerse, al mismo tiempo, esta disposición en el sentido de que salvaguarda cualquier valor que los particulares puedan obtener del uso de marcas de origen u otros signos relacionados con el origen en sí mismos.

7.3041. A la luz de lo anterior, entendemos, por tanto, que el párrafo 4 del artículo IX no protege contra cualquier reducción del valor de los productos importados, sino únicamente contra una reducción sustancial del valor, es decir, una reducción del valor superior a un determinado grado "sustancial".[5952] Además, al proteger esa reducción sustancial del valor ocasionada por el cumplimiento de las prescripciones de los Miembros relativas a la fijación de marcas, el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 no se ocupa de salvaguardar el valor añadido o el sobreprecio que el uso de esos signos relacionados con el origen pueda conferir a los productos importados.

7.3042. A la luz de las consideraciones expuestas *supra*, concluimos que las palabras "reducir substancialmente [el] valor [de los productos importados]" en el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 no comprenden el tipo de situación invocado por Cuba en el contexto de su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo IX, ni protegen contra este tipo de situación. Así pues, constatamos que Cuba no ha demostrado que el valor de los puros LHM cubanos se haya reducido sustancialmente en el sentido del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 debido a las limitaciones impuestas a la fijación del signo Habanos o el Sello de Garantía del Gobierno cubano en los puros LHM cubanos.

7.3043. Constatamos, no obstante, que procede examinar las pruebas presentadas por Cuba con respecto a cada uno de los dos argumentos según los cuales el valor de los puros LHM cubanos se ha reducido sustancialmente como resultado de las medidas TPP, a saber, primero, que los puros LHM cubanos son privados del valor añadido derivado de las IG, y, segundo, que las medidas TPP generan entre los consumidores incertidumbre acerca de la autenticidad de los puros LHM cubanos.

7.4.3.4.2 La cuestión de si los cigarros (puros) LHM cubanos son privados de su valor añadido, dando así lugar a una reducción sustancial de su valor en el sentido del párrafo 4 del artículo IX

7.3044. Como se ha explicado, Cuba aduce que la prohibición de fijar el signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco privarán a los puros LHM cubanos del valor añadido derivado de las IG al limitar la habilidad de los

[5950] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*,párrafo 5.356. (sin cursivas en el original).

[5951] Al hacer esta constatación, reiteramos que no estamos tratando de determinar si el signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano equivalen a marcas de origen en el sentido del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.

[5952] Cuba aduce que el término "sustancial" no implica un umbral probatorio más alto, ya que la carga de probar la existencia de una reducción sustancial del valor de los productos importados sigue recayendo sobre el reclamante. Respuesta de Cuba a la pregunta 191 del Grupo Especial. Convenimos con Cuba en que el término "substancialmente" que figura en el párrafo 4 del artículo IX no afecta a la asignación normal de la carga de la prueba; el reclamante tiene que demostrar que se ha infringido esa disposición. Al mismo tiempo, para hacerlo, tendrá que demostrar algo más que una reducción del valor; tendrá que demostrar que el valor de los productos importados se está reduciendo "substancialmente" en el sentido explicado supra.

exportadores de cobrar un precio Premium por dichos puros.[5953] Según Cuba, esto "reducirá sustancialmente" el valor de los puros LHM cubanos, en el sentido del párrafo 4 del artículo IX del GATT de1994.[5954]

7.3045. Cuba presenta cuatro elementos probatorios para demostrar la existencia de esa reducción sustancial del valor. Tres de ellos son documentos que tratan en general sobre el valor añadido conferido por las IG: un metanálisis científico de estudios sobre valoración de los alimentos etiquetados con IG que examina los factores que determinan el sobreprecio en el caso de las etiquetas basadas en el origen (Metanálisis de Deselnicu *et al*.)[5955], un extracto de un libro sobre la legislación en materia de IG (Libro de Gangjee)[5956], y una guía sobre la promoción de la calidad vinculada al origen geográfico y las IG sostenibles publicada por la FAO (Guía de la FAO).[5957] Cuba aduce que esos tres documentos respaldan "la presunción de que las indicaciones geográficas están, por lo general, asociadas a precios superiores".[5958] Como cuarto elemento probatorio, Cuba presenta un estudio de 2012 encargado por la Unión Europea (Estudio de 2012 sobre las IG de la UE)[5959], que concluye que las IG confieren una tasa de prima de valor del 2,23.[5960] Según Cuba, este estudio de 2012 sobre las indicaciones geográficas de la UE demuestra que la utilización de una IG está asociada a un aumento del 223% del precio de los alimentos y los productos agropecuarios en la Unión Europea.[5961]

7.3046. Antes de examinar esas pruebas, observamos que el argumento de Cuba se basa en la aseveración de que las medidas TPP prohíben el uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano. No obstante, hemos constatado que las medidas TPP no invalidan la obligación separada preexistente de mostrar el nombre del país en el que el producto fue hecho o producido (por ejemplo "Hecho en Cuba"), ni requieren o prohíben todos los aspectos de lo que Cuba describe como la IG Habanos, o del Sello de Garantía del Gobierno cubano. Concretamente, recordamos nuestra anterior determinación de que no entendemos que el uso del término "Habanos" como un nombre de marca o parte de un nombre de marca esté prohibido. Recordamos asimismo que las medidas TPP permiten indicar el país de origen. Entendemos que la indicación "hecho a mano" también está permitida.[5962]

7.3047. Cuba hace referencia a un "metanálisis de estudios en los que se estiman los sobreprecios aplicables a productos agropecuarios diferenciados por una indicación geográfica

[5953] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 422-424. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial). Cuba explica que la principal razón para invertir en un sistema de indicaciones geográficas es obtener de los consumidores un mayor valor. Según Cuba, por las mismas razones, una prohibición del despliegue de una indicación geográfica existente, tal como "Habanos", limita la habilidad de los exportadores de cobrar un precio Premium, lo cual probablemente reducirá el valor de los productos afectados (comparado con el que de otro modo estos tendrían). Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 423. Según Cuba, una prohibición del despliegue de una indicación geográfica existente, tal como "Habanos", limita la habilidad de los exportadores de cobrar un precio Premium, lo cual probablemente reducirá sustancialmente el valor de los productos afectados. Respuesta de Cuba a la pregunta 137 del Grupo Especial (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 423 y 425). De manera análoga, Cuba aduce que las medidas de Australia, al distorsionar la propiedad intelectual de Cuba (en particular las marcas Clase 34 cubanas, la IG Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano), afectarán a la capacidad de la industria cubana de cobrar un sobreprecio. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 24. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 191 del Grupo Especial.

[5954] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 422-424. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5955] O. Deselnicu, M. Costanigro, D. Souza-Monteiro y D. McFadden, "*A Meta-Analysis of Geographical Indication Food Valuation Studies: What Drives the Premium for Origin-Based Labels?*",*Journal of Agricultural and Resource Economics*, volumen 38, Nº 2 (2013) páginas 204-219 (Metanálisis de Deselnicu *et al.*) (Prueba documental CUB-34).

[5956] Dev Gangjee, *Relocating the Law of Geographical Indications* (Cambridge University Press, 2012), páginas 281-283 (Libro de Gangjee) (Prueba documental CUB-10).

[5957] Guía de la FAO (Prueba documental CUB-31).

[5958] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 423.

[5959] Estudio de 2012 sobre las IG de la EU (Prueba documental CUB-36).

[5960] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 423.

[5961] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 423.

[5962] Véase la primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 71, donde se explica que la mención "hecho a mano" aún se permite porque el artículo 8(c)(ii) del Reglamento CI requiere una "descripción exacta" de los productos importados. Esta explicación de la aplicación de las medidas TPP no ha sido impugnada por Australia.

(IG)" realizado por Deselnicu *et al.* (Metanálisis de Deselnicu *et al.*).[5963] Este análisis abarca las IG "alimentarias", sin referencia específica al tabaco o los productos de tabaco.[5964] Se centra en las IG europeas y los consumidores europeos.[5965] Además, aunque es un metanálisis de estudios que abarca varias regiones, el Metanálisis Deselnicu *et al.* hace hincapié en la importancia de distinguir entre productos y mercados específicos[5966], e indica que el marco institucional de cada mercado también influye de manera significativa en los sobreprecios.[5967] Aunque señala que "el porcentaje medio de sobreprecio de las IG es del 15,1%"[5968], el Metanálisis de Deselnicu *et al.* Aconseja cautela frente a interpretaciones generalizadas.[5969] De hecho, el Metanálisis de Deselnicu *et al.* no indica que todas las IG confieran un sobreprecio en todos los mercados. Observa que "el porcentaje de sobreprecio de todas las IG *varía ampliamente, de un mínimo del -36.7%* en el caso del queso Provolone Valpadana a un +181.9% en el del queso Valle d'Aosta Fromadzo, en Italia"[5970], y hace referencia a "un sobreprecio/*descuento* con respecto a los producto genéricos sin IG".[5971] El Metanálisis de Deselnicu *et al.* excluye las etiquetas indicativas del país de origen.[5972]

7.3048. Además, el Metanálisis de Deselnicu *et al.* señala que los sobreprecios impuestos por las IG están afectados por su coexistencia con nombres de marca de productos más caros.[5973]

[5963] Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), página 204.

