



28 de junio de 2018

(18-4060)

Página: 1/263

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

*Addendum*

El presente *addendum* contiene los anexos A a C de los informes de los Grupos Especiales, que figuran en el documento WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R.

---



**LISTA DE ANEXOS****ANEXO A****PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL**

<b>Índice</b>		<b>Página</b>
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**

<b>Índice</b>		<b>Página</b>
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**

<b>Índice</b>		<b>Página</b>
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



**ANEXO A**

PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL

<b>Índice</b>		<b>Página</b>
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-8

## ANEXO A-1

### PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL<sup>1</sup>

#### **Adoptado el 17 de junio 2014, y modificado el 1º de octubre de 2014 y el 15 de diciembre de 2014<sup>2</sup>**

1. En sus actuaciones el Grupo Especial seguirá las disposiciones pertinentes del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). Se aplicará además el procedimiento de trabajo que se expone a continuación.

2. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 9 del ESD, se armonizan los calendarios de las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467. El Grupo Especial sustanciará, en la mayor medida posible, un único procedimiento de grupo especial con un solo expediente, que dará lugar a informes separados contenidos en un único documento, tomando en consideración los derechos de todos los Miembros interesados y de manera que no resulten menoscabados en modo alguno los derechos de que habrían gozado las partes o los terceros en caso contrario.

#### **Aspectos generales**

3. Las deliberaciones del Grupo Especial, y los documentos que se hayan sometido a su consideración, tendrán carácter confidencial. Ninguna de las disposiciones del ESD ni del presente Procedimiento de trabajo impedirá a las partes en las diferencias (en adelante, "partes") o los terceros en las diferencias (en adelante, "terceros") hacer públicas sus posiciones. Los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al Grupo Especial por otro Miembro a la que este haya atribuido tal carácter. Cuando una parte o un tercero facilite una versión confidencial de sus comunicaciones escritas al Grupo Especial, también facilitará, a petición de cualquier Miembro, un resumen no confidencial de la información contenida en esas comunicaciones que pueda hacerse público. Atendiendo a una solicitud conjunta de las partes, el Grupo Especial adoptó un procedimiento adicional para la protección de la información estrictamente confidencial (IEC).<sup>3</sup>

*3bis.* Los documentos que una parte o un tercero presente al Grupo Especial y la información que comunique a este de otro modo, incluida la información estrictamente confidencial ("IEC")<sup>4</sup>, que no sean de otra manera de dominio público, solo serán utilizados por las demás partes o terceros, incluidos sus expertos y asesores externos, a los efectos de estas diferencias y no se utilizarán con ningún otro fin. En particular, las demás partes y terceros, y/o sus expertos y asesores externos, no utilizarán los documentos que se presenten al Grupo Especial y la información que se comunique a este de otro modo, incluida la IEC, en relación con ningún otro procedimiento en el que se haya impugnado la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011 de Australia (*Cth*) ("procedimientos conexos"). Los documentos que se presenten al Grupo Especial y la información que se comunique a este de otro modo, excepto la IEC, podrán revelarse a un reclamante y/o sus empleados o a una empresa vinculada a un reclamante y/o a los empleados de una empresa vinculada ("reclamantes") en procedimientos conexos, únicamente a efectos de mantener consultas con el reclamante o solicitar su asesoramiento como experto o asesor externo cuando una parte o un tercero prepare sus argumentos o pruebas en estas diferencias.

4. El Grupo Especial se reunirá a puerta cerrada. Las partes y los Miembros que hayan notificado al Órgano de Solución de Diferencias su interés en las diferencias de conformidad con el artículo 10 del ESD solo estarán presentes en las reuniones cuando el Grupo Especial los invite a comparecer.

<sup>1</sup> En el presente procedimiento de trabajo se denomina conjuntamente "Grupo Especial" a los Grupos Especiales establecidos en las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467.

<sup>2</sup> El presente procedimiento de trabajo se adoptó inicialmente el 17 de junio de 2014. Se modificó el 1º de octubre de 2014 y el 15 de diciembre de 2014.

<sup>3</sup> Véase el Procedimiento de trabajo adicional relativo a la información estrictamente confidencial, adoptado el 1º de octubre de 2014 y modificado el 15 de diciembre de 2014.

<sup>4</sup> Conforme a la definición que figura en el Procedimiento adicional relativo a la información estrictamente confidencial a que se hace referencia en el párrafo 3.

5. Cada parte y cada tercero tienen derecho a determinar la composición de su propia delegación en las reuniones con el Grupo Especial. Cada parte y cada tercero serán responsables de todos los miembros de su propia delegación y se asegurarán de que cada miembro de dicha delegación actúe de conformidad con el ESD y con el presente Procedimiento de trabajo, en particular en lo que respecta a la confidencialidad de las actuaciones.

*5bis.* No obstante lo dispuesto en el párrafo 5, los reclamantes en procedimientos conexos no estarán autorizados a asistir a las reuniones sustantivas del Grupo Especial, excepto si su presencia se requiere a los efectos de prestar testimonio como expertos en representación de una parte o un tercero.

### **Comunicaciones**

6. Antes de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, cada parte presentará una comunicación escrita en la que exponga los hechos del caso y sus argumentos, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Además, cada parte presentará al Grupo Especial, antes de la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, un escrito de réplica, con arreglo al calendario adoptado por el Grupo Especial.

7. Una parte presentará cualquier solicitud de resolución preliminar en la primera oportunidad que tenga para hacerlo y, en cualquier caso, a más tardar en su primera comunicación escrita al Grupo Especial. Si un reclamante solicita tal resolución, Australia responderá a la solicitud en su primera comunicación escrita. Si la solicita Australia, el o los reclamantes presentarán su respuesta a la solicitud antes de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, en un momento que determinará el Grupo Especial a la luz de la solicitud. Se admitirán excepciones a este procedimiento previa justificación suficiente.

8. En cada diferencia, cada parte presentará al Grupo Especial todas las pruebas fácticas a más tardar en el curso de la primera reunión sustantiva, salvo en lo que respecta a las pruebas necesarias a efectos de las réplicas, las respuestas a preguntas o las observaciones sobre las respuestas dadas por la otra parte. Se admitirán excepciones a este procedimiento previa justificación suficiente. Cuando se admita tal excepción, el Grupo Especial concederá a la otra parte un plazo para que formule observaciones, cuando proceda, sobre cualquier nueva prueba fáctica presentada en el curso de la primera reunión sustantiva o después de ella.

9. Una 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.

10. Cuando el idioma original de las pruebas documentales no sea un idioma de trabajo de la OMC, la parte o el tercero que las aporte presentará al mismo tiempo una traducción al idioma de trabajo de la OMC en que se redacte la comunicación. El Grupo Especial podrá conceder prórrogas prudenciales para la traducción de tales pruebas documentales previa justificación suficiente. Cualquier objeción en cuanto a la exactitud de una traducción deberá plantearse sin demora por escrito, no más tarde de la presentación o reunión (lo que ocurra antes) siguiente a la presentación de la comunicación que contenga la traducción de que se trate. Las objeciones irán acompañadas de una explicación detallada de los motivos de la objeción y de una traducción alternativa.

11. A fin de facilitar la labor del Grupo Especial, se invita a las partes y los terceros a que redacten sus comunicaciones, en la medida en que resulte práctico hacerlo, de conformidad con la Guía editorial de la OMC para las comunicaciones presentadas a grupos especiales, que se adjunta como anexo 1.

.....

12. Para facilitar el mantenimiento del expediente de la diferencia y dar la máxima claridad posible a las comunicaciones, las partes y los terceros numerarán consecutivamente sus pruebas documentales durante todo el curso de la diferencia. Por ejemplo, las pruebas documentales presentadas por Ucrania podrían numerarse UKR-1, UKR-2, etc. Si la última prueba documental presentada en relación con la primera comunicación fue numerada UKR-5, la primera prueba documental de su siguiente comunicación se numeraría UKR-6. Para evitar la duplicación de las pruebas documentales, las partes podrán presentar pruebas conjuntas, numerándolas en

consecuencia, por ejemplo, JE-1, JE-2, etc. Las partes podrán también remitirse a pruebas documentales presentadas por otra parte utilizando el número asignado a la prueba documental por la parte que la haya presentado inicialmente. Además, se invita a las partes a que presenten una lista de las pruebas documentales junto con la comunicación pertinente.

13. En interés de una total transparencia y armonización del calendario de las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467, se alienta a las partes a que faciliten a las partes en las demás diferencias sus comunicaciones por escrito al Grupo Especial, incluidas las comunicaciones escritas, las comunicaciones preliminares y las respuestas escritas a preguntas, en el momento en que se presenten al Grupo Especial.

14. En interés de una total transparencia y armonización del calendario de las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467, se alienta a las partes a que faciliten a los terceros en las demás diferencias su comunicación escrita anterior a la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial y su escrito de réplica anterior a la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial<sup>5</sup>, en el momento en que se presenten a este.

### **Preguntas**

15. El Grupo Especial podrá en cualquier momento del procedimiento formular preguntas a las partes y los terceros, oralmente o por escrito, incluso antes de cada reunión sustantiva.

### **Reuniones sustantivas**

16. Cada parte facilitará al Grupo Especial la lista de los miembros de su delegación antes de cada reunión con el Grupo Especial y a más tardar a las 17 h del quinto día hábil anterior al primer día de la reunión.

17. En interés de una total transparencia y armonización del calendario de las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467, las partes convienen en que las reuniones sustantivas a que se hace referencia en los párrafos 18 y 19 tendrán lugar en presencia de las partes en las cinco diferencias.

18. La primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes se desarrollará como sigue:

- a. El Grupo Especial invitará en primer lugar a cada reclamante a formular una declaración inicial a fin de que presente sus argumentos, en el orden en que se plantearon las diferencias. A continuación, invitará a Australia a exponer su opinión al respecto. Antes de hacer uso de la palabra, cada parte facilitará al Grupo Especial y a los demás participantes en la reunión una versión escrita provisional de su declaración. En caso de que se requiera interpretación, cada parte facilitará copias adicionales para los intérpretes a través del secretario del Grupo Especial. Cada parte pondrá a disposición del Grupo Especial, de las demás partes y de los terceros<sup>6</sup> la versión definitiva de su declaración inicial, de preferencia al final de la sesión en la que se pronuncie la declaración inicial y, en cualquier caso, no más tarde de las 9 h del primer día hábil posterior a esa sesión.
- b. Una vez concluidas las declaraciones, el Grupo Especial dará a cada parte la oportunidad de formular preguntas o hacer observaciones a las demás partes a través del Grupo Especial. Cada parte tendrá a continuación la oportunidad de responder a esas preguntas oralmente. Cada parte enviará por escrito, en un plazo que determinará el Grupo Especial, cualquier pregunta a las demás partes respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada parte a responder por escrito a las preguntas escritas de las demás partes en el plazo que determine el Grupo Especial.

---

<sup>5</sup> El acceso de los terceros a los escritos de réplica de las partes estará sujeto a lo dispuesto en el Procedimiento de trabajo adicional relativo a la información estrictamente confidencial, adoptado el 1º de octubre de 2014 y modificado el 15 de diciembre de 2014.

<sup>6</sup> El acceso de los terceros a la versión definitiva de las declaraciones iniciales de las partes en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial estará sujeto a lo dispuesto en el Procedimiento de trabajo adicional relativo a la información estrictamente confidencial, adoptado el 1º de octubre de 2014 y modificado el 15 de diciembre de 2014.