[5964] Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), cuadro 1, página 209. El Metanálisis de Deselnicu *et al.* explica que "desde una perspectiva estadística, sería ideal que todas las categorías de productos estuvieran representadas dentro de cada sistema de garantía de la calidad basado en IG, con frecuencias similares. En lugar de ello, los productos protegidos por una DOP [denominación de origen protegida] son sobre todo el queso, seguido del vino, el aceite de oliva, las frutas y hortalizas, y la carne. La mayoría de los productos certificados por IGP [indicaciones geográficas protegidas] que forman parte de nuestra muestra son carnes, seguidas por cereales y aceites de oliva, mientras que las marcas de fábrica o de comercio con IG se utilizan principalmente con productos de vino (73%), así como con frutas y hortalizas, como las manzanas Washington y las patatas Idaho". *Ibid.,* página 211. (no se reproduce la nota de pie de página)

[5965] El Metanálisis de Deselnicu *et al.* señala que "la mayoría de los estudios de [la] muestra [examinada] (55%) se basan en valoraciones de consumidores europeos, seguidas de estudios de productos de America del Norte y Central (31%), y después estudios australianos y neozelandeses (14%)". Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), página 209.

[5966] Según el Metanálisis de Deselnicu *et al.*, "[e]l análisis sistemático del actual conjunto de investigaciones relativas a los sobreprecios de las IG confirmó inequívocamente nuestra observación inicial: mientras que las IG constituyen un instrumento de diferenciación efectivo en los mercados de productos alimenticios, la magnitud del sobreprecio asociado a las IG varía de manera muy significativa entre productos y mercados". Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), páginas 214-215.

[5967] Según el Metanálisis de Deselnicu *et al.*:

> La relación entre el marco institucional que regula las IG y los sobreprecios es especialmente pertinente en lo que concierne a sus repercusiones en las políticas de comercialización de los alimentos. En Europa, parece que la reglamentación más rigurosa de la DOP permite obtener mayores sobreprecios que su equivalente menos riguroso de garantía de la calidad (IGP). Una reglamentación más rigurosa puede significar un aumento de los beneficios para los consumidores en forma de inocuidad de los alimentos, garantía de la calidad, y una mayor conexión cultural o patrimonial, que aumenta la disposición a pagar por productos que están más estrictamente regulados.

Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), página 215.

[5968] Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), página 209.

[5969] Según el Metanálisis de Deselnicu *et al.*, "aunque estos resultados parecen evidentes, su interpretación debe abordarse con más cautela: una interpretación excesivamente literal de las magnitudes de las estimaciones no es aconsejable, dado el carácter global y heterogéneo de nuestros datos". Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), página 215. El Metanálisis de Deselnicu *et al.* añade que, "aunque la [disposición a pagar] media es positiva, lo cual indica que por lo general los consumidores están dispuestos a pagar más por los productos con IG, hay una gran variabilidad en los sobreprecios comunicados". *Ibid.,* página 209.

[5970] Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), página 209. (sin cursivas en el original)

[5971] Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), página 207. (sin cursivas en el original)

[5972] El Metanálisis Deselnicu *et al.* señala que "los estudios que estiman la valoración por los consumidores de las etiquetas indicativas del país de origen (EPO) se excluyeron de la muestra porque el vínculo entre el nombre geográfico y las condiciones de cultivo específicas (el concepto de *terroir*) se consideraba demasiado débil". Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), página 207.

[5973] Como afirma el Metanálisis Deselnicu *et al.*, "con arreglo a nuestras estimaciones, hay una relación inversamente proporcional relativamente fuerte entre el uso de marcas empresariales y el sobreprecio de la IG ... que se ajusta mucho al tipo de población consumidora (resto del mundo contra Europa solamente). ...

Observamos a este respecto que Cuba no niega que las medidas TPP permiten que se sigan utilizando nombres de marca en los puros LHM cubanos[5974], y que Cuba tampoco explica en qué forma la continuación del uso de nombres de marca en el empaquetado de los puros LHM cubanos afectaría a cualquier sobreprecio impuesto por una IG.

7.3049. Estimamos que, aun suponiendo que se considerara que el signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano constituyen una IG, el Metanálisis de Deselnicu *et al.* tiene una pertinencia limitada, o ninguna, por lo que respecta a la alegación de Cuba de que el cumplimiento observancia de las restricciones al uso de esos signos en virtud de las medidas TPP da lugar a una reducción sustancial del valor de los puros LHM en el mercado australiano. El estudio aclara, en particular, que cualquier aumento de valor impuesto por una IG específica depende de las circunstancias de un mercado dado. Las IG analizadas en el estudio no están relacionadas con productos de tabaco y se centran en el mercado europeo. Por consiguiente, no está claro que las constataciones de este estudio arrojen alguna luz sobre la cuestión que tenemos ante nosotros.

7.3050. Cuba hace también referencia a un libro sobre IG, el Libro Gangjee. Los extractos de ese libro presentados por Cuba señalan que "existe la hipótesis de que los consumidores valoran los productos etiquetados con indicaciones de procedencia geográfica y están dispuestos a pagar sobreprecios por ellos", y dan cuenta de un "optimismo prudente" en cuanto a esta hipótesis, sobre la base de "investigaciones preliminares".[5975] El Libro de Gangjee añade que "hay algunas pruebas, en su mayor parte relativas a Europa, de que los productos regionales atraen a los consumidores"[5976]: "en 14 de 18 casos, el precio de un producto DOP/IGP es más elevado que el del producto comparado con él" y "[e]l sobreprecio positivo oscila entre el 5% en el caso de Sitia Lasithi Kritis, Jamón de Teruel ... y Turrón de Alicante/Jijona y el 300% en el caso de Volaille de Bresse".[5977]

7.3051. Estimamos que estos elementos tienen una pertinencia limitada, o ninguna, por lo que respecta a la demostración por Cuba de que el valor de los puros LHM se ha "reducido sustancialmente" como resultado del cumplimiento de las prescripciones de las medidas TPP. Como ponen de manifiesto algunos de los pasajes arriba citados, las conclusiones en cuestión conciernen principalmente a IG europeas evaluadas en el contexto europeo. Al igual que el Metanálisis de Deselnicu *et al.*, los extractos del Libro de Gangjee presentados por Cuba no mencionan, y mucho menos abordan, el tabaco o los productos de tabaco. Además, el extracto relativo a las IG europeas citado supra sugiere que todo sobreprecio es específico para el producto etiquetado con una IG. El hecho de que 14 de los 18 casos evaluados conllevara un precio más alto en el caso de los productos etiquetados con IG podría también significar que 4 de esos 18 casos no conllevaban necesariamente ningún sobreprecio.

7.3052. De manera análoga, consideramos que la Guía de la FAO tiene una pertinencia limitada, o ninguna, para la demostración de Cuba. La Guía de la FAO es una "guía [general] para fomentar la calidad vinculada al origen y las indicaciones geográficas sostenibles".[5978] No aborda

---

Cuando se compran productos más caros (como el vino y el aceite de oliva), el incentivo para conocer las diferencias de calidad entre nombres de marca es más pronunciado, y permite que los nombres de marca capten una proporción más alta del sobreprecio por reputación". Metanálisis de Deselnicu *et al.* (Prueba documental CUB-34), página 215.

[5974] Respuesta de Cuba a la pregunta 189 del Grupo Especial.

[5975] Libro de Gangjee (Prueba documental CUB-10), página 281.

[5976] Libro de Gangjee (Prueba documental CUB-10), página 282. En el Libro de Gangjee se señala además que "un conjunto creciente de investigaciones empíricas tiene en cuenta la repercusión de las etiquetas indicativas de una DOP [denominación de origen protegida] o una IGP [indicación geográfica protegida] en la disposición del consumidor a pagar precios más altos", y especifica que los "factores que determinan esa demanda" son variados y "se considera que incluyen el aumento de los ingresos, las preocupaciones acerca de la calidad y la inocuidad de los alimentos, una demanda por una calidad organoléptica superior o específica, la función que esos productos desempeñan como símbolos del patrimonio cultural, un deseo de autenticidad y de permitir que las compras apoyen a los productores nacionales". En el Libro de Gangjee se añade que "esta demanda de los consumidores está relacionada con la capacidad para cobrar un sobreprecio por el producto, como han demostrado varios estudios monográficos", especialmente en el contexto europeo. *Ibid.,* página 282.