- c. Seguidamente, el Grupo Especial podrá formular preguntas a las partes. Cada parte tendrá a continuación la oportunidad de responder a esas preguntas oralmente. El Grupo Especial enviará por escrito, en el plazo que determine, cualquier pregunta a las partes respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada parte a responder por escrito a esas preguntas en el plazo que determine el Grupo Especial.
- d. Una vez finalizadas las preguntas, el Grupo Especial concederá a cada parte la oportunidad de formular una breve declaración final, que los reclamantes pronunciarán en primer lugar, en el orden en que se plantearon las diferencias. Cada parte pondrá a disposición del Grupo Especial, de las demás partes y de los terceros<sup>7</sup> la versión definitiva de su declaración final, de preferencia al final de la reunión y, en cualquier caso, no más tarde de las 17 h del primer día hábil posterior a la reunión.
19. La segunda reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes se desarrollará como sigue:
- a. El Grupo Especial preguntará a Australia si desea hacer uso del derecho a presentar sus argumentos en primer lugar. En caso afirmativo, el Grupo Especial invitará a dicho país a formular su declaración inicial, seguido de los reclamantes, en el orden inverso a aquel en que se plantearon las diferencias. Si Australia decide no hacer uso de ese derecho, el Grupo Especial invitará a los reclamantes a formular su declaración inicial en primer lugar, en el orden inverso a aquel en que se plantearon las diferencias. Antes de hacer uso de la palabra, cada parte facilitará al Grupo Especial y a los demás participantes en la reunión una versión escrita provisional de su declaración. En caso de que se requiera interpretación, cada parte facilitará copias adicionales para los intérpretes a través del secretario del Grupo Especial. Cada parte pondrá a disposición del Grupo Especial, de las demás partes y de los terceros<sup>8</sup> la versión definitiva de su declaración inicial, de preferencia al final de la reunión y, en cualquier caso, no más tarde de las 17 h del primer día hábil posterior a la reunión.
- b. Una vez concluidas las declaraciones, el Grupo Especial dará a cada parte la oportunidad de formular preguntas o hacer observaciones a las demás partes a través del Grupo Especial. Cada parte tendrá a continuación la oportunidad de responder a esas preguntas oralmente. Cada parte enviará por escrito, en un plazo que determinará el Grupo Especial, cualquier pregunta a las demás partes respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada parte a responder por escrito a las preguntas escritas de las demás partes en el plazo que determine el Grupo Especial.
- c. Seguidamente, el Grupo Especial podrá formular preguntas a las partes. Cada parte tendrá a continuación la oportunidad de responder a esas preguntas oralmente. El Grupo Especial enviará por escrito, en el plazo que determine, cualquier pregunta a las partes respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada parte a responder por escrito a esas preguntas en el plazo que determine el Grupo Especial.
- d. Una vez finalizadas las preguntas, el Grupo Especial concederá a cada parte la oportunidad de formular una breve declaración final, que pronunciará en primer lugar la parte que haya formulado en primer lugar la declaración inicial. Cada parte pondrá a disposición del Grupo Especial, de las demás partes y de los terceros<sup>9</sup> la versión definitiva de su declaración final, de preferencia al final de la reunión y, en cualquier caso, no más tarde de las 17 h del primer día hábil posterior a la reunión.

---

<sup>7</sup> El acceso de los terceros a la versión definitiva de las declaraciones finales de las partes en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial estará sujeto a lo dispuesto en el Procedimiento de trabajo adicional relativo a la información estrictamente confidencial, adoptado el 1º de octubre de 2014 y modificado el 15 de diciembre de 2014.

<sup>8</sup> El acceso de los terceros a la versión definitiva de las declaraciones iniciales de las partes en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial estará sujeto a lo dispuesto en el Procedimiento de trabajo adicional relativo a la información estrictamente confidencial, adoptado el 1º de octubre de 2014 y modificado el 15 de diciembre de 2014.

<sup>9</sup> El acceso de los terceros a la versión definitiva de las declaraciones finales de las partes en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial estará sujeto a lo dispuesto en el Procedimiento de trabajo adicional relativo a la información estrictamente confidencial, adoptado el 1º de octubre de 2014 y modificado el 15 de diciembre de 2014.

### Terceros

20. En interés de una total transparencia y armonización del calendario de las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467, 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.

21. El Grupo Especial invitará a cada tercero a transmitir al Grupo Especial una comunicación escrita antes de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Se alienta a cada tercero a presentar una única comunicación, en la que se identifiquen claramente la o las diferencias a que se refieren sus opiniones. Las comunicaciones escritas de los terceros no excederán de 50 páginas por tercero independientemente de si un tercero opta por presentar una única comunicación escrita.

22. En interés de una total transparencia y armonización del calendario de las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467, se alienta a cada tercero a que facilite a las partes y los terceros en las demás diferencias su comunicación escrita al Grupo Especial, en el momento en que se presente a este.

23. Se invitará además a cada tercero a exponer oralmente sus opiniones durante una sesión de la primera reunión sustantiva reservada para tal fin, en una declaración cuya duración será establecida por el Grupo Especial antes de esa sesión. En interés de una total transparencia y armonización del calendario de las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467, las partes convienen en autorizar a todos los terceros que hayan manifestado su interés en una o más de las cinco diferencias a estar presentes durante la totalidad de la sesión destinada a los terceros, y se alienta a los terceros en cada una de esas diferencias a permitir que sus exposiciones y respuestas a preguntas en el curso de dicha sesión tengan lugar en presencia de las partes y los terceros en las demás diferencias.

24. Cada tercero facilitará al Grupo Especial la lista de los miembros de su delegación antes de esa sesión y, a más tardar, a las 17 h del quinto día hábil anterior a la sesión.

25. La sesión destinada a los terceros se desarrollará como sigue:

- a. El Grupo Especial escuchará en primer lugar los argumentos de los terceros, en orden alfabético.
- b. Los terceros presentes en la sesión destinada a los terceros y que tengan la intención de exponer sus opiniones oralmente en esa sesión facilitarán al Grupo Especial, a las partes y a los demás terceros versiones escritas provisionales de sus declaraciones antes de hacer uso de la palabra. Los terceros pondrán a disposición del Grupo Especial, de las partes y de los demás terceros la versión definitiva de sus declaraciones, de preferencia al final de la sesión y, en cualquier caso, no más tarde de las 17 h del primer día hábil posterior a la sesión.
- c. Después de que los terceros hayan formulado sus declaraciones, podrá darse a las partes la oportunidad de formular, a través del Grupo Especial, preguntas a los terceros para aclarar cualquier cuestión planteada en las comunicaciones o declaraciones de los terceros. Cada parte enviará por escrito, en el plazo que determine el Grupo Especial, cualquier pregunta a un tercero respecto de la que desee recibir una respuesta escrita.
- d. Seguidamente, el Grupo Especial podrá formular preguntas a los terceros. Cada tercero tendrá a continuación la oportunidad de responder oralmente a esas preguntas. El Grupo Especial enviará por escrito, en el plazo que determine, cualquier pregunta a los terceros respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada tercero a responder por escrito a esas preguntas en el plazo que determine el Grupo Especial.

**Parte expositiva**

26. La exposición de los argumentos de las partes y los terceros en la parte expositiva de los informes del Grupo Especial estará constituida por resúmenes facilitados por las partes y los terceros, que se adjuntarán como adiciones a los informes. Esos resúmenes no se utilizarán de ningún modo en sustitución de las comunicaciones de las partes y los terceros en el examen del asunto por el Grupo Especial.

27. Cada parte presentará un resumen integrado de los hechos y argumentos que haya presentado al Grupo Especial en sus comunicaciones escritas y declaraciones orales, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Este resumen integrado podrá incluir un resumen de las respuestas a las preguntas. El resumen integrado que presente cada reclamante no excederá de 30 páginas. El resumen integrado que presente Australia no excederá de 40 páginas. El Grupo Especial no resumirá las respuestas de las partes a las preguntas en la parte expositiva de su informe, ni en los anexos de este.

28. Cada tercero presentará un resumen de los argumentos formulados en su comunicación escrita y en su declaración de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Este resumen podrá incluir también, si procede, un resumen de las respuestas a las preguntas. El resumen que facilite cada tercero no excederá de cinco páginas.

**Reexamen intermedio**

29. Una vez emitidos los informes provisionales, cualquiera de las partes podrá presentar por escrito una petición de que se reexaminen aspectos concretos del informe provisional correspondiente a su respectiva diferencia y solicitar una nueva reunión con el Grupo Especial, de conformidad con el calendario adoptado por este. Se hará uso del derecho a solicitar dicha reunión a más tardar en el momento en que se presente la petición escrita de reexamen.

30. En caso de que no se solicite una nueva reunión con el Grupo Especial, cada parte podrá presentar observaciones escritas sobre la petición escrita de reexamen de la otra parte, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Tales observaciones se limitarán a las peticiones escritas de reexamen presentadas por las otras partes.

31. Los informes provisionales, al igual que los informes definitivos antes de su distribución oficial, tendrán carácter estrictamente confidencial y no se divulgarán.

**Notificación de documentos**

32. Se aplicarán los siguientes procedimientos respecto de la notificación de documentos:

- a. Cada parte y cada tercero presentarán todos los documentos al Grupo Especial entregándolos en el Registro de Solución de Diferencias (despacho N° 2047).
- b. Cada parte y cada tercero entregarán sus documentos en el Registro de Solución de Diferencias y proporcionarán copias a las demás partes (y a los terceros, cuando proceda) a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) de las fechas límite fijadas por el Grupo Especial.
- c. Cada parte y cada tercero entregarán en el Registro de Solución de Diferencias ocho (8) copias impresas de todos los documentos que presenten al Grupo Especial, salvo en el caso de los resúmenes presentados de conformidad con los párrafos 27 y 28 *supra* y de las pruebas documentales. Las pruebas documentales podrán facilitarse en CD-ROM o DVD; de ser así, se entregarán seis (6) CD-ROM o DVD y dos (2) copias impresas de las pruebas documentales. Las copias impresas de las pruebas documentales se presentarán a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) del primer día hábil posterior a la fecha límite fijada por el Grupo Especial para la presentación de los documentos. El Encargado del Registro de Solución de Diferencias pondrá un sello en los documentos con la fecha y hora de su presentación.

- d. Cada parte y cada tercero facilitarán también una copia electrónica de todos los documentos que presenten al Grupo Especial en la fecha límite, en formato PDF y Microsoft Word, ya sea en CD-ROM, en DVD, o como fichero adjunto a un mensaje de correo electrónico. Si la copia electrónica se facilita por correo electrónico, deberá enviarse a [\\*\\*\\*\\*@wto.org](mailto:****@wto.org), con copia a [\\*\\*\\*\\*.\\*\\*\\*\\*@wto.org](mailto:****.****@wto.org), [\\*\\*\\*\\*.\\*\\*\\*\\*@wto.org](mailto:****.****@wto.org), [\\*\\*\\*\\*.\\*\\*\\*\\*@wto.org](mailto:****.****@wto.org), [\\*\\*\\*\\*.\\*\\*\\*\\*@wto.org](mailto:****.****@wto.org) y [\\*\\*\\*\\*.\\*\\*\\*\\*@wto.org](mailto:****.****@wto.org). Si se facilita un CD-ROM o un DVD, este se entregará al Registro de Solución de Diferencias. La versión electrónica en formato PDF constituirá la versión oficial a los efectos del expediente de la diferencia.
  - e. Cada parte facilitará directamente a la otra parte en la diferencia los documentos que presente al Grupo Especial. Además, cada parte entregará sus comunicaciones escritas a todos los terceros que hayan notificado su interés en la diferencia, antes de la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial.
  - f. Cada tercero proporcionará directamente a todas las partes y a los demás terceros que hayan notificado su interés en la misma diferencia los documentos que presente al Grupo Especial. Cada parte y cada tercero, en el momento de la presentación de cada documento al Grupo Especial, confirmarán por escrito que se han proporcionado copias conforme a lo requerido.
  - g. Una parte o un tercero podrán presentar en formato electrónico únicamente sus documentos a una parte o un tercero.
  - h. El procedimiento descrito en el apartado g. también será aplicable a las comunicaciones presentadas de conformidad con los párrafos 13, 14 y 22.
  - i. El Grupo Especial facilitará a las partes una versión electrónica de la parte expositiva, del informe provisional y del informe definitivo, así como de otros documentos, según proceda. Cuando el Grupo Especial proporcione a las partes o a los terceros una versión en papel y otra electrónica de un documento, la primera constituirá la versión oficial a los efectos del expediente de la diferencia.
33. El Grupo Especial se reserva el derecho de modificar el presente procedimiento cuando sea necesario, tras consultar con las partes.

**ANEXO A-2****PROCEDIMIENTO DE TRABAJO ADICIONAL RELATIVO A LA  
INFORMACIÓN EstrictAMENTE CONFIDENCIAL<sup>1</sup>****Adoptado el 1º de octubre de 2014 y modificado  
el 15 de diciembre de 2014**

El procedimiento que se expone a continuación se aplica a la información estrictamente confidencial (IEC) presentada en el curso de las actuaciones del Grupo Especial.

1. A los efectos de estas actuaciones, por información estrictamente confidencial (IEC) se entiende cualquier información financiera, comercial u oficial confidencial: a) que sea claramente designada como tal por la parte o el tercero que la presente; b) que no esté disponible de otro modo para el público en general; y c) que sea sensible desde un punto de vista comercial o, en el caso de la información oficial confidencial, cuya divulgación pueda considerarse razonablemente que cause o amenace causar un daño al interés público, por ejemplo, porque menoscabe la capacidad del gobierno para llevar adelante su labor. Cada parte o tercero actuará de buena fe y con moderación al designar información como IEC. El Grupo Especial podrá intervenir del modo que juzgue apropiado en caso de que considere que no se está actuando con moderación en la designación de IEC. Si una parte o el Grupo Especial cuestiona la designación de información como IEC, la parte o el tercero que así la designe expondrá las razones para hacerlo en un plazo de tres (3) días hábiles. Después de dar a las partes la oportunidad de formular observaciones sobre la justificación aportada en un plazo de tres (3) días hábiles, el Grupo Especial se pronunciará sobre la designación de la información.

2. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial<sup>2</sup>, las deliberaciones del Grupo Especial y los documentos que se hayan sometido a su consideración tendrán carácter confidencial. Asimismo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 del ESD, una parte o un tercero que tenga acceso a la información designada como IEC presentada en las actuaciones de este Grupo Especial la considerará confidencial y solo la comunicará a las personas autorizadas a recibirla de conformidad con este Procedimiento de trabajo. Cada parte y cada tercero serán responsables de que sus empleados, expertos y asesores externos se atengan al presente procedimiento de trabajo adicional para la protección de la IEC.

3. Los miembros del Grupo Especial y el personal de la Secretaría de la OMC asignado a esta diferencia tendrán acceso a la IEC presentada en estas actuaciones. Los funcionarios de los Gobiernos de Ucrania, Honduras, la República Dominicana, Cuba, Indonesia y Australia tendrán acceso a la IEC presentada en las actuaciones de este Grupo Especial en la medida en que ello sea necesario para su participación a título oficial en los procedimientos relativos a las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 o DS467. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial, las partes podrán otorgar acceso a la IEC a expertos y asesores externos que les presten asistencia en estas actuaciones, así como a su personal administrativo. La IEC presentada al Grupo Especial, ya sea como parte de un documento u oralmente, no se divulgará a empleados, directivos o agentes comerciales de empresas con actividades en la industria del tabaco, incluidas la producción, exportación o importación de productos de tabaco, ni a empleados o directivos de asociaciones de empresas del sector, salvo que se trate de información comercial confidencial que corresponda exclusivamente a la empresa para la que trabajan tales empleados, directivos o agentes comerciales.

4. Los terceros en las actuaciones de este Grupo Especial recibirán las versiones confidenciales de las primeras comunicaciones escritas de las partes al Grupo Especial y versiones expurgadas de

---

<sup>1</sup> El presente procedimiento adicional se adoptó inicialmente el 1º de octubre de 2014 de conformidad con el Procedimiento de trabajo del Grupo Especial adoptado el 17 de junio de 2014 y modificado el 1º de octubre de 2014. El presente procedimiento adicional se modifica de conformidad con el Procedimiento de trabajo del Grupo Especial modificado nuevamente el 15 de diciembre de 2014.

<sup>2</sup> Adoptado el 17 de junio de 2014, modificado el 1º de octubre de 2014 y modificado nuevamente el 15 de diciembre de 2014.

las pruebas documentales adjuntas a las primeras comunicaciones escritas de las partes, en caso de que tales pruebas contengan IEC. Además, los terceros recibirán los escritos de réplica de las partes, la versión definitiva de las declaraciones iniciales y finales de las partes en la primera y la segunda reunión del Grupo Especial, y cualesquiera pruebas documentales adjuntas, en el entendimiento de que los terceros recibirán versiones expurgadas de tales escritos de réplica, declaraciones o pruebas documentales, en caso de que contengan IEC.

5. Las versiones expurgadas de los escritos de réplica y las declaraciones de las partes mencionados en el párrafo 4, así como cualesquiera pruebas documentales adjuntas a estos o a las primeras comunicaciones escritas de las partes que contengan IEC serán suficientes para proporcionar una comprensión razonable de la naturaleza de la información de que se trate. Los funcionarios de los gobiernos de los terceros en cualquiera de las diferencias indicadas *supra*, y sus asesores externos, podrán solicitar el acceso a la versión no expurgada de una prueba documental adjunta a la primera comunicación escrita de una parte que contenga IEC para participar efectivamente en el procedimiento del Grupo Especial. Este decidirá, en consulta con las partes, si concede el acceso a esa IEC, teniendo en cuenta el carácter sensible de la información y la necesidad de que el tercero la consulte para garantizar que se tengan plenamente en cuenta sus intereses como tercero. En caso de otorgarse el acceso, los terceros accederán a la IEC en los locales de la Secretaría de la OMC, a no ser que se demuestre una justificación suficiente para convenir en otras disposiciones. Los terceros podrán examinar la IEC a la que accedan en dichos locales, pero no copiarla.

6. Las partes y los terceros mantendrán una lista de los nombres de todos los expertos y asesores externos a los que se haya otorgado acceso a la IEC. La lista se actualizará conforme se conceda dicho acceso a otros expertos y asesores externos.

7. Las partes o terceros que presenten IEC o hagan referencia a ella en cualquier documento presentado al Grupo Especial (incluidas las pruebas documentales) harán constar en la cubierta y en la primera página del documento que contenga información de esa índole las palabras "Contiene información estrictamente confidencial". La información específica en cuestión se pondrá entre corchetes dobles, del modo siguiente: [[xx.xxx.xx]]. Asimismo, se hará constar en la parte superior de cada página que contenga la IEC la mención "Contiene información estrictamente confidencial". Cuando una declaración oral contenga IEC, la parte o el tercero que vaya a formular esa declaración informará al Grupo Especial antes de pronunciarla de que la declaración contendrá IEC, y el Grupo Especial se asegurará de que, cuando se formule la declaración, únicamente se encuentren en la sala las personas autorizadas para acceder a la IEC de conformidad con el presente procedimiento de trabajo adicional.

8. Toda IEC que se presente codificada en binario deberá ostentar claramente en una etiqueta en el medio de almacenamiento, y en los ficheros codificados en binario, la mención "Información estrictamente confidencial".

9. Las partes, los terceros, el Grupo Especial, la Secretaría de la OMC y cualesquiera otras personas a quienes se haya permitido el acceso a documentos que contengan IEC de conformidad con el presente procedimiento de trabajo adicional guardarán todos los documentos que contengan IEC para impedir el acceso no autorizado a dicha información.

10. El Grupo Especial no revelará en su informe información designada como IEC con arreglo al presente Procedimiento de trabajo adicional. No obstante, podrá formular conclusiones basándose en dicha información. Antes de hacer público el o los informes definitivos, el Grupo Especial dará a las partes y los terceros la oportunidad de cerciorarse de que tales informes no contienen ninguna información que hayan designado como IEC.

11. Al concluir la diferencia<sup>3</sup>, y dentro del plazo que determine el Grupo Especial, cada parte devolverá todos los documentos (incluido el material electrónico) que contengan IEC presentados en el curso de las actuaciones del Grupo Especial a la parte que los haya presentado, certificará por escrito al Grupo Especial y a las demás partes que todos esos documentos han sido destruidos

---

<sup>3</sup> Se da por concluida la diferencia cuando: a) el OSD adopta el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación, o decide por consenso no hacerlo; b) queda sin efecto la decisión de establecer el grupo especial de conformidad con el párrafo 12 del artículo 12 del ESD; o c) se notifica al OSD una solución mutuamente convenida de conformidad con el párrafo 6 del artículo 3 del ESD.

o protegerá de otro modo la IEC de la divulgación pública, con arreglo a las obligaciones que le correspondan en virtud de sus leyes nacionales. La Secretaría de la OMC se reserva el derecho de conservar una copia de cada uno los documentos que contengan IEC para los archivos de la Organización.

12. Si una parte notifica formalmente al OSD su decisión de apelar de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, la Secretaría informará al Órgano de Apelación del presente procedimiento y le transmitirá toda la IEC que se rige por este, con inclusión de cualesquiera comunicaciones que contengan información designada como IEC en el marco del presente procedimiento de trabajo. Esa transmisión se efectuará separadamente del resto del expediente del Grupo Especial, en la medida de lo posible.

13. A petición de una parte, y previa consulta con las demás, el Grupo Especial podrá aplicar el presente Procedimiento de trabajo o una versión modificada de este para proteger información no comprendida en la categoría de información a que se refiere el párrafo 1. Con el consentimiento de las partes, el Grupo Especial podrá no aplicar cualquier parte del presente Procedimiento.

---





**ANEXO B**

ARGUMENTOS DE LAS PARTES

<b>Índice</b>		<b>Página</b>
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 B-1

### RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE HONDURAS

#### I. INTRODUCCIÓN

1. La presente diferencia se refiere a si Australia ha incumplido las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC a través de los medios por los que ha tratado de cambiar el comportamiento de los consumidores respecto del tabaco. No se trata de dilucidar si el tabaquismo es peligroso o si afecta a la salud de mucha gente en Australia y en todo el mundo, cosas ambas ciertas. Del mismo modo, la diferencia no se refiere a si los gobiernos tienen derecho a regular los productos de tabaco y adoptar medidas para reducir la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco; evidentemente lo tienen. De hecho, la propia Honduras ha aplicado amplias medidas de reglamentación del tabaco y comparte el objetivo de Australia de reducir la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco. Con toda certeza, Honduras no desea limitar la capacidad gubernamental para regular los productos de tabaco de una manera compatible con las normas de la OMC cuando sea necesario y esté justificado. Honduras disiente con Australia en un aspecto fundamental: más allá del grado de legitimidad del objetivo que persiga un Miembro de la OMC mediante su reglamentación interna, este debe cumplir también sus obligaciones en el marco de la OMC. Honduras considera que los medios elegidos para alcanzar el objetivo de Australia de reducir el consumo de tabaco son ilícitos, ineficaces y desproporcionados.