[5977] Libro de Gangjee (Prueba documental CUB-10), página 282.

[5978] El subtítulo de la Guía de la FAO dice así: "Guía para fomentar la calidad vinculada al origen y las indicaciones geográficas sostenibles". Guía de la FAO (Prueba documental CUB-31), portada.

específicamente el tabaco ni los productos de tabaco, y tampoco el contexto australiano.[5979] Además, al referirse a la creación de valor en términos más generales, la Guía de la FAO afirma que "[l]os productos vinculados al origen *pueden* crear un valor agregado por medio del ... mercado".[5980] La Guía de la FAO añade que "[e]l proceso de creación de valor requiere" determinadas actuaciones, como "la coordinación de los actores a pequeña escala (relaciones horizontales y verticales a lo largo de la cadena de suministro)".[5981] Como indica su subtítulo, una de las finalidades de la Guía de la FAO es ayudar a los países a hacer realidad esa creación de valor.[5982]

7.3053. Como observa Cuba[5983], el Estudio de 2012 sobre las IG de la UE concluye que "la tasa de la prima de valor de los productos con IG se calculó en 2,23, lo que significa que los productos con IG se vendieron a precio 2,23 veces más alto que la misma cantidad de productos sin IG".[5984] Sin embargo, como destaca el Estudio de 2012 sobre las IG de la UE, esta es una "tasa global de aumento de precio de los productos con IG en la UE 27".[5985] Como explica el Estudio, "ese promedio está basado en situaciones diversas".[5986] Aunque destaca esas variaciones y especificidades, el Estudio no hace referencia al contexto australiano ni guarda relación con él.[5987] Tampoco hace referencia alguna al tabaco o los productos de tabaco.[5988] Por consiguiente, el Estudio de 2012 sobre las indicaciones geográficas de la UE tiene una pertinencia limitada, o ninguna, por lo que respecta a la alegación de Cuba relativa a las marcas de origen.

7.3054. Habida cuenta de lo anterior, concluimos que aunque se considerara que estas pruebas demuestran que, en contextos específicos o como cuestión de principio, las IG pueden imponer un sobreprecio, no son lo bastante consistentes o específicas para respaldar el argumento de Cuba de que el signo Habanos o el Sello de Garantía del Gobierno cubano conllevarían un valor añadido de una magnitud identificable para los puros LHM cubanos importados en el mercado australiano o para demostrar que el cumplimiento de las prescripciones TPP relativas al uso de esos signos habría dado lugar a una reducción sustancial del valor de los puros LHM cubanos en Australia en el sentido del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.

7.3055. Tomamos asimismo nota, a este respecto, de la descripción que la propia Cuba hace de la capacidad del *término* "Habanos" para transmitir las asociaciones especiales que Cuba indica constituyen el valor añadido de la designación de un puro LHM cubano como "Habano":

> Como consecuencia de los esfuerzos de Cuba por proteger y promover su rama de producción de cigarros (puros) y sus exportaciones de estos productos, el término

[5979] Las partes de la Guía de la FAO relativas a productos específicos que abordan las diferencias de precios son estudios de casos relativos a la "[i]nfluencia de la reputación en la formación de los precios" en el contexto de los pomelos producidos en una región específica de Tailandia (Guía de la FAO, página 21, estudio de caso 4) y un cuadro que contiene una comparación de precios entre cafés tostados de origen y café no diferenciado en los mercados internacionales, en función del tipo y el origen de los cafés. Guía de la FAO (Prueba documental CUB-31), página 20, recuadro 2.

[5980] Guía de la FAO (Prueba documental CUB-31), página 20. (las cursivas figuran en el original)

[5981] Guía de la FAO (Prueba documental CUB-31), página 22.

[5982] Guía de la FAO (Prueba documental CUB-31), portada.

[5983] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 423.

[5984] Estudio de 2012 sobre las IG de la UE (Prueba documental CUB-36), página 4.

[5985] Estudio de 2012 sobre las IG de la UE (Prueba documental CUB-36), página 71.

[5986] Estudio de 2012 sobre las IG de la UE (Prueba documental CUB-36), página 71. De hecho, el Estudio de 2012 sobre las IG de la UE dedica varias páginas a "la gran diversidad de situaciones, en función de los esquemas y de los Estados miembros [de la UE]" (*Ibid*., página 71), donde aborda, por ejemplo, "las tasas de la prima de valor por clase de productos agropecuarios y productos alimenticios" (*Ibid*., página 72) y las diferencias en "la tasa de la prima de valor de los productos con IG por categoría y Estado miembro". *Ibid*., página 77. El Estudio de 2012 sobre las IG de la UE es más específico cuando describe la "tasa de la prima de valor por sector nacional", destacando que "indudablemente, la tasa de la prima de valor refleja las estructuras y la historia de los sectores de IG nacionales". *Ibid*., página 81.

[5987] Como señala el Estudio de 2012 sobre las IG de la UE, "los datos presentados ... se basan en estadísticas europeas y nacionales". Estudio de 2012 sobre las IG de la UE, página 4. Véase la referencia al "valor de venta de los productos con IG en la UE 27". Estudio de 2012 sobre las IG de la UE (Prueba documental CUB-36), capítulo 2, título.

[5988] El Estudio de 2012 sobre IG de la UE se refiere a "productos agropecuarios y productos alimenticios, vinos, vinos aromatizados y licores protegidos por una indicación geográfica". Estudio de 2012 sobre las IG de la UE (Prueba documental CUB-36), portada y título.

> "*Habanos*" ha llegado a ser conocido en todo el mundo por designar los cigarros o puros grandes hechos a mano de calidad superior procedentes de Cuba.[5989]

7.3056. Como se señala *supra*, estimamos que el *término* "Habanos" puede utilizarse como un nombre de marca o como parte de un nombre de marca. Así pues, en la medida en que ese término, como Cuba indica, está en sí mismo asociado a los "cigarros o puros grandes hechos a mano de calidad superior procedentes de Cuba", Cuba conserva la capacidad, en el marco de las medidas TPP, de transmitir esas características.

7.3057. Tomamos nota igualmente de las observaciones de Parr *et al.* 2011b, que se examinan *infra*, según las cuales entre los fumadores frecuentes y experimentados de cigarros (puros) "[e]l nombre de la marca se interpreta como un signo de autenticidad o legitimidad del producto".[5990] Por consiguiente, en la medida en que el Sello de Garantía del Gobierno cubano garantiza la autenticidad del origen cubano de un cigarrillo, parece que esta función también puede desempeñarse mediante el uso de un nombre de marca pertinente, en combinación con la indicación del país de origen (por ejemplo "Hecho en Cuba"), que debe figurar obligatoriamente, en virtud de otras disposiciones legislativas, en los cigarros (puros) o en los paquetes, y que también está permitida por las medidas TPP.

7.3058. En definitiva, por consiguiente, no estamos convencidos de que Cuba haya demostrado que las restricciones impuestas en virtud de las medidas TPP al uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano priven a los puros LHM cubanos del valor añadido pertinente, de manera que el cumplimiento de dichas medidas dé lugar a una reducción sustancial de su valor en el sentido del párrafo 4 del artículo IX.

7.4.3.4.3 La cuestión de si las medidas TPP generan entre los consumidores incertidumbre acerca de la autenticidad de los cigarros (puros) LHM cubanos, dando así lugar a una reducción sustancial de su valor

7.3059. Como se ha señalado, Cuba alega asimismo que el valor de los puros LHM cubanos se ha visto sustancialmente reducido como consecuencia de la supuesta prohibición, en virtud de las medidas TPP, de colocar el signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos, porque esto, según Cuba, inevitablemente dará lugar a la incertidumbre de los consumidores acerca de la autenticidad de los productos que están comprando.[5991] Según Cuba, esto limitará la capacidad de los exportadores cubanos de cobrar precios más altos por los puros LHM cubanos en Australia.[5992]

7.3060. Cuba se remite[5993] el informe de Parr *et al.* 2011b, según el cual a los fumadores frecuentes de cigarros (puros) premium les preocupa que el empaquetado genérico pudiera interferir en su capacidad de verificar la calidad y legitimidad de los cigarros que compran.[5994] Cuba cita[5995] las palabras de uno de los consumidores entrevistados por GfK Blue Moon: "¿Cómo sé que el chico de la tienda no me está vendiendo un cigarro de 10 dólares por uno de 50 dólares?".[5996] Según Cuba, es indiscutible que la incertidumbre de los consumidores acerca de la calidad de los productos que se ofrecen lleva a una reducción del valor de esos productos, y la

---

[5989] Primera comunicación escrita de Cuba anexo 1, parte 2, párrafo 1. (sin cursivas en el original)

[5990] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10. De manera análoga, en lo que respecta a los fumadores menos frecuentes de cigarros (puros), en Parr *et al.* 2011b se subraya la importancia que la asociación con la marca y la indicación de la marca tienen para esos fumadores: "En mayor medida que los fumadores más frecuentes, los fumadores menos frecuentes muestran especial interés por la marca y el empaquetado de los tubos para cigarros (puros). La marca también tiene un poderoso efecto en sus percepciones de la calidad en cuanto a sus compras ... ." *Ibid.*, página 10.