2. Australia mantiene las "medidas de empaquetado genérico" en litigio en la presente diferencia mediante los siguientes instrumentos jurídicos: i) la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011, Ley N° 148 de 2011, "Ley para desincentivar el consumo de productos de tabaco y para lograr objetivos conexos" ("*Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*"); ii) el Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2011 (Selección de Instrumentos Legislativos de 2011, N° 263), modificado por el Reglamento modificatorio relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2012 (N° 1) (Selección de Instrumentos Legislativos de 2012, N° 29) ("*Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*"); y iii) la Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio (empaquetado genérico del tabaco) de 2011; Ley N° 149 de 2011, "Ley por la que se modifica la Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995 y se persiguen objetivos conexos" ("*Ley de modificación de las marcas de fábrica o de comercio de 2011*").

3. Las medidas sobre el empaquetado genérico imponen una serie de prescripciones destinadas a normalizar la presentación del producto y el empaquetado de los productos de tabaco en Australia. Fundamentalmente, la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de Australia establece que "[n]inguna marca de fábrica o de comercio podrá aparecer en ningún lugar de un producto de tabaco", a excepción de los lugares permitidos por el Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco. La Ley también establece, entre otras cosas, que "[n]inguna marca de fábrica o de comercio podrá aparecer en ningún lugar del empaquetado de los productos de tabaco destinados al comercio minorista", y permite que aparezcan únicamente el nombre de la marca y la variante, el nombre comercial o de la empresa y otras marcas de conformidad con las prescripciones de la legislación pertinentes. La Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco y el Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco regulan el aspecto que debe presentar el nombre de la marca. La Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco establece asimismo que los embalajes de los productos de tabaco sean de color "marrón oscuro apagado" (el Reglamento hace referencia específicamente al código Pantone 448C) en un acabado mate, sin que en el embalaje puedan apreciarse otros colores, logotipos o rasgos de la marca, a excepción del nombre de la marca y la variante en una forma y un tipo de letra normalizados, debajo de la advertencia sanitaria con imágenes. El embalaje de los productos de tabaco seguirá conteniendo advertencias sanitarias con imágenes, que pasan de representar el 30% a representar el 75% de la superficie frontal del paquete y seguirán cubriendo el 90% de la superficie posterior del paquete. La Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco y el Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco regulan asimismo las características físicas del empaquetado de tabaco destinado al comercio minorista e imponen un tipo y un tamaño de empaquetado normalizados. Los paquetes y cartones de cigarrillos deben tener una forma normalizada sin elementos decorativos, y los paquetes de cigarrillos deben tener una apertura abatible en su parte

superior. El revestimiento de los paquetes de cigarrillos solo puede ser de laminado de papel y aluminio o de un material autorizado por el Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco. Los cigarros (puros) y su empaquetado están sujetos a prescripciones de normalización similares.

4. Como se explica a continuación con más detalle, Honduras alega que las medidas de Australia sobre el empaquetado genérico son incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC") y del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC").

5. El sector tabacalero es un componente esencial de la economía de Honduras. A nivel internacional, cada vez es mayor la demanda del tabaco de gran calidad cultivado por Honduras para la elaboración de cigarros. Ello favorece las exportaciones de cigarros, lo que crea una gran cantidad de empleo local en determinadas zonas, como el departamento de El Paraíso, ubicado en la región oriental del país. La industria del tabaco produce beneficios en los sectores primario y secundario de la cadena de valor y de suministro del tabaco. En 2011, Honduras exportó cigarros por valor de 80 millones de dólares EE.UU., mientras que sus exportaciones de cigarrillos ascendieron en total a 30 millones de dólares EE.UU. En el período 2006-2010, la contribución anual del sector tabacalero hondureño al producto interior bruto del país fue del 0,4%. Además, en Honduras el sector del tabaco crea directa e indirectamente casi 14.000 puestos de trabajo. Honduras aspira a desarrollar marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas relacionadas con el tabaco de gran valor en el futuro. De hecho, una de las razones por las que Honduras ha decidido iniciar esta diferencia es la pérdida de la oportunidad de competir sobre la base de marcas de gran valor, incluso en el segmento de los cigarros.

6. Como cuestión general, cabe señalar también que el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco ("CMCT") no exige que las Partes apliquen medidas de empaquetado genérico en su jurisdicción. En el artículo 11 del CMCT se exige que las Partes adopten y apliquen medidas eficaces para conseguir que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco "de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error". El artículo 11 del CMCT no hace referencia alguna al empaquetado genérico. En el artículo 13 del CMCT se establece que las Partes procederán a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales. El artículo 13 del CMCT no hace referencia alguna al empaquetado genérico. Las Directrices para los artículos 11 y 13 del CMCT tampoco imponen la obligación de adoptar el empaquetado genérico. En dichas Directrices, de carácter no vinculante, simplemente se indica que las Partes "deberían considerar la posibilidad de" adoptar el empaquetado genérico. El expediente muestra que, en el momento en que se examinó la adopción de esas Directrices, el asesor jurídico de la OMS observó que "en algunas jurisdicciones, restringir o suprimir las marcas de fábrica o de comercio registradas podría llegar a considerarse una infracción de los derechos relativos a esas marcas" y que "la situación no era la misma en todos los países, ya que dependía de la legislación nacional y de las obligaciones internacionales del Estado en cuestión". La "consideración de la posibilidad" de tal adopción, recomendada en las Directrices, debería incluir sin dudas un examen de si esas medidas serían compatibles con las obligaciones que corresponden a la Parte en el marco del derecho internacional, como las obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC para las Partes que son también Miembros de esa Organización. Honduras señala que en el propio CMCT se exige a las Partes que adopten medidas para el control del tabaco que sean "eficaces" y estén "basadas en pruebas científicas". En el párrafo 1 del artículo 2, el CMCT dispone que las "exigencias más estrictas" que vayan más allá de lo estipulado en el Convenio, como el empaquetado genérico, deben ser "conformes al derecho internacional", lo que incluye el derecho de la OMC.

## **II. LAS MEDIDAS DE AUSTRALIA DE EMPAQUETADO GENÉRICO INFRINGEN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

### **A. INTRODUCCIÓN**

7. La importancia de los derechos de propiedad intelectual en la sociedad moderna y en la economía mundial es innegable. Estos derechos van unidos a los bienes y servicios que se compran y venden a diario. Por ello, la protección de las marcas de fábrica o de comercio es una parte fundamental del sistema multilateral de comercio. Las marcas constituyen un instrumento de

competencia leal indispensable. Los derechos de propiedad intelectual son derechos privados que los Miembros de la OMC deben proteger. La Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC impone a los Miembros una serie de obligaciones respecto de la protección de una categoría especial de derechos de propiedad intelectual, las marcas de fábrica o de comercio. De esta forma, el Acuerdo sobre los ADPIC somete a disciplinas la libertad reguladora de los Miembros. El Acuerdo plasma varios principios fundamentales para la protección de las marcas de fábrica o de comercio, a saber: el criterio funcional del "carácter distintivo" es la esencia de la marca de fábrica o de comercio; el examen de si una marca de fábrica o de comercio es válida y puede ser objeto de protección debe hacerse caso por caso y no a nivel de grupo basándose, por ejemplo, en el tipo de marca o la naturaleza del producto; las marcas de fábrica o de comercio son derechos privados y exclusivos en los que el alcance de su protección y la capacidad para lograr su observancia dependen de la acción o inacción del titular de la marca; el "uso" de la marca es fundamental para la creación, el mantenimiento y la observancia de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio; una marca de fábrica o de comercio debe protegerse "tal cual es" y, por lo tanto, en la forma en que se ha registrado y se utiliza; y las marcas de fábrica o de comercio son elementos importantes de "competencia leal" en el mercado. Estos distintos principios están recogidos en el texto del Acuerdo sobre los ADPIC, que es la base de las alegaciones planteadas por Honduras. Las medidas de Australia de empaquetado genérico son incompatibles con cada uno de esos principios y, en consecuencia, infringen el Acuerdo sobre los ADPIC porque niegan la naturaleza funcional de las marcas de fábrica o de comercio como signos que sirven para distinguir productos.

8. En respuesta a casi todas las alegaciones planteadas por Honduras al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC, Australia sostiene que aceptar los argumentos de Honduras significaría que los Miembros de la OMC ya no podrían regular o prohibir la venta de productos que plantean riesgos para la salud o adoptar prohibiciones globales de la publicidad de los productos de tabaco porque esas prohibiciones generales sobre los productos o la publicidad infringirían lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC. Estas preocupaciones carecen de fundamento. El Acuerdo sobre los ADPIC da a los Miembros mucha flexibilidad y margen de actuación para ocuparse de las marcas de fábrica o de comercio que causan preocupación desde el punto de vista de la salud pública, tanto en la etapa de registro como posteriormente cuando se utiliza la marca en un producto en el mercado. No hace falta vaciar de contenido los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio para regular productos que pueden ser nocivos para la salud. La posibilidad cierta de restringir o prohibir la venta de un producto se desprende claramente del párrafo 1 del artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC, en el que se reconoce de forma expresa que los Miembros pueden adoptar medidas por las que se prohíben productos, aunque estas puedan incidentalmente afectar al uso de las marcas de fábrica o de comercio de esos productos. Además, en caso de que sea la marca y no el producto lo que cause preocupación, el Acuerdo sobre los ADPIC otorga amplias facultades reguladoras para resolver esas preocupaciones relacionadas específicamente con las marcas de fábrica o de comercio, sobre la base de una evaluación individual de la marca. El párrafo B del artículo 6<sup>quinquies</sup> del Convenio de París y el párrafo 2 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC (que guardan relación con el registro y la validez de las marcas de fábrica o de comercio) y el artículo 20 (en la medida en que se refiere a la flexibilidad con respecto a las exigencias relativas al uso) permiten a los Miembros adoptar medidas en caso de que se considere, por ejemplo, que determinadas marcas de fábrica o de comercio inducen a error o son engañosas. Por ello, contrariamente a lo que afirma Australia, la interpretación que hace Honduras del Acuerdo sobre los ADPIC no lleva a la conclusión de que dicho Acuerdo impide restringir la venta de productos adictivos y/o peligrosos. Los argumentos de réplica generales de Australia que dan a entender erróneamente que Honduras argumenta a favor de un "derecho a hacer uso" absoluto y positivo que restringiría de forma indebida las políticas reguladoras son erróneos y solo tienen por objeto desviar la atención del Grupo Especial de un examen adecuado de la compatibilidad de las medidas de empaquetado genérico con el derecho de la OMC. El Acuerdo sobre los ADPIC no impide a los Miembros regular los productos o prohibir la publicidad de un producto. Como demuestra la prohibición australiana de la publicidad en vigor desde 1992, las marcas de fábrica o de comercio pueden seguir manteniendo su carácter distintivo y los derechos derivados de ellas se pueden seguir haciendo respetar cuando se permite utilizarlas en los productos, incluso en el marco de una prohibición general de la publicidad.

**B. LAS MEDIDAS DE AUSTRALIA DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 15 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

9. Honduras sostiene que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio impuestas por Australia a los productos de tabaco y el empaquetado para el comercio minorista infringen el párrafo 4 del artículo 15, leído en el contexto del párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, al impedir que los signos que no tengan intrínsecamente un carácter distintivo lleguen a adquirir ese carácter mediante el uso. Un signo que no sea distintivo, o bien intrínsecamente o bien como resultado de su uso, no se puede registrar como "marca de fábrica o de comercio". Con arreglo a las medidas de empaquetado genérico, el motivo para no permitir el uso de un signo que no tenga intrínsecamente un carácter distintivo es la naturaleza del producto al que el signo ha de aplicarse (a saber, los productos de tabaco). Por consiguiente, la naturaleza del producto es obstáculo para registrar como "marcas de fábrica o de comercio" los signos que no son intrínsecamente distintivos, lo que infringe el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.

10. 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 será en ningún caso obstáculo para el registro de la marca". Los "productos" en cuestión son los "productos de tabaco" que se definen en el artículo 4 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* y quedan abarcados por las medidas de empaquetado genérico. En el párrafo 1 del artículo 15 se define el término "marca de fábrica o de comercio" en sentido amplio como "cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". Es importante señalar que la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15 establece además que "[c]uando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes ... pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos *al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso*" (sin cursivas en el original). Por consiguiente, el uso es una condición previa fundamental para el registro de esos signos, que se reconoce expresamente en el Acuerdo sobre los ADPIC. De hecho, el uso es la *única* forma de que un signo que intrínsecamente no sea distintivo pueda adquirir carácter distintivo respecto de un producto determinado. Inhibir el uso es, por definición, poner un obstáculo para que los signos que no son distintivos adquieran carácter distintivo y, como resultado, puedan registrarse.

11. De conformidad con la tercera frase del párrafo 1 del artículo 15, los Miembros de la OMC "podrán" supeditar la posibilidad de registro de las marcas que no sean intrínsecamente distintivas al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso. Australia ha utilizado esta opción en su *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, que se centra en gran medida en la presencia del uso en todos los aspectos del "ciclo de vida" de una marca de fábrica o de comercio en Australia. Por lo tanto, queda claro que, con arreglo a la *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, la evaluación del carácter distintivo de una marca que no sea intrínsecamente distintiva necesariamente tendría que centrarse en *la medida en que se ha utilizado* esa marca antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro. Así pues, la medida en que se ha utilizado una marca sería determinante para su registro.

12. Habida cuenta de estos antecedentes, las restricciones en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio, al prohibir el uso de marcas no verbales (como las marcas de diseño, figurativas o compuestas), impiden que un solicitante adquiera el carácter distintivo mediante un uso efectivo y generalizado. La prohibición del uso de signos que no sean intrínsecamente distintivos solo se aplica a los productos de tabaco. Por consiguiente, Australia ha creado un obstáculo para el registro basado en la naturaleza del producto, y ha actuado así de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.

13. Australia no ha aportado pruebas que demuestren que los signos que no sean intrínsecamente distintivos y adquieran un carácter distintivo mediante su uso pueden registrarse como marcas de fábrica o de comercio de productos de tabaco. En cambio, ha tratado de refutar la alegación de Honduras mediante afirmaciones generales que no tienen respaldo en el texto del Acuerdo sobre los ADPIC y tergiversan los efectos de las medidas de empaquetado genérico en el marco de la legislación australiana. En primer lugar, Australia alegó que los reclamantes confunden un "signo" con una "marca de fábrica o de comercio", y afirma que un "signo" que no sea intrínsecamente distintivo y no haya adquirido aún un carácter distintivo mediante su uso no es una "marca de fábrica o de comercio" y no debe registrarse como tal. Este argumento se basa en un razonamiento circular y una interpretación demasiado formalista de los términos del

párrafo 4 del artículo 15, aislados de su contexto. El artículo 15 se refiere especialmente a los *signos* que ya sea tienen carácter distintivo o lo adquieren mediante su uso y por ello pueden registrarse como *marcas de fábrica o de comercio* y obtener la protección garantizada por el Acuerdo sobre los ADPIC. Entonces, el hecho de que Honduras y otros reclamantes se centren 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 sea un obstáculo para su oportuno registro, es totalmente procedente y compatible con el texto y el contexto del párrafo 4 del artículo 15. En segundo lugar, Australia afirmó injustificadamente que el artículo 28 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* garantiza que la aplicación de la Ley no impida que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registren sus marcas. Australia nunca ha explicado adecuadamente el modo en que esta disposición garantiza que, en el marco de las medidas de empaquetado genérico, se autorice a un titular registrar un *signo que no sea intrínsecamente distintivo* como marca de fábrica o de comercio en relación con un producto de tabaco. El artículo 28 no aborda la obligación fundamental prescrita por el derecho de marcas australiano de proteger como marcas de fábrica o de comercio únicamente los signos que sean distintivos. En particular, conforme al artículo 41(3) de la *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, los signos que no sean intrínsecamente distintivos no podrán ser registrados ni protegidos en Australia *a menos que hayan sido utilizados en Australia en tal medida que de hecho distingan los bienes a los que se aplican*. El artículo 28 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* no se ocupa de las materias reguladas por el artículo 41(3) de la *Ley de marcas de fábrica o de comercio*: 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.

**C. LAS MEDIDAS DE AUSTRALIA DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y NO ESTÁN JUSTIFICADAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 17 DE DICHO ACUERDO**

14. Las medidas de Australia de empaquetado genérico infringen lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, que establece el nivel de protección mínimo garantizado que debe otorgarse a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas, a saber, el derecho exclusivo de los titulares a que se prohíban los usos no autorizados por terceros de sus marcas de fábrica o de comercio registradas. El alcance de la protección garantizada en virtud del párrafo 1 del artículo 16 depende de la capacidad del titular para usar su marca y de la consiguiente fuerza de la marca en el mercado. Cuanto más uso se haga de la marca, más fuerte será esta; y cuanto más fuerte sea la marca, mayor será el alcance de la protección frente a usos no autorizados de terceros. Estos principios fundamentales gozan de un amplio reconocimiento, incluso en la propia legislación de Australia, que hace hincapié en la importancia del uso de las marcas de fábrica o de comercio. Muchos terceros y asociaciones competentes en el ámbito de la propiedad intelectual, entre otras, la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Intelectual ("AIPPI") y MARQUES, han reconocido que la obtención de protección para una marca de fábrica o de comercio está intrínsecamente supeditada al uso de esta. Basándose en un estudio de sus capítulos nacionales, en septiembre de 2013 la AIPPI adoptó un Resolución en la que afirmaba lo siguiente: "El uso continuado y generalizado de una marca de fábrica o de comercio puede tener un efecto sobre el alcance de su protección (véanse, por ejemplo, los párrafos 2 y 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, que hacen referencia expresamente al artículo 6bis del Convenio de París) y puede contribuir a la notoriedad, reputación y/o al prestigio/valor de la marca. En consecuencia, una restricción de la naturaleza del empaquetado genérico representa un grave menoscabo de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio y puede ocasionar un perjuicio considerable al titular de esos derechos". MARQUES, la asociación europea de marcas más importante, observó en su escrito *amicus curiae* que "[u]na medida que impida mantener el alcance de la protección de la marca o que la notoriedad y la fuerza de esta aumenten con el uso como está previsto es por lo tanto incompatible con los derechos que el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC otorga a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas. En el caso de determinadas marcas que no son intrínsecamente distintivas, por ejemplo, los colores, una medida que impida su uso, como el empaquetado normalizado, en realidad podría dar lugar a que esas marcas pasaran nuevamente a ser 'genéricas'". El Grupo Especial que entendió en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* también ha reconocido el vínculo existente entre el uso y el carácter distintivo/alcance de la protección de una marca de fábrica o de comercio.

15. Las medidas de Australia de empaquetado genérico reducen de forma significativa, si no suprimen totalmente, la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco para impedir su uso no autorizado por parte de terceros, al prohibir el uso de una gran diversidad de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos que con anterioridad se utilizaban para distinguir los productos de tabaco, de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 16. Los tribunales constatarán que no hay probabilidad de confusión porque la marca ha perdido gran parte de su fuerza como resultado de la obligada falta de uso, lo que a su vez debilitará aún más el carácter distintivo de la marca, ya que es probable que se autorice el uso de signos similares en productos similares. Esto significa que una marca de fábrica o de comercio y el alcance de su protección no se debilitan solo mediante la prohibición inicial del uso, sino que esta prohibición permite que se siga usurpando el "territorio" de la marca anteriormente protegido, lo que se traduce en lo que el Profesor Dinwoodie llamó "muerte por mil cortes" en su informe de experto, en el que concluye que el empaquetado genérico infringe el párrafo 1 del artículo 16. Este artículo exige a los Miembros que concedan derechos privados en materia de observancia y protección para que el titular de una marca de fábrica o de comercio pueda proteger el carácter distintivo de la marca. La fuerza de la marca y el nivel de protección estarán determinados por las acciones que lleven a cabo los titulares de la marca de fábrica o de comercio en ejercicio de sus derechos privados. El empaquetado genérico reduce la protección por debajo de este nivel mínimo garantizado.

16. La situación en la que con mayor probabilidad se podría producir una infracción es aquella en la que se utilice una marca de fábrica o de comercio similar (por ejemplo, una marca verbal diferente con una combinación de colores o elementos de diseño similar) en un producto similar (por ejemplo, cigarrillos electrónicos o distintos accesorios para el tabaco). Dada la menor capacidad de los consumidores para reconocer la marca de fábrica o de comercio original, será más fácil que un tercero no autorizado demuestre que no es probable que su uso engañe o cause confusión con la marca original y que, por lo tanto, este no constituye una infracción de esa marca. En consecuencia, las medidas de empaquetado genérico impiden que los titulares de marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco regularmente registradas hagan respetar los derechos que les confiere el párrafo 1 del artículo 16 prohibiendo los usos de terceros no autorizados.

17. No obstante, Honduras no descarta que pueda darse una infracción del párrafo 1 del artículo 16 en otras situaciones de infracción contempladas en esta disposición, en particular, que se usen signos idénticos, como colores o elementos de diseño, en bienes similares. A medida que las marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco vayan perdiendo su carácter distintivo y su protección se debilite, es probable que el usurpador pueda apoderarse en mayor medida de las marcas de quien las registró, posiblemente incluso de las marcas verbales. Cuanto más distintiva es una marca, mayor es el grado de protección del que goza. Las medidas tendrán un efecto aún más acusado sobre los signos que no sean intrínsecamente distintivos y se hayan registrado como marcas de fábrica o de comercio, dado que su carácter distintivo (adquirido mediante el uso) se debilitará aún más a los ojos de los consumidores (al no utilizarse). Esas marcas perderán inevitablemente su protección.