[5991] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 425. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5992] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 425. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5993] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 425. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5994] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), páginas 10, 11, 42, 44 y 47.

[5995] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 425. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5996] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 42.

incertidumbre del consumidor es probable que sea particularmente aguda cuando una IG que se ha utilizado durante décadas se elimina abruptamente del mercado.[5997]

7.3061. Observamos que, en términos más generales, Cuba pone en tela de juicio la fiabilidad del informe Parr *et al.* 2011b[5998], aduciendo que utilizó una muestra inadecuada[5999] y sufría deficiencias metodológicas.[6000] Como señalan tanto Cuba[6001] como Australia[6002], a los efectos del estudio de Parr *et al.* 2011b se mostró a los fumadores de cigarros (puros) una vitola genérica en la que no se exponía ninguna información. Como señala Australia[6003], fue en reacción a esa vitola completamente genérica[6004] cuando algunos fumadores frecuentes de cigarros (puros) expresaran preocupación sobre su capacidad de hacer compras fundamentadas[6005], porque esos fumadores

[5997] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 426. Véase también la respuesta de Cuba a la pregunta 79 del Grupo Especial (adjunta a su respuesta a la pregunta 138 del Grupo Especial).

[5998] Por lo que respecta a los supuestos defectos metodológicos, Cuba mantiene que en el informe Parr *et al.* 2011b, entre otras cosas, se formulaban preguntas erróneas: por ejemplo, los entrevistadores pidieron a los entrevistados que compararan imágenes de tubos de cigarros (puros) en paquetes genéricos, sin marca y con una advertencia sanitaria completa creadas digitalmente, con imágenes reales de tubos de cigarros (puros) con marca y sin advertencia sanitaria. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 425. Véanse también *ibid*. párrafos 263-268; la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 530-537; la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafos 127-128; y la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 627-639.

[5999] Por lo que respecta a la muestra supuestamente inadecuada, Cuba observa que en el informe Parr *et al.* 2011b solo se elicitaron las respuestas de ocho fumadores de puros LHM, ninguno de los cuales fue escogido aleatoriamente para participar en la investigación. En opinión de Cuba, huelga decir tiene que un estudio en el que solo se entrevistó a ocho personas no debe utilizarse para formular constataciones concluyentes. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 264.

[6000] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 266 (donde se hace referencia a Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), páginas 18-19). Cuba añade que los entrevistadores también presentaron a los encuestados una vitola genérica en la que no se exponía ninguna información, y les pidieron que la compararan con una vitola con toda la marca. Dado que con arreglo a las medidas TPP las vitolas sí pueden dar cierta información (aunque limitada), Cuba alega que es improbable que esta medida en particular tenga el mismo efecto en los fumadores de puros LHM del mundo real que predice Parr *et al.* 2011b. Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 267.

[6001] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 267. (no se reproduce la nota de pie de página)

[6002] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 584 (donde se hace referencia a Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), páginas 10 y 42).

[6003] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 584 (donde se hace referencia a Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), páginas 10 y 42).

[6004] Según Parr *et al.* 2011b, "la vitola es para los fumadores frecuentes uno de los primeros sitios en que se fijan cuando miran un cigarro, por lo que inmediatamente notaron la diferencia con la vitola genérica", y "para los fumadores frecuentes y experimentados de cigarros (puros) la vitola genérica no tendría efecto alguno en la atracción o el atractivo global de fumar cigarros (puros), pero esos fumadores consideraron que el empaquetado genérico reduce la deseabilidad percibida en cualquier, ya que no podían discernir ninguna información sobre el producto". Además:

> Tanto los fumadores frecuentes como los menos frecuentes comunicaron que generalmente dejaban la vitola en sus cigarros (puros), y ninguno comunicó que la quitaba. Sin embargo, había percepciones distintas acerca de la finalidad de la vitola, y las reacciones ante la vitola genérica obedecían en gran medida a esas percepciones. Tal como se mostró a los encuestados, la vitola genérica no llevaba ninguna declaración o imagen de advertencia, y consistía únicamente en una vitola de color genérico que oscurecía la vitola con marca que tenía debajo. Tanto los fumadores frecuentes de cigarros (puros) como los menos frecuentes comunicaron que dicha vitola destaca notablemente, sobre todo en comparación con las vitolas existentes.

Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 42.

[6005] Una de las principales conclusiones de Parr *et al.* 2011b es que "el color y el diseño del empaquetado genérico en el tabaco para liar, los cigarritos (puritos) y los cigarros (puros) premium reduciría al mínimo el atractivo y las percepciones de la calidad". Esta conclusión se basa parcialmente en la constatación de que:

> Para los fumadores más frecuentes de cigarros (puros), más que el empaquetado son las vitolas las que operan como marcadores de la legitimidad y contienen la información esencial sobre el producto, en particular cuando se trata de cigarros (puros) sueltos vendidos individualmente. Los fumadores frecuentes y experimentados creen que las vitolas son un medio esencial para identificar qué producto desean comprar y consumir. De esa manera, se consideraba probable que la introducción de la vitola genérica reduciría la capacidad de esta categoría de consumidores de comprar productos sobre los que se sentían informados y en cuya legitimidad confiaban. Esto

evalúan la autenticidad del producto por referencia a su nombre de marca.[6006] De hecho, según Parr *et al.* 2011b, entre los fumadores más frecuentes y experimentados de cigarros (puros) "el nombre comercial se interpreta como un signo de autenticidad o legitimidad del producto" y "la mayoría de las veces esa información figura en la vitola".[6007] De manera análoga, en Parr *et al.* 2011b se subraya la importancia de la asociación con la marca y la indicación de marca para los fumadores menos frecuentes de cigarros (puros), especialmente en las vitolas:

> En mayor medida que los fumadores más frecuentes, los fumadores menos frecuentes muestran especial interés en la marca y el empaquetado de los tubos para cigarros (puros). ... La marca tiene también un poderoso efecto en sus percepciones de la calidad en cuanto a sus compras, y en consecuencia el tubo genérico tiene un efecto notable en el atractivo percibido de fumar cigarros.[6008]

7.3062. Convenimos con Australia[6009] en que las reacciones de los fumadores de cigarros (puros) ante una vitola completamente genérica no reflejan con exactitud la repercusión de las medidas TPP, en cuanto que estas permiten que las vitolas lleven el nombre de la marca, la razón social o el nombre comercial y el nombre de la variante, así como el nombre del país en el que fue producido el cigarro.[6010] Lo mismo cabe decir por lo que respecta a las constataciones de Parr *et al.* 2011b sobre los fumadores menos frecuentes de cigarros (puros)[6011] en la medida en que los tubos para cigarros (puros) mostrados en el informe estaban completamente desprovistos[6012] del tipo de información que puede seguir figurando en los tubos para cigarros

---

> indica que es necesario poner a disposición la información sobre el producto por otros medios en el punto de venta y después.

Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 42. En lo que respecta a los "fumadores más frecuentes y experimentados de cigarros (puros)", en Parr *et al.* 2011b se añade que "los tubos [de cigarros (puros) genéricos] no tenían el mismo impacto en términos de reducción de la atracción o el atractivo de fumar cigarros (puros)". Según Parr *et al.* 2011b, los fumadores más frecuentes y experimentados de cigarros (puros) "interpretan el nombre de la marca como un signo de la autenticidad o legitimidad del producto" y "la mayoría de las veces esta información figura en la vitola". En Parr *et al.* 2011b se añade que "de ese modo, una vitola genérica (sin información alguna) que enmascara la vitola con marca tiene una repercusión más significativa, ya que priva a [los fumadores más frecuentes de cigarros (puros)] de la información sobre el producto en que se basan para fundamentar sus compras", lo que a su vez "rebaja la deseabilidad de cualquier cigarro en particular, ya que no pueden verificar qué producto están recibiendo, en lugar de rebajar el atractivo global del hábito de fumar cigarros (puros), que sigue siendo alto". *Ibid.*, página 10. Este resumen de determinadas constataciones clave de Parr *et al.* 2011b no significa que el Grupo Especial acepte necesariamente que dichas constataciones están bien fundadas.

[6006] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 584 (donde se hace referencia a Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10).

[6007] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10.

[6008] Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10.

[6009] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 584.

[6010] Véanse la sección 2.1.2.4.2 y la figura 9 *supra*.

[6011] En lo tocante a los fumadores menos frecuentes de cigarros (puros), en Parr *et al.* 2011b se hace hincapié en la importancia de la asociación con la marca y la indicación de la marca, especialmente en los tubos para cigarros (puros):

> En mayor medida que los fumadores más frecuentes, los fumadores menos frecuentes muestran especial interés por la marca y el empaquetado de los tubos para cigarros (puros). Sobre todo fuman con ocasión de encuentros sociales en los que "ofrecer" u obsequiar cigarros puede desempeñar una función importante en el atractivo percibido. La marca también tiene un poderoso efecto en sus percepciones de la calidad en cuanto a sus compras, y en consecuencia el tubo genérico tiene un efecto notable en el atractivo percibido de fumar cigarros. Restan glamur a la ocasión y reducen su atractivo como obsequios o cuando se ofrecen a amigos. La falta de asociación con una marca de los productos empaquetados genéricamente, en contraste con los productos existentes, los deja sin nada "para continuar" aparte del color del tubo, que se describió como "cenagoso", "alquitranado" y muy poco atractivo. Esta falta de atractivo está fuertemente vinculada a una percepción de baja calidad.

Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 10.

[6012] Según Parr *et al.* 2011b, "en las imágenes de los modelos de tubos para cigarros (puros) solo figuraba la declaración de advertencia 'fumar cigarros (puros) causa cáncer de pulmón'". Parr *et al.* 2011b (Pruebas documentales AUS-219, JE-24(50)), página 18. Seguidamente:

> En el caso de los tubos para cigarros (puros) no fue posible producir imágenes de productos con marca que mostraran tanto la advertencia sanitaria entera como la marca. Esto se debía al

(puros) en virtud de las medidas TPP.[6013] Por consiguiente, como destaca Australia, Parr *et al.* 2011b no respaldan la aseveración de que los consumidores no estarían seguros de la autenticidad del producto en circunstancias en las que el empaquetado de los cigarros (puros), incluidas las vitolas y los tubos para cigarros (puros), puede estar etiquetado con el nombre de la marca y el de la variante y con la mención "Hecho en Cuba".[6014]

7.3063. Por las mismas razones, y sin evaluar con más detalle la fiabilidad de Parr *et al.* 2011b, no estamos de acuerdo con Cuba en que las supuestas deficiencias de Parr *et al.* 2011b son cuestiones "separadas" y "algo distinto" del argumento presentado por Cuba, "a saber, el hecho de que a los entrevistados les preocupaba que el empaquetado genérico afectara a su capacidad para verificar si los cigarros (puros) eran genuinos".[6015] Como ha señalado Cuba, el empaquetado de los cigarros (puros) es sustancialmente distinto en el marco de las medidas TPP que como se describía en Parr *et al.* 2011b y los aspectos que aparentemente han llevado a los encuestados, en el contexto de Parr *et al.* 2011b, a dudar acerca de la autenticidad del producto (es decir, la falta de cualquier información sobre la marca en la propia vitola) no han sido de hecho implementados en las medidas TPP.[6016]

7.3064. Convenimos asimismo con Australia[6017] en que en Parr *et al.* 2011b no se incluye ninguna declaración de que la supuesta eliminación del signo Habanos genera incertidumbre acerca del producto, y mucho menos de que esa eliminación crearía un nivel de incertidumbre que daría lugar a una reducción sustancial del valor de los puros LHM cubanos en Australia. Señalamos, de manera análoga, que el estudio no aborda los efectos percibidos de la supuesta eliminación del Sello de Garantía del Gobierno cubano de los puros LHM cubanos.

7.3065. Cuba observa que su argumento no se basa únicamente en la afectación de las medidas TPP relativa a la autenticidad del producto, sino también en la afectación sobre el precio que los productores cubanos pueden exigir por su producto.[6018] En respuesta a una petición de aclaración formulada por el Grupo Especial, Cuba afirma que "coincide con Honduras en que a pesar de que los reclamantes no han presentado datos empíricos sobre un efecto de *'down*-trading' en relación con los puros, las razones económicas que explican las razones del *'down*-trading' que afecta actualmente a los cigarrillos aplican igualmente al mercado de puros en Australia".[6019]

7.3066. Tomamos nota de que Cuba, en respuesta a preguntas del Grupo Especial[6020], afirma que no puede presentar datos sobre el valor y el volumen porque "no tiene acceso" a "los datos sobre

---

> requisito de que la advertencia sanitaria ocupara un 60% de la circunferencia y un 95% de la longitud del tubo. Se determinó que las imágenes que solo mostraran parcialmente la advertencia sanitaria o la marca no serían útiles a efectos de la investigación. Además, debido al poco tiempo disponible, no fue posible crear modelos físicos de tubos para cigarros (puros). Por tanto, la comparación fue entre imágenes de un tubo para cigarros (puros) genérico creadas digitalmente, con la advertencia sanitaria completa, e imágenes de tubos para cigarros (puros) con marca existentes, sin ninguna advertencia sanitaria.

Ibid., páginas 18-19.

[6013] Véanse el párrafo 2.27 y la figura 5 *supra*.

[6014] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 584. Véanse también los párrafos 2.27 y 2.36 *supra*.

[6015] Respuesta de Cuba a la pregunta 187 del Grupo Especial.

[6016] Cuba aduce que:

> En lo que respecta a los cigarros (puros), el Reglamento TPP requiere que estos solo lleven una vitola, y exige el uso de un color uniforme (Pantone 448C) en las vitolas. Las medidas [T]PP permiten mostrar en las vitolas: 1) el nombre de una marca, empresa o compañía; 2) el nombre de una variante; y 3) información sobre el país de origen. También puede mantenerse en la vitola un código alfanumérico. Las medidas [T]PP requieren que esos signos y esa información se presenten en caracteres, tipo de letra, color y ubicación uniformes, y no superen un tamaño máximo en la vitola.

Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 64. (no se reproducen las notas de pie de página)

[6017] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 584.

[6018] Respuesta de Cuba a la pregunta 187 del Grupo Especial.

[6019] Respuesta de Cuba a la pregunta 192 del Grupo Especial.

[6020] La pregunta 193 del Grupo Especial a Cuba dice así: "Sírvanse explicar si el volumen y el valor de las ventas de cigarros (puros) cubanos en Australia, incluidos los puros LHM cubanos y los puros LHM cubanos

ventas minoristas de puros LHM cubanos en Australia y, a efectos comparativos, de otros mercados".[6021] En lugar de ello, aduce que "una lenta erosión de la posición única de los puros LHM cubanos es, no obstante, inevitable si las medidas relativas al empaquetado genérico eliminan los últimos medios de difusión con los clientes".[6022] Sin embargo, como se explica *supra*, las medidas TPP no impiden que determinada información, incluida información considerada importante por los fumadores de puros entrevistados por GfK Blue Moon, como se indica en Parr *et al.* 2011b, figure en las vitolas y los tubos para cigarros (puros), que, según Parr *et al.* 2011b, eran percibidos como lugares pertinentes para la información sobre el producto por los fumadores frecuentes y menos frecuentes de cigarros (puros), respectivamente. Señalamos asimismo que Cuba presentó, por separado, datos de ventas del principal importador australiano de puros LHM cubanos[6023] que demuestran que "no parece que haya habido una disminución de las ventas mensuales de puros LHM después de diciembre de 2012, y mucho menos cuando los volúmenes de venta posteriores a la implementación se comparan con las ventas mensuales en los dos años inmediatamente anteriores a la introducción de las medidas [T]PP". Cuba añade que "de hecho, parece que las ventas de puros LHM han aumentado marginalmente desde diciembre de 2012".[6024] Además, según Cuba, esa misma información de ventas, en formato semestral en lugar de mensual, "ilustra claramente la consistencia de los volúmenes de venta a lo largo del tiempo ... y el aparente aumento de las ventas de puros LHM en el período posterior a la implementación".[6025]

7.3067. Por consiguiente, concluimos que Cuba no ha demostrado que las limitaciones al uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco impuestas por las medidas TPP generen entre los consumidores incertidumbre acerca de la autenticidad de los puros LHM cubanos en una forma que reduciría sustancialmente el valor de esos puros en Australia en el sentido del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.

7.4.4 Conclusión

7.3068. Hemos determinado que las medidas TPP, en tanto en cuanto limitan el uso del signo Habanos o el Sello de Garantía del Gobierno cubano, no constituyen, "[e]n lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, ... leyes y reglamentos" en el sentido del párrafo 4 del artículo IX. Incluso suponiendo que estuvieran comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo IX, hemos constatado adicionalmente que Cuba no ha demostrado que el valor de los puros LHM cubanos se haya reducido sustancialmente en el sentido del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 como resultado de las limitaciones impuestas por las medidas TPP al uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano en el empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco.

7.3069. Así pues, concluimos que Cuba no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 4 del artículo IX, en tanto en cuanto limitan el uso del signo Habanos y el Sello de Garantía del Gobierno cubano en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos.