18. Australia no respondió a los argumentos de Honduras sobre la importancia del uso de la marca para la fuerza de una marca de fábrica o de comercio y, por ende, para el alcance de su protección y los derechos en materia de observancia mínimos garantizados en el marco del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. En lugar de ello, Australia abordó la alegación de Honduras a un nivel inicial y abstracto, al alegar que el párrafo 1 del artículo 16 solo confiere un derecho negativo a impedir el uso de signos similares por terceros y no un "derecho positivo a hacer uso" de una marca de fábrica o de comercio. A juicio de Australia, el párrafo 1 del artículo 16 no se refiere a "las relaciones normativas públicas entre los titulares de las marcas y los gobiernos soberanos". Una ligera variación de este argumento es la afirmación de Australia de que el párrafo 1 del artículo 16 no crea un "derecho de confusión" y de que dicho párrafo no tiene por objeto proteger la "función económica" de las marcas de fábrica o de comercio de distinguir los bienes, porque, de lo contrario, ello habría supuesto la existencia de un "derecho positivo a hacer uso". Honduras no considera que el empleo de etiquetas como "derechos negativos" o "derecho positivo a hacer uso" sea de ayuda para la labor de interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo 16 que debe realizar el Grupo Especial. Estas etiquetas no guardan relación con la terminología del Acuerdo y, por ende, no son útiles para determinar el sentido de las disposiciones de la OMC. Lo que es más importante, Honduras en ningún momento ha afirmado que exista un derecho positivo a hacer uso de las marcas de fábrica o de comercio, de carácter absoluto, como

consecuencia de su registro. El artículo 16 impone a los Miembros la obligación de garantizar un nivel mínimo de derechos privados a los titulares de marcas de fábrica o de comercio que les permita proteger de forma satisfactoria el carácter distintivo y la función de indicación de procedencia de sus marcas en el contexto de un procedimiento por infracción. La obligación de los Miembros de la OMC en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC es garantizar que el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda lograr ese objetivo, si así lo desea. Una medida que socava los derechos negativos en materia de observancia que el párrafo 1 del artículo 16 otorga a los titulares de marcas de fábrica o de comercio disminuyendo la capacidad distintiva de todas las marcas registradas en relación con un producto en concreto (como, *in casu*, el empaquetado genérico) infringiría necesariamente dicha disposición, que tiene por objeto proteger el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio.

19. De modo análogo, Honduras en ningún momento ha sostenido que el párrafo 1 del artículo 16 cree un "derecho a la confusión". Antes bien, Honduras señaló que la evaluación de la "probabilidad de confusión" es una evaluación normativa pertinente en el contexto de cualquier procedimiento por infracción. La fuerza de la marca, determinada por la medida en que esta se utiliza en operaciones comerciales, es un aspecto fundamental de tal evaluación, al igual que los demás factores indispensables en un análisis de la infracción, como la similitud de los signos y la similitud de los productos.

20. El artículo 28 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, en el que se basa Australia para sostener que los derechos "negativos" de los titulares de marcas de fábrica o de comercio no se ven afectados, no resuelve el problema de la erosión del carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas relacionadas con el tabaco (y, por consiguiente, del alcance de su protección) que surge de la aplicación de dicha Ley. Del mismo modo, el artículo 28 tampoco regula la cuestión del mantenimiento de la protección de las marcas relacionadas con el tabaco frente a posibles usos de terceros.

21. A la luz de lo anterior, en la limitada réplica de Australia no se abordan los argumentos formulados por Honduras y, en consecuencia, la acreditación de infracción del párrafo 1 del artículo 16 hecha *prima facie* por Honduras se mantiene. En caso de que el Grupo Especial constate que las restricciones en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16, Honduras sostiene que estas medidas no pueden justificarse al amparo del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC. Las medidas de empaquetado genérico no constituyen "excepciones limitadas" y en ellas no se tienen en cuenta los intereses legítimos de los titulares de las marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco en utilizar las marcas originales en relación con los bienes pertinentes. En cualquier caso, Australia no invocó la excepción prevista en el artículo 17.

#### **D. LAS MEDIDAS DE AUSTRALIA DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y EL PÁRRAFO A 1) DEL ARTÍCULO 6QUINQUIES DEL CONVENIO DE PARÍS**

22. Honduras sostiene, asimismo, que las restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio son incompatibles con el artículo 6quinquies del Convenio de París, incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 de su artículo 2. Conforme a esa disposición, una marca de fábrica o de comercio registrada en el país de origen Miembro de la OMC debe ser admitida para su depósito y protegida "tal cual es" en los demás Miembros de la OMC (principio "tal cual es"). En esencia, ello significa que los Miembros de la OMC 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. Los Miembros de la OMC tienen la obligación de admitir para su depósito y proteger una marca de fábrica o de comercio en la forma original en que se haya registrado en el país de origen.

23. Las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo A 1) del artículo 6quinquies del Convenio de París, incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque Australia no protege, en su forma original, ninguna marca de fábrica o de comercio relacionada con el tabaco registrada con anterioridad en el país de origen. Desde el punto de vista práctico, la obligación de conceder "protección" necesariamente requiere que los Miembros permitan un mínimo de uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, dado que el uso es de vital importancia para la adquisición, el alcance, el mantenimiento y la observancia de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de



comercio. Ello es especialmente cierto en el caso de las marcas de diseño (imágenes) y las marcas compuestas, cuya protección puede depender intrínsecamente del uso, pero también en el caso de las marcas verbales. Además, el propio Acuerdo sobre los ADPIC, en su preámbulo y su nota 3, reconoce que el término "protección" en el marco del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* también se aplica al uso de la marca de fábrica o de comercio.

24. En respuesta a la alegación de Honduras, Australia afirma que la prescripción establecida en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* con arreglo a la cual una marca de fábrica o de comercio debe ser "admitida para su depósito y protegida tal cual es" hace referencia simplemente a la protección conferida como resultado del registro, y no establece normas mínimas con respecto al modo en que debe ser protegida esa marca de fábrica o de comercio. La respuesta de Australia se basa en su comprensión errónea del criterio jurídico establecido en el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies*, de la naturaleza de esta disposición en el marco de los ADPIC y de la alegación planteada por Honduras. En primer lugar, 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. En su interpretación, Australia hace una lectura del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* que excluye de su ámbito de aplicación la expresión "*protegida tal cual es*" cuando indica que los Miembros cumplen las dos obligaciones mencionadas simplemente al permitir el registro de una marca de fábrica o de comercio "tal cual es". Por consiguiente, la interpretación de Australia es incompatible con el principio de interpretación efectiva de los tratados, que el Órgano de Apelación ha reconocido en anteriores diferencias. La aseveración de Australia de que la alegación planteada por Honduras se basa en el argumento relativo al "derecho a hacer uso" también es incorrecta. Honduras no ha aducido que los términos del párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* creen un "derecho a hacer uso". Antes bien, a juicio de Honduras, 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". El Acuerdo sobre los ADPIC y la propia legislación de Australia reconocen este vínculo entre el uso y la protección, y Australia en ningún momento ha puesto en tela de juicio su existencia.

## **E. LAS MEDIDAS DE AUSTRALIA DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

### **1. Las medidas de empaquetado genérico son exigencias especiales que complican injustificablemente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales**

25. Las restricciones de Australia en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio son incompatibles con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, en el que se establece que "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 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".

26. Las restricciones en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio son la "complicación máxima", porque prohíben el uso de casi todas las marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos en el curso de operaciones comerciales (es decir, en el comercio minorista) y, en la medida en que permiten que aparezcan determinadas marcas verbales, como el nombre de la marca y de la variante, exigen el uso de esas marcas en una forma y con una letra sumamente tipificadas y normalizadas.

27. Las medidas de empaquetado genérico complican el uso de una marca de fábrica o de comercio "con exigencias especiales", porque imponen prescripciones que afectan específica y directamente al uso de las marcas de fábrica o de comercio. De hecho, las restricciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio previstas en las medidas corresponden a dos de los tres ejemplos de "exigencias especiales" enumerados en el artículo 20: a) el uso de una marca de fábrica o de comercio en una forma especial; y b) el uso de una manera que menoscabe la capacidad de una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas. Las restricciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio prescriben el uso de una marca de fábrica o de comercio relacionada con el tabaco en una forma especial, puesto que solo permiten que figuren determinados tipos de marcas verbales (el nombre de la

marca y de la variante en un formato normalizado) en los productos de tabaco y sus embalajes destinados al comercio minorista. En los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos no puede aparecer ninguno de los demás tipos de marcas de fábrica o de comercio (por ejemplo, marcas de diseño (imágenes) y marcas compuestas). Además, las restricciones en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio prescriben el "uso de una manera que *menoscaba la capacidad de una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes* de una empresa de los de otras empresas". Uno de los objetivos fundamentales que se persigue con las medidas de empaquetado genérico es que todos los embalajes de los productos de tabaco destinados al comercio minorista sean genéricos, es decir, por definición, no distintivos.

28. Las medidas de empaquetado genérico complican el uso de la marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales" porque prohíben el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco (por ejemplo, las marcas de diseño (o imágenes) y las marcas compuestas) y prescriben el modo en que pueden utilizarse las marcas verbales en los productos de tabaco y en el empaquetado de esos productos "en la venta al por menor, lo que innegablemente complica el uso de la marca "en el curso de operaciones comerciales".

29. Las exigencias especiales impuestas por las medidas de empaquetado genérico son "injustificables" por su propia naturaleza, puesto que se apartan de la norma aplicable por defecto en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, según la cual las marcas de fábrica o de comercio deben regularse en función de sus características individuales. El texto y el contexto del artículo 20 confirman este planteamiento básico del Acuerdo sobre los ADPIC. Los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio, por lo que se refiere a su adquisición, registro, mantenimiento y observancia, se adquieren a nivel individual. Precisamente por ello, en el artículo 20, así como en la mayoría de las demás disposiciones del Acuerdo, se utiliza la expresión "una marca de fábrica o de comercio", en singular. Las restricciones en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio no tienen un carácter limitado, ya que no se refieren únicamente a una característica específica de la marca de fábrica o de comercio supuestamente problemática relacionada con el tabaco, ni a un grupo acotado de esas marcas de fábrica o de comercio. Las medidas de empaquetado genérico constituyen una restricción indiscriminada sobre todas las marcas de fábrica o de comercio que aparecen en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos, con independencia de si esas marcas menoscaban el objetivo de salud pública de Australia. La propia Australia reconoció expresamente que no alberga ninguna preocupación acerca de las marcas de fábrica o de comercio concretas que no pueden utilizarse en virtud de las medidas de empaquetado genérico, lo que confirma el carácter "injustificable" de las medidas.

30. Además, al prohibir el uso de todas las marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco, salvo las prescritas por la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, las medidas de empaquetado genérico vacían de contenido a la protección de las marcas de fábrica o de comercio establecida en el Acuerdo sobre los ADPIC. Dicho de otra manera, estas medidas desvirtúan el principio fundamental del Acuerdo sobre los ADPIC de que, en circunstancias normales, las marcas de fábrica o de comercio deben utilizarse en el curso de operaciones comerciales de manera que puedan cumplir su función básica de distinguir productos de empresas diferentes. Estas medidas son manifiestamente "irrazonables", constituyen un ejercicio abusivo de un derecho de un Miembro de una manera en que no se tiene en cuenta la obligación de los Miembros de proporcionar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y, en consecuencia, representan una complicación que es "injustificable" por su propia naturaleza e incompatible con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por los motivos expuestos, las restricciones en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio complican el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Son injustificables por su propia naturaleza y, en consecuencia, incompatibles con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

31. Subsidiariamente, en caso de que el Grupo Especial no coincida con la opinión de Honduras de que las restricciones en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio son injustificables *por su propia naturaleza*, Australia no satisfizo la carga de demostrar que sus medidas son justificables en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. El artículo 20 es una disposición que comprende tanto elementos "prohibitivos" como "de excepción/matización". Cumple una función dual: somete a disciplinas las "exigencias especiales", mientras que al mismo tiempo brinda a los Miembros la posibilidad de "justificar" medidas que sean necesarias para alcanzar sus objetivos legítimos y compatibles con el texto, el

contexto y el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC. El texto, el contexto y la historia de la negociación del artículo 20 confirman que la situación normal es aquella en que no se complica el uso.

32. Al considerar si las restricciones en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio son justificables, el Grupo Especial debería encontrar un equilibrio apropiado entre el interés en una protección eficaz y adecuada de las marcas de fábrica o de comercio y el derecho de Australia a regular la salud pública, ambos reconocidos por el Acuerdo sobre los ADPIC. A juicio de Honduras, para alcanzar este equilibrio debería determinarse si las medidas: i) hacen una contribución importante al logro del objetivo de política pública que se persigue con ellas; y ii) constituyen el medio menos restrictivo y que menos complicaciones impone a las marcas de fábrica o de comercio para alcanzar ese objetivo, teniendo en cuenta otras opciones que estén razonablemente disponibles. Estos dos criterios, combinados de distintas maneras, se vienen aplicando desde hace decenios (desde el GATT de 1947 hasta el actual derecho de la OMC) para delimitar el alcance de la autonomía reguladora que tenía un Miembro del GATT/OMC en cada caso concreto.

33. El criterio de "injustificablemente" propuesto por Honduras está respaldado por el sentido corriente de este término, que denota medidas que son "necesarias" y "proporcionadas", y están "apoyadas por pruebas". A juicio de Honduras, una medida que no contribuya a alcanzar su objetivo, por más legítimo que sea, no puede caracterizarse debidamente como "necesaria" o "apoyada por pruebas". De modo análogo, si el objetivo legítimo de la medida puede alcanzarse con una medida menos restrictiva que contribuya en igual o mayor grado al objetivo, y que esté razonablemente disponible, la medida impugnada tampoco puede caracterizarse debidamente como "proporcionada". La interpretación que hace Honduras del término "injustificablemente" también está respaldada por el contexto del artículo 20, y el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, enunciado en, entre otras disposiciones, el preámbulo, el artículo 7 y el párrafo 1 del artículo 8. En estos instrumentos se propugna un enfoque "equilibrado" de la regulación del uso de las marcas de fábrica o de comercio, en el que se tengan en cuenta los intereses relativos a la protección de las marcas, aun cuando se adopten medidas necesarias para proteger la salud pública. Como se explica a continuación, las pruebas confirman que las medidas de empaquetado genérico no contribuyen al objetivo de salud pública de reducir la prevalencia del tabaquismo y, también por esa razón, esas medidas son "injustificables". Existen medidas alternativas menos restrictivas de las marcas de fábrica o de comercio de las que Australia dispone razonablemente y a las que se debería haber dado preferencia.

## **2. La respuesta de Australia a la alegación de Honduras se basa en su interpretación errónea del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y debe ser rechazada**

34. En respuesta a los argumentos de Honduras, Australia presentó varias interpretaciones irrazonables del criterio jurídico establecido en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que despojan a esta disposición de todo contenido. Australia sostuvo que: i) el artículo 20 somete a disciplinas únicamente las "exigencias" relacionadas con el uso, pero no las "prohibiciones" relacionadas con el uso; ii) el único "uso pertinente" de una marca de fábrica o de comercio protegido en el marco del artículo 20 es el uso de una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes de empresas diferentes, que sea suficiente para identificar la procedencia comercial del producto en cuestión; y iii) siempre que una exigencia especial que complique el uso de marcas de fábrica o de comercio tenga una "conexión racional" con el objetivo legítimo de un Miembro, debe considerarse "justificable". Además, Australia afirmó que las medidas de empaquetado genérico no están relacionadas con el uso de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales" porque, entre otras cosas, el efecto práctico de la prohibición de exhibición impuesta por estados de Australia en el ámbito del comercio minorista es que los consumidores no tienen oportunidad de ver los paquetes o productos de tabaco en el punto de venta y, por ende, "en el curso de operaciones comerciales". Todos estos argumentos son insostenibles y equivocados, y se basan en una interpretación errónea del artículo 20. Por consiguiente, deben ser rechazados.

### **a) Las exigencias especiales relativas al uso incluyen las prohibiciones**

35. Australia señala que un Miembro goza de libertad absoluta para prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Según el modo de razonar de Australia, el artículo 20 abarca las restricciones parciales (exigencias que imponen

complicaciones), pero no las restricciones totales (prohibiciones). Esta tesis no tiene ningún sentido. Que Australia carece de apoyo textual para su enfoque se desprende claramente del hecho de que Australia evita toda interpretación basada en el sentido corriente de los términos del artículo 20. Australia trata de distinguir entre "exigencias" y "prohibiciones", de modo que las restricciones parciales queden abarcadas, pero la complicación máxima excluida. Esta interpretación no es compatible con el sentido ordinario del término "exigencias", que incluye tanto las limitaciones como las prohibiciones. Honduras observa asimismo que las medidas de empaquetado genérico están comprendidas en dos de los tres ejemplos de "exigencias especiales" mencionados expresamente en el artículo 20, lo que confirma que las medidas en litigio pueden caracterizarse debidamente como "exigencias especiales" que complican el uso de una marca de fábrica o de comercio en el sentido del artículo 20. Muchos terceros coinciden con la lectura que hace Honduras del artículo 20, en particular, de la expresión "exigencias especiales", y no respaldan la opinión categórica de Australia de que no se puede considerar que una prohibición sea una "exigencia especial".

36. Además, Australia planteó las supuestas "consecuencias sistémicas" que tendría una interpretación en contrario del artículo 20 al afirmar que, si dicho artículo abarcara también las medidas que prohíben el uso de una marca de fábrica o de comercio cabría concluir que, por ejemplo, las prohibiciones sobre la publicidad en la prensa o los medios de radiodifusión están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20. Este argumento carece de fundamento. Una medida de reglamentación general, como una prohibición de la publicidad, no es una "exigencia especial" relativa al uso de una marca de fábrica o de comercio, dado que no se refiere a los elementos distintivos de una marca, y su aplicación no se limita a un aspecto concreto de las marcas de fábrica o de comercio. El término "especiales" pone de manifiesto que el artículo 20 se refiere a las exigencias relativas a las marcas de fábrica o de comercio que repercuten "específicamente" en las condiciones para el uso de la marca, al imponer prescripciones relativas al uso comercial de la marca. Las exigencias que afectan incidentalmente al uso de una marca de fábrica o de comercio, pero no están relacionadas con la marca, como las prohibiciones generales sobre la publicidad, no son "exigencias especiales" a efectos del artículo 20. Esa medida de carácter general tampoco estaría comprendida en ninguno de los ejemplos de exigencias especiales indicados en el artículo 20.

b) El Acuerdo sobre los ADPIC no distingue entre la identificación de la procedencia y otras funciones que pueden cumplir las marcas en el mercado

37. Australia sostiene, asimismo, que el único "uso pertinente" de una marca de fábrica o de comercio protegido en el marco del artículo 20 es el uso de una marca para distinguir los bienes de empresas diferentes, que sea "suficiente para identificar" la procedencia comercial del producto en cuestión. En este contexto, Australia indica que las únicas marcas de fábrica o de comercio que son *necesarias* para distinguir productos son las marcas verbales expuestas con claridad; las demás marcas de fábrica o de comercio desempeñan una supuesta "función publicitaria", que no está protegida por el artículo 20. Honduras cuestiona el fundamento jurídico en el que se basa Australia para intentar escindir una marca de fábrica o de comercio y aducir así que solo las marcas verbales, y no los elementos figurativos (marcas de diseño o imágenes), merecen protección con arreglo al artículo 20. En primer lugar, el Acuerdo sobre los ADPIC ofrece protección respecto de las marcas de fábrica o de comercio en general. No establece una distinción entre marcas de primera clase y marcas de segunda clase. En el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC se definen las marcas de fábrica o de comercio como cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas. Estos signos incluyen los elementos figurativos, que deben poder registrarse como marcas de fábrica o de comercio y, una vez registrados, merecen ser protegidos en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. En segundo lugar, Australia se equivoca al tratar de distinguir entre las marcas verbales y los elementos figurativos según la "neutralidad de la función de distinción". No hay en el Acuerdo sobre los ADPIC ni en el derecho internacional de la propiedad intelectual en general ningún fundamento para afirmar que las marcas verbales distinguen los productos de una manera neutra, y no así los elementos figurativos, de forma que las marcas no verbales no sean dignas de la misma protección siempre que haya otras marcas (las verbales) que se puedan utilizar para distinguir los productos. Por ejemplo, el Acuerdo sobre los ADPIC no permite el uso no autorizado de determinadas marcas de fábrica o de comercio, como las marcas o elementos figurativos, de una manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 16 por el mero hecho de que el titular de la marca de fábrica o de comercio pueda de todas formas utilizar otras marcas de fábrica o de comercio, como las marcas verbales, que sean suficientes para distinguir sus

productos. No resulta claro por qué una distinción tan artificial sería válida en el marco del artículo 20. Todas las marcas de fábrica o de comercio merecen la misma protección, y esa protección no depende de si la marca es "necesaria" para distinguir un producto o no. En tercer lugar, Honduras no está de acuerdo con Australia en que, con arreglo al artículo 20, un reclamante siempre esté obligado a demostrar que una medida impugnada complica con exigencias especiales el uso de una marca de fábrica o de comercio para *distinguir los bienes*. El texto del artículo 20 deja claro que, siempre que una medida sea una "exigencia especial" que complique injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, como la exigencia de utilizar la marca junto con otra marca, es incompatible con esa disposición. Que un consumidor pueda distinguir aun así el producto no salva a esa exigencia especial. Por último, Honduras observa que el argumento de Australia está en franca contradicción con su reconocimiento de que las distintas funciones que pueden cumplir las marcas de fábrica o de comercio en el mercado no se pueden separar en la práctica. Ello significa, lógicamente, que una medida no puede complicar, por ejemplo, la supuesta "función publicitaria" de una marca de fábrica o de comercio sin complicar también la función de "identificación de la procedencia" de la marca. La distinción que hace Australia basándose en las supuestas funciones de las marcas de fábrica o de comercio no está respaldada por el texto del Acuerdo sobre los ADPIC y no tiene sentido desde el punto de vista lógico o práctico.

- c) El término "injustificablemente" exige algo más que una simple "conexión racional"; de lo contrario, el artículo 20 no establecería una disciplina valedera

38. En un principio, Australia sostuvo que las exigencias especiales que están comprendidas en el artículo 20 pueden no obstante ser complicaciones "justificables" si hay una "conexión racional" entre esas medidas y la persecución de un objetivo de política pública de un Miembro. Australia intentó basarse en la jurisprudencia de la OMC que interpreta la expresión "discriminación ... injustificable" contenida en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 para sostener que no hay ninguna razón para que el término "injustificablemente" tenga un sentido sensiblemente distinto en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC del que tiene en el contexto de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

39. Australia se equivoca al basarse en la jurisprudencia de la OMC que interpreta los términos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. En particular, Honduras considera que: i) la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 constituye un contexto totalmente distinto, en el que se emplea el término "injustificable" junto con términos que no figuran en el artículo 20, como "discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones"; ii) la parte introductoria del artículo XX es un elemento esencial de una prueba holística doble, mientras que la prueba relativa al término "injustificablemente" en el marco del artículo 20 es el único instrumento que existe para "sopesar y confrontar" los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC; iii) el artículo XX del GATT de 1994 establece "Excepciones generales", mientras que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC combina una obligación positiva con elementos permisivos. En cualquier caso, Australia no tiene razón al señalar que, en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, la discriminación podría ser justificable sencillamente porque hay una "conexión racional" con el objetivo de política en cuestión. En la jurisprudencia de la OMC, el Órgano de Apelación ha considerado que el factor de la "conexión racional" no es más que un elemento en la evaluación "acumulativa" de una "discriminación injustificable", que entraña el análisis de muchos otros factores de los que Australia no se ha ocupado.