7.3070. En consecuencia, no es preciso que abordemos los argumentos de Australia de que las medidas están justificadas al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, ni los argumentos formulados en respuesta por Cuba.

---

que llevan la IG Habanos y/o el Sello de Garantía del Gobierno cubano, han cambiado como consecuencia de las medidas relativas al empaquetado genérico, y si el precio de los cigarros (puros) de esas categorías de productos ha cambiado como consecuencia de las medidas relativas al empaquetado genérico".

[6021] Respuesta de Cuba a la pregunta 193 del Grupo Especial.

[6022] Respuesta de Cuba a la pregunta 193 del Grupo Especial.

[6023] En particular, los datos de ventas conciernen a "las ventas al por mayor de puros LHM en Australia entre enero de 2009 y julio de 2014 efectuadas por *Pacific Cigar Company's* (PCC). Se considera que los datos de PCC representan una medida pertinente del consumo de puros LHM, ya que se estima que PCC tenía una cuota de mercado de aproximadamente el 70% de las ventas totales de puros LHM en Australia durante este período". Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 159.

[6024] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 160 y figura 25.

[6025] Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 161 y figura 26.

8 RECLAMACIÓN PRESENTADA POR HONDURAS (DS435): CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. Por las razones expuestas en el presente informe, el Grupo Especial concluye que:

a. 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;

b. Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967);

c. Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC;

d. 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;

e. 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;

f. Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967);

g. Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC; y

h. Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

8.2. El Grupo Especial se abstiene de pronunciarse sobre las alegaciones formuladas por Honduras al amparo del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, a cuyo respecto Honduras no presentó ningún argumento.

8.3. Habida cuenta de estas constataciones, el Grupo Especial también rechaza la solicitud de Honduras de que el Grupo Especial recomiende, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que el OSD pida a Australia que ponga las medidas en litigio en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC.

_____

8 RECLAMACIÓN PRESENTADA POR LA REPÚBLICA DOMINICANA (DS441): CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. Por las razones expuestas en el presente informe, el Grupo Especial concluye lo siguiente:

a. en lo que respecta a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia, el Grupo Especial concluye que:

i. Australia no demostró que los términos "incluidas", "complementen" y "amplíen", utilizados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la República Dominicana sean, por la forma en que están redactados, incompatibles con la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de identificar las medidas concretas en litigio.

b. en lo que respecta a las alegaciones formuladas por la República Dominicana en relación con las medidas TPP, el Grupo Especial concluye que:

i. 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;

ii. la República Dominicana no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC;

iii. la República Dominicana 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. la República Dominicana 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;

v. la República Dominicana no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967);

vi. la República Dominicana no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC; y

vii. la República Dominicana no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

8.2. El Grupo Especial se abstiene de pronunciarse sobre las alegaciones formuladas por la República Dominicana al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, a cuyo respecto la República Dominicana no presentó ningún argumento.

8.3. Habida cuenta de las constataciones formuladas *supra*, el Grupo Especial también rechaza la solicitud de la República Dominicana de que el Grupo Especial recomiende al OSD que se exija a Australia que ponga sus medidas TPP en conformidad con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC arriba mencionadas.

8 RECLAMACIÓN PRESENTADA POR CUBA (DS458): CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. Por las razones expuestas en el presente informe, el Grupo Especial concluye lo siguiente:

a. en lo que respecta a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia, el Grupo Especial concluye que:

i. Australia no demostró que las alegaciones formuladas por Cuba al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) estén excluidas de su mandato.

ii. no era necesario formular una determinación acerca de si sus alegaciones fundadas en el párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC se han sometido al Grupo Especial debidamente;

iii. no era necesario determinar si en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba se "presenta[] el problema con claridad" en relación con sus alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC; y

iv. Australia no demostró que los términos "incluidas", "complementen" y "amplíen", utilizados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, sean, por la forma en que están redactados, incompatibles con la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de identificar las medidas concretas en litigio.

b. en lo que respecta a las alegaciones formuladas por Cuba en relación con las medidas TPP, el Grupo Especial concluye que:

i. Cuba 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;

ii. Cuba no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967);

iii. Cuba no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC;

iv. Cuba 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;

v. Cuba no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;

vi. Cuba 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. Cuba no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967);

viii. Cuba no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC;

ix. Cuba no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC; y

x. Cuba no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.

8.2. El Grupo especial se abstiene de pronunciarse sobre las alegaciones formuladas por Cuba al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967), el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, a cuyo respecto Cuba no presentó ningún argumento.

8.3. Habida cuenta de las constataciones formuladas *supra*, el Grupo Especial también rechaza la solicitud de Cuba de que el Grupo Especial recomiende, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que el OSD pida a Australia que ponga sus medidas en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo OTC y el GATT de 1994.

8 RECLAMACIÓN PRESENTADA POR INDONESIA (DS467): CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. Por las razones expuestas en el presente informe, el Grupo Especial concluye lo siguiente:

a. en lo que respecta a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia, el Grupo Especial concluye que:

   i. Australia no demostró que los términos "incluidas", "complementen" y "amplíen", utilizados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, sean, por la forma en que están redactados, incompatibles con la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de identificar las medidas concretas en litigio.

b. en lo que respecta a las alegaciones formuladas por Indonesia en relación con las medidas TPP, el Grupo Especial concluye lo siguiente:

   i. Indonesia 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;

   ii. Indonesia no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC;

   iii. Indonesia 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. Indonesia no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;

   v. Indonesia 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. Indonesia no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967);

   vii. Indonesia no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC; y

   viii. Indonesia no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

8.2. El Grupo Especial se abstiene de pronunciarse sobre las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC en conjunción con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, a cuyo respecto Indonesia no presentó argumentos.

8.3. Habida cuenta de las constataciones formuladas *supra*, el Grupo Especial también rechaza la solicitud de Indonesia de que el Grupo Especial constate que las medidas TPP son incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 a) del artículo XXIII

del GATT de 1994 porque ha anulado o menoscabado ventajas resultantes directa o indirectamente para Indonesia del Acuerdo OTC.

8.4. Habida cuenta de estas constataciones, el Grupo Especial rechaza asimismo la solicitud de Indonesia de que el Grupo Especial recomiende que Australia ponga sus medidas en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC.

CUADRO A: TRABAJOS INCLUIDOS EN LOS PRINCIPALES EXÁMENES DE LAS PUBLICACIONES TPP Y/O EN LA PRUEBA DOCUMENTAL JE-24

Prueba documental Nº	Trabajo	Exámenes de publicaciones TPP						Principales resultados[1]		
		Proyecto de examen por homólogos[2]	Examen sistemático de Kleijnen[3]	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP[4]	Examen de Stirling[5]	Examen de Stirling actualizado en 2013[6]	Informe de Chantler[7]	Atractivo	Advertencias	Percepciones del daño y la intensidad
AUS-557, JE-24(63)	Wakefield *et al.* 2012	X	X	X		X	X	Sí	Sí	Sí
JE-24(41)	McCool *et al.* 2012	X	X	X		X	X	Sí	Sí	Sí
JE-24(56)	Scheffels, J. y Saebo, G., *Perceptions of Plain and Branded Cigarette Packaging Among Norwegian Youth and Adults: A Focus Group Study*. *Nicotine & Tobacco Research*; 2013; 15(2):450-456.	X	X	X		X	X	Sí	Sí	Sí
AUS-155, JE-24(44)	Moodie *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Sí	Sí	Sí
AUS-154, JE-24(25)	Germain *et al.* 2010	X	X	X	X		X	Sí	Sí	Sí
AUS-162, JE-24(24)	Gallopel-Morvan *et al.* 2013	X	X	X	X		X	Sí	Sí	Sí
AUS-176	Gallopel-Morvan *et al.* 2010				X		X	Sí	Sí	Sí

[1] Las anotaciones consignadas en esta columna se han obtenido del examen de Stirling y/o del informe de Chantler. Véanse el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-55, y anexo E, páginas 60-62; y el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), cuadro 4.1. Cuando hay discrepancia entre los examinadores respecto de si en el estudio en cuestión se evaluó un resultado en concreto, ello se indica con un asterisco (*). Los trabajos para los que no se consignan anotaciones en la columna "Principales resultados", o bien no fueron examinados en el examen de Stirling o el informe de Chantler, o bien en estos se consideró que no abordaban ninguno de los tres resultados enumerados.

[2] Véase el proyecto de examen por homólogos (Prueba documental DOM/HND-3), apéndice B.

[3] Véase el examen sistemático de Kleijnen (Prueba documental DOM/HND-4), apéndice 2, páginas 103-104.

[4] Véase el informe de Klick sobre las publicaciones TPP (Prueba documental UKR-6), páginas 17-58.

[5] Véase el examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59), sección 6, páginas 91-95.

[6] Véase el examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60), páginas 15-18.

[7] Véase el informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), anexo D, páginas 50-55, y anexo E, páginas 60-62.

Prueba documental Nº	Trabajo	Exámenes de publicaciones TPP						Principales resultados[1]		
		Proyecto de examen por homólogos[2]	Examen sistemático de Kleijnen[3]	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP[4]	Examen de Stirling[5]	Examen de Stirling actualizado en 2013[6]	Informe de Chantler[7]	Atractivo	Advertencias	Percepciones del daño y la intensidad
JE-24(12)	Centre for Behavioural Research in Cancer. *Health warnings and contents labelling of tobacco products: review, research, recommendations*. Concretamente, el trabajo Nº 13: "*Adolescents' reactions to cigarette packs modified to increase extent and impact of health warnings*", Carlton (Australia): Centre for Behavioural Research in Cancer; 1992.	X	X	X	X		X	Sí	Sí	
AUS-161, JE-24(60)	Van Hal *et al.* 2012	X	X	X	X		X	Sí	Sí	*
AUS-185, JE-24(43)	Moodie y Mackintosh 2013	X	X	X		X	X	Sí	Sí	
JE-24(48)[8]	Northrup y Pollard 1995	X	X	X	X			Sí	Sí	
AUS-145, JE-24(53)	Rootman y Flay 1995	X	X	X	X			Sí	Sí	
AUS-209, JE-24(27)	Goldberg *et al.* 1999	X	X	X	X			Sí	Sí	
AUS-221, JE-24(26)	Goldberg *et al.* 1995	X	X	X	X			Sí	Sí	
AUS-136, JE-24(9)	Borland *et al.* 2013	X		X		X	X	Sí	Sí	
AUS-173	White 2011		X		X		X	Sí		Sí
AUS-137, JE-24(20)	Ford *et al.* 2013a	X	X	X		X	X	Sí		Sí
AUS-184, JE-24(64)	Wakefield *et al.* 2013	X	X	X		X	X	Sí		Sí
AUS-175, JE-24(10)	Borland y Savvas 2013b	X	X	X		X	X	Sí		Sí
AUS-166, JE-24(29)	Hammond *et al.* 2009	X	X	X	X		X	Sí		Sí
AUS-158, JE-24(31)	Hammond *et al.* 2013b	X	X	X	X		X	Sí		Sí
AUS-149, JE-24(62)	Wakefield *et al.* 2008	X	X	X	X		X	Sí		Sí

[8] Compárese con el boletín del ISR (Prueba documental AUS-146).

Prueba documental Nº	Trabajo	Exámenes de publicaciones TPP						Principales resultados[1]		
		Proyecto de examen por homólogos[2]	Examen sistemático de Kleijnen[3]	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP[4]	Examen de Stirling[5]	Examen de Stirling actualizado en 2013[6]	Informe de Chantler[7]	Atractivo	Advertencias	Percepciones del daño y la intensidad
AUS-156, JE-24(17)	Doxey y Hammond 2011	X	X	X	X		X	Sí		Sí
AUS-157, JE-24(30)	Hammond *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Sí		Sí
AUS-174, JE-24(45)	Moodie *et al.* 2012	X	X	X	X		X	Sí		Sí
AUS-152, JE-24(23)	Gallopel-Morvan *et al.* 2012	X	X	X	X		X	Sí		Sí
AUS-189, JE-24(42)	Moodie y Ford 2011	X	X	X	X		X	Sí		Sí
AUS-150, JE-24(3)	Bansal-Travers *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Sí		Sí
JE-24(21)	Ford *et al.* 2013b	X		X		X	X	Sí		Sí
AUS-148, JE-24(34)	Hoek *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Sí		
AUS-229, JE-24(58)	Thrasher *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Sí		
AUS-163, JE-24(35)	Hoek *et al.* 2012	X	X	X	X		X	Sí		
AUS-151, JE-24(16)	Donovan 1993	X	X	X	X		X	Sí		
AUS-142, JE-24(14)	Centre for Health Promotion 1993	X	X	X	X			Sí		
AUS-143, JE-24(7)	Bondy *et al.* 1994	X	X		X		X	Sí		
JE-24(33)	Hoek *et al.* 2009	X	X		X		X	Sí		
JE-24(51)	Pechey *et al.* 2013	X				X	X	*		
JE-24(59)	Uppal *et al.* 2013			X		X	X	Sí		
JE-24(52)	Ramunno, S.; Mandeville, K. L.; y Yarrow, K. *The effect of plain cigarette packaging on attention to health warnings*; *The Lancet*; 2012; 380:S5.	X	X	X		X	X		Sí	
AUS-200, JE-24(40)	Maynard *et al.* 2013	X	X	X		X	X		Sí	

Prueba documental Nº	Trabajo	Exámenes de publicaciones TPP						Principales resultados[1]		
		Proyecto de examen por homólogos[2]	Examen sistemático de Kleijnen[3]	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP[4]	Examen de Stirling[5]	Examen de Stirling actualizado en 2013[6]	Informe de Chantler[7]	Atractivo	Advertencias	Percepciones del daño y la intensidad
AUS-203, JE-24(1)	Al-hamdani 2013	X	X	X		X	X		Sí	
AUS-147, JE-24(4)	Beede *et al.* 1990	X	X	X	X		X		Sí	
AUS-202, JE-24(6)	Beede y Lawson 1992	X	X	X	X		X		Sí	
AUS-199, JE-24(47)	Munafò *et al.* 2011	X	X	X	X		X		Sí	
AUS-179, JE-24(19)	Environics 2008a		X		X		X			Sí
JE-24(18)	Environics 2008b		X		X		X			Sí
AUS-177, JE-24(32)	Hammond *et al.* 2013a	X	X	X						
JE-24(38)	Lund y Scheffels 2013	X	X	X						
JE-24(2)	Arora *et al.* 2013	X	X	X						
AUS-160, JE-24(66)	White *et al.* 2012	X	X	X						
AUS-228, JE-24(54)	Rousu y Thrasher 2013	X	X	X						
AUS-198, JE-24(13)	CBRC 1992	X	X		X		X			
JE-24(55)	Scheffels y Lund 2013	X	X							
AUS-117, JE-24(49)	Parr *et al.* 2011a	X	X							
AUS-219, JE-24(50)	Parr *et al.* 2011b	X	X							
JE-24(46)	Moodie *et al.* 2012	X	X							
JE-24(37)	London Economics. *The role of packaging imagery on consumer preferences for experience goods: a consumer behavioural experiment*. Londres, Reino Unido: London Economics, 2012.		X							
AUS-159	Al-hamdani 2011		X							

Prueba documental Nº	Trabajo	Exámenes de publicaciones TPP						Principales resultados[1]		
		Proyecto de examen por homólogos[2]	Examen sistemático de Kleijnen[3]	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP[4]	Examen de Stirling[5]	Examen de Stirling actualizado en 2013[6]	Informe de Chantler[7]	Atractivo	Advertencias	Percepciones del daño y la intensidad
JE-24(61)	Vita, A. *Is the power of aesthetics stronger than the power of brand? The case for plain packaging in the tobacco industry* [Internet]. Copenhague: Trabajo final de la Maestría en Creación de Mercados Estratégicos, Departamento de Mercadotecnia, Copenhagen Business School, 2012 [consulta realizada el 18 de septiembre de 2014]. 88 páginas		X							
JE-24(36)	*Cigarette packaging appeals to teens. Journal of the American Dental Association*; 1995; 126(12):1604.		X							
JE-24(15)	Dewe, M.; Ogden, J.; y Coyle, A. *The cigarette box as an advertising vehicle in the United Kingdom: A case for plain packaging*. *Journal of Health Psychology*; 2013; 0(0):1-9.	X		X						
JE-24(22)	Freeman, B. *Tobacco plain packaging legislation: a content analysis of commentary posted on Australian online news*. *Tobacco Control*; 2011; 20(5):361-366.	X								
JE-24(65)	Wakefield *et al.* 2014	X								
AUS-135, JE-24(8)	Borland y Savvas 2013a	X								
AUS-153, JE-24(5)	Beede y Lawson 1991			X						
CUB-15	Shanahan, P. y Elliott, D., 2009, *Evaluation of the Effectiveness of the Graphic Health Warnings on Tobacco Product Packaging 2008*, Departamento de Salud y Geriatría del Gobierno de Australia, Canberra				X					
AUS-263, JE-24(11)	Brose *et al.* 2014									
AUS-222 (rev.), JE-24(68), DOM-286	Zacher *et al.* 2014									
AUS-507, JE-24(57)	Scollo *et al.* 2014									
AUS-214, JE-24(67), DOM-285	Young *et al.* 2014									

Prueba documental Nº	Trabajo	Exámenes de publicaciones TPP						Principales resultados[1]		
		Proyecto de examen por homólogos[2]	Examen sistemático de Kleijnen[3]	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP[4]	Examen de Stirling[5]	Examen de Stirling actualizado en 2013[6]	Informe de Chantler[7]	Atractivo	Advertencias	Percepciones del daño y la intensidad
AUS-91, JE-24(28)	Hammond 2010									
JE-24(39)	Madill-Marshall *et al.* 1996			X						
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Rosenberg, M., Pettigrew, S., Wood, L., Ferguson, R. y Houghton, S. (2012). *Public support for tobacco control policy extensions in Western Australia: a cross-sectional study*. *BMJ Open*, 2: e000784. doi:10.1136/bmjopen-2011-000784					X	X			
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Wakefield, M. *et al.*, "*Effects of increasing size of health warnings on plain vs branded packs*", 17ª Reunión Anual de la SRNT, 2011. Westin Harbour Castle, Toronto: Society for Research on Nicotine and Tobacco (SRNT), 2011: 3.			X						
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Edwards, R., Peace, J., Russell, M., Gifford, H., Thomson, G. y Wilson, N. (2012). *Qualitative exploration of public and smoker understanding of, and reactions to, an endgame solution to the tobacco epidemic*. *BMC Public Health*, 12: 782. doi:10.1186/1471-2458-12-782					X	X	Sí		
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Hoek, J., Gendall, P., Maubach, N. y Edwards, R. (2012). *Strong public support for plain packaging of tobacco products*. *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, 36(5): 405-407. doi:10.1111/j.1753-6405.2012.00907.x					X	X			
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Hoek, J. (2007). *Enhancing the Effectiveness of Warning Labels: Plain Packs vs. Branded Packs*. En: *Oceania Smokefree Conference*, Auckland, 4 al 7 de septiembre de 2007. http://otcc.confex.com/otcc/otcc07/recordingredirect.cgi/id/94.				X		X	Sí		
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Carter, S. M. y Chapman, S. (2006). *Smokers and non-smokers talk about regulatory options in tobacco control*. *Tobacco Control*, 15(5): 398-404. http://dx.doi.org/10.1136/tc.2006.015818				X		X	*		

Prueba documental Nº	Trabajo	Exámenes de publicaciones TPP						Principales resultados[1]		
		Proyecto de examen por homólogos[2]	Examen sistemático de Kleijnen[3]	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP[4]	Examen de Stirling[5]	Examen de Stirling actualizado en 2013[6]	Informe de Chantler[7]	Atractivo	Advertencias	Percepciones del daño y la intensidad
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Swanson, M. (1997). *Generic Packaging of Cigarettes*. Trabajo final de la Maestría en Salud Pública, Universidad de Australia Occidental, Perth (inédito).				X		X	Sí		
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Stephens, T., Adlaf, E. M., Bondy, S. J. y Rehm, J. (1996). *Survey Methods*. En: Stephens, T. y Morin, M. (editores) (Ministerio de Salud del Canadá). *Youth Smoking Survey, 1994: Technical Report*. Ottawa, Ontario: Ministro de Suministros y Servicios del Canadá (Nº de catálogo H49-98/1-1994E), páginas 23-36. http://www.hc-sc.gc.ca/hcps/pubs/tobac-tabac/yss-etj-1994/index-eng.php.				X		X	Sí		
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Carter, O., Mills, B., Phan, T. y Bremner, J. (2011). *Measuring the effect of cigarette plain packaging on transaction times and selection errors and in a simulation experiment*. *Tobacco Control*. 26 de septiembre. [publicación electrónica previa a la impresión] http://dx.doi.org/10.1136/tobaccocontrol-2011-050087				X		X			
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Freeman, B., Gartner, C., Hall, W. y Chapman, S. (2010) *Forecasting future tobacco control policy: where to next? Australian and New Zealand Journal of Public Health*, 34(5): 447-450. http://dx.doi.org/10.1111/j.1753-6405.2010.00588.x				X		X			
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	RBJ Health Management Associates (1993). *Impact of Plain Packaging of Tobacco on Youth Perceptions and Behaviour. Report of Study 1*. Toronto, Ontario: RBJ Health Management Associates.				X			Sí		
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Shanahan, P. y Elliott, D. (2009b). *Technical Report: Evaluation of the Effectiveness of the Graphic Health Warnings on Tobacco Product Packaging 2008*. Informe elaborado para el Departamento de Salud y Geriatría de Australia (inédito). http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/content/E09BB81F9347AACCCA257588007F8D73/$File/tech-rep-hw-eval.pdf				X					

Prueba documental Nº	Trabajo	Exámenes de publicaciones TPP						Principales resultados[1]		
		Proyecto de examen por homólogos[2]	Examen sistemático de Kleijnen[3]	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP[4]	Examen de Stirling[5]	Examen de Stirling actualizado en 2013[6]	Informe de Chantler[7]	Atractivo	Advertencias	Percepciones del daño y la intensidad
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	White, C. y Hammond, D. *The impact of cigarette package design & plain packaging on female youth in Brazil: brand appeal & health-related perceptions*. En: *Public Health in Canada: Innovative Partnerships for Action*, Asociación Canadiense de Salud Pública (CPHA) Congreso de 2011; 19 al 22 de junio de 2011; Palais des Congrès de Montreal, Montreal, Quebec, 2011.		X		X		X	Sí		Sí
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Hammond, D. y Daniel, S. *Plain packaging and smoking susceptibility among UK youth* (SYM2A). 17ª Reunión Anual de la SRNT, 2011. Westin Harbour Castle, Toronto: Society for Research on Nicotine and Tobacco (SRNT), 2011: 3.		X		X		X	Sí		Sí
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Gallopel-Morvan, K., Beguinot, E., Eker, F., Martinet, Y. y Hammond, D. *Perception de l'efficacité des paquets de cigarettes standardisés - Une étude dans un contexte français*. *Bull Epidemiol Hebd (Paris)* 2011;20-21:244-247. http://www.invs.sante.fr/beh/2011/20_21/beh_20_21_2011.pdf.		X		X		X	Sí		Sí
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Gallopel-Morvan, K., Gabriel, P., Le Gall-Ely, M., Rieunier, S. y Urien, B. (2010). *Packaging to help public health. The case of tobacco control*. [*Le packaging au service de la santé publique. Application à la lutte contre le tabagisme*.] En: *Actes de la 1ère Journée Internationale du Marketing Santé*, IAE (Institut d'Administration des Entreprises) Universidad de Lille 1, Lille, Francia, 25 de noviembre de 2010.				X		X	Sí	Sí	Sí

Prueba documental Nº	Trabajo	Exámenes de publicaciones TPP						Principales resultados[1]		
		Proyecto de examen por homólogos[2]	Examen sistemático de Kleijnen[3]	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP[4]	Examen de Stirling[5]	Examen de Stirling actualizado en 2013[6]	Informe de Chantler[7]	Atractivo	Advertencias	Percepciones del daño y la intensidad
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	CNCT (Comité National Contre le Tabagisme) (2008a). *"Comment mettre en oeuvre les dispositions de la CCLAT pour parvenir à une 'dénormalisation' de la consommation de tabac?" Évaluation de l'impact du paquet de cigarettes neutre: Résultats d'une étude qualitative menée sur 34 personnes* [*Evaluation of the impact of a plain cigarette pack: Results of a qualitative study with 34 people*]. Informe elaborado para el Instituto Nacional del Cáncer de Francia (INCa). París: CNCT.				X		X	Sí	Sí	*
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	CNCT (Comité National Contre le Tabagisme) (Gallopel-Morvan, K., Martinet, Y., Diethelm, P., Houezec, J., Tournade, H., Villain, N., Ratte, S., Eker, F. y Béguinot, E.) (2008b). *Évaluer l'impact du paquet neutre sur un échantillon de 20 personnes* [*Evaluation of the impact of plain cigarette pack with a sample of 20 people*]. En: CNCT. *Le paquet neutre des produits du tabac étude d'opportunité & faisabilité juridique*. Informe elaborado para el Ministerio de Sanidad de Francia. París: CNCT, páginas 37-75.				X		X	Sí	Sí	*
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	O'Neill, P. B. (1991). *Adolescent Consumers' Response to Plain Pack Cigarettes*. Trabajo final de la Maestría en Comercio, Universidad de Otago, Dunedin (inédito).				X		X		Sí	
NO OBRA EN EL EXPEDIENTE	Rootman, I., Flay, B. R. (investigadores principales), Northrup, D., Foster, M. K., Burton, D., Ferrence, R., Raphael, D. y Single, E. (coinvestigadores) (2003). *A study on youth smoking: Plain packaging, health warnings, event marketing and price reductions. Updated figures* (septiembre de 2003). Toronto, Ontario: Centre for Health Promotion, Universidad de Toronto. http://www.utoronto.ca/chp/download/RptsandPresents/smokefig.pdf.				X			Sí	Sí	