40. Es significativo que la mayor parte de los terceros, incluso aquellos que en general apoyan las medidas de control del tabaco adoptadas por Australia, discrepen de Australia y estén de acuerdo con la interpretación que hace Honduras del término "injustificablemente". Australia ha modificado su argumentación en el curso del procedimiento, probablemente en vista de esta falta de apoyo a su insostenible argumento. Australia ahora acepta que la evaluación de la contribución de la medida al objetivo declarado es un elemento importante de esta prueba, aunque sigue cuestionando que en el marco de esta deban tenerse en cuenta también las medidas alternativas menos restrictivas que estén razonablemente disponibles.

- d) Las restricciones en materia de empaquetado genérico del tabaco relativas a las marcas de fábrica o de comercio complican el uso de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales"

41. Australia hace una lectura excesivamente restrictiva de la frase "en el curso de operaciones comerciales" que figura en el artículo 20 y sostiene que las medidas de empaquetado genérico no complican el uso de una marca de fábrica o de comercio en el "curso de operaciones comerciales" porque en la mayor parte de los estados de Australia la prohibición de exhibición en el comercio minorista, junto con la prohibición general de la publicidad, impide que el consumidor vea la marca de fábrica o de comercio hasta después del punto de venta. Australia afirma, entre otras cosas, que el "curso de operaciones comerciales" culmina en el punto de venta y que, en tanto en cuanto una medida pudiera afectar a la presentación y al uso de una marca de fábrica o de comercio después del punto de venta, este efecto estaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 20. A juicio de Honduras, la frase "en el curso de operaciones comerciales" que figura en el artículo 20, pero también en el párrafo 1 del artículo 16 y en el artículo 10*bis*, se incluye simplemente para distinguir el uso comercial de las marcas de fábrica o de comercio de su uso no comercial. Por ejemplo, cuando en las comunicaciones de Honduras se mencionan marcas de fábrica o de comercio no se hace uso de estas "en el curso de operaciones comerciales". Sin embargo, el uso de una marca de fábrica o de comercio en el comercio mayorista o minorista es indudablemente un "uso comercial" de una marca de fábrica o de comercio o un uso "en el curso de operaciones comerciales". Esta opinión se basa en el sentido corriente de las expresiones "curso de operaciones comerciales" y "comercio", y la comparten muchos terceros, así como comentaristas del Acuerdo sobre los ADPIC, entre ellos, el propio experto de Australia. Además, en realidad, Australia incurre en error al exagerar los efectos de la prohibición de exhibición que rige en el comercio minorista sobre el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el "curso de operaciones comerciales". De hecho, Australia reconoce que esa prohibición no se aplica a nivel de todo el país sin excepciones, ya que no afecta a los comercios especializados en la venta de tabaco de los estados australianos de Victoria y Australia Occidental. Australia también reconoce que aun en los casos en que rige la prohibición de exhibición, los clientes pueden ver de todas formas los embalajes y productos de tabaco antes de que haya finalizado la compra.

### 3. Conclusión

42. Habida cuenta de lo anterior, Australia no refutó los argumentos jurídicos de Honduras según los cuales las restricciones en materia de empaquetado genérico relativas a las marcas de fábrica o de comercio son exigencias especiales que complican injustificablemente el uso de una gran diversidad de elementos de las marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y los embalajes de esos productos destinados al comercio minorista en el curso de operaciones comerciales, de una manera incompatible con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

### F. LAS MEDIDAS DE AUSTRALIA DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL ARTÍCULO 10BIS DEL CONVENIO DE PARÍS, INCORPORADO EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC EN VIRTUD DEL PÁRRAFO 1 DE SU ARTÍCULO 2

43. Las medidas de Australia de empaquetado genérico son incompatibles con los párrafos 1) y 3) 3 del artículo 10*bis* del Convenio de París porque exigen el tipo de actos contrarios a la competencia y capaces de inducir a error que Australia tiene la obligación jurídica de impedir. Conforme al párrafo 1) del artículo 10*bis*, los Miembros deben proporcionar "una protección eficaz contra la competencia desleal" provocada por el uso de marcas en los productos. El párrafo 1) del artículo 10*bis* no especifica los medios que pueden utilizar los Miembros de la OMC para ofrecer esa "protección eficaz". A pesar de esta discrecionalidad, la prescripción fundamental es que cuando haya "competencia desleal" se proporcione alguna forma de "protección eficaz". Esta prescripción fundamental se incumple cuando un Miembro promulga una legislación interna que incita u obliga a los agentes económicos privados a actuar de una manera que constituye "competencia desleal". Esto ocurre porque, por definición, si un Miembro incita u obliga a realizar actos de competencia desleal, no se puede decir que ese Miembro "asegur[e] ... una protección eficaz" contra esos actos. No hay nada en el texto del artículo 10*bis* que exima de las disciplinas pertinentes a los agentes económicos privados que actúen de conformidad con la reglamentación gubernamental. De hecho, la decisión a la que llegó el Grupo Especial que se ocupó del asunto *México - Telecomunicaciones* respalda la posición de Honduras. Honduras considera que las medidas de empaquetado genérico infringen el párrafo 1) del artículo 10*bis*, al exigir a los agentes económicos privados que adopten una presentación comercial uniforme. De esta manera, tanto las

restricciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio como las restricciones relativas al formato previstas en las medidas de empaquetado genérico 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. La imposibilidad de lograr o mantener la diferenciación de productos sistemáticamente afecta a los productos de calidad superior y a sus productores, más que a los productos de calidad inferior y a sus productores. Este comportamiento, denominado "cambio a productos de menor precio", distorsiona, *ex ante* y de forma deliberada, 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. Esta repercusión directa y profundamente asimétrica de las medidas de empaquetado genérico de Australia en la dinámica de competencia del mercado constituye "competencia desleal" en el mercado australiano.

44. La segunda alegación de Honduras se plantea al amparo del párrafo 3) 3 del artículo 10*bis*. Esta disposición enuncia con mayor precisión la prescripción establecida en el párrafo 1 de dicho artículo de asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal. En el párrafo 3) 3 del artículo 10*bis* se da un ejemplo concreto de las condiciones de competencia desleal contra las cuales deben ofrecer protección los Miembros. Conforme a dicho párrafo, los Miembros deben ofrecer protección contra la competencia desleal constituida por "las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudiere inducir al público a error" sobre, entre otras cosas, la naturaleza y las características de los productos. Las medidas de Australia de empaquetado genérico equivalen a "indicaciones o aseveraciones" en forma de indicaciones positivas (la uniformidad del empaquetado exigido) y omisiones (la ausencia obligada de características distintivas). Honduras observa que Australia no ha cuestionado el argumento según el cual el empaquetado adoptado por los participantes en el mercado, como reacción a la legislación de Australia, equivale a tales indicaciones y aseveraciones. Estas indicaciones o aseveraciones son que todos los productos de tabaco son iguales, de igual o similar calidad, y tienen las mismas propiedades físicas. Además, estas indicaciones o aseveraciones que inducen a error se utilizan en el "ejercicio del comercio". Contrariamente a lo alegado por Australia, el "ejercicio del comercio" no termina en el punto de venta. Cualquier uso previsto del producto por el consumidor después de la venta, como el fumar o la mera exhibición, puede influir en una compra ulterior del producto por el consumidor o por otra persona, y afectar a tal compra. Se puede inducir a los consumidores a error porque, con el tiempo, estos han llegado a comprender que los productos (de tabaco) que difieren en cuanto al empaquetado y la marca presentan características físicas objetivas diferentes. A través de la experiencia, los consumidores también llegan a asociar determinadas marcas de fábrica o de comercio y sus imágenes con una calidad determinada del producto. Por ello, la supresión de las imágenes de marca, así como el establecimiento de prescripciones que imponen la uniformidad en el diseño de los paquetes y los cigarrillos llevarán a los consumidores a creer erróneamente que todos los productos de tabaco son en esencia iguales y que no hay ninguna diferencia entre ellos desde el punto de vista de la calidad. Esta convicción no se ajusta a los hechos, ya que no todos los productos son de igual o similar calidad. Como consecuencia de las indicaciones exigidas, así como de las "omisiones" asimismo pertinentes, se "induce a error" a los consumidores, lo que constituye una infracción del párrafo 3) 3 del artículo 10*bis*.

#### **G. LAS MEDIDAS DE AUSTRALIA DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 2 B) DEL ARTÍCULO 22 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

45. Las medidas de Australia de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC porque Australia no arbitra los medios legales, en relación con las indicaciones geográficas, para que las partes interesadas puedan impedir una "utilización que constituya un acto de competencia desleal". El párrafo 2 b) del artículo 22 aplica las disciplinas del artículo 10*bis* del Convenio de París "[e]n relación con las indicaciones geográficas". La expresión "[e]n relación con" las indicaciones geográficas tiene un alcance más amplio que el término "de" las indicaciones geográficas. Conforme al párrafo 2 b) del artículo 22, ante cualquier circunstancia relacionada con la utilización "[e]n relación con" las indicaciones geográficas que incida en la competencia y dé lugar a competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis*, una parte interesada debe poder hacer uso de recursos legales en el sistema de un Miembro de la OMC. Las rigurosas limitaciones relativas al uso de las indicaciones geográficas impiden que los titulares de estas comuniquen a sus consumidores y al público en general, a través de sus indicaciones geográficas, diferencias relativas a la calidad, el sabor y otras características físicas. Por ello, los consumidores de productos de tabaco tendrán la impresión equivocada de que todos

los productos de tabaco procedentes de todos los orígenes geográficos son iguales y tienen las mismas características. Esta percepción, y su consiguiente repercusión en la competencia, no es "leal" porque perjudica a los titulares de las indicaciones geográficas existentes, que han invertido tiempo y recursos en establecer sus indicaciones geográficas, así como a los futuros titulares de posibles indicaciones geográficas, porque no podrán desarrollar y establecer indicaciones geográficas en el mercado australiano. Esta situación de competencia desleal es exactamente el resultado que perseguía el legislador australiano; por consiguiente, no se trata de un efecto incidental de una regulación legítima, sino más bien de la propia finalidad legislativa de la medida.

#### **H. LAS MEDIDAS DE AUSTRALIA DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 24 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

46. Las medidas de Australia de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 24, porque Australia ha reducido el nivel de protección de las indicaciones geográficas que existía en Australia antes de 1995. La expresión "indicación geográfica" comprende todo aquello que identifique un producto como originario de un territorio, una región o una localidad determinados, incluso si la indicación no constituye un término topográfico. La percepción de los consumidores es de suma importancia para que una indicación geográfica pueda gozar de una protección eficaz. El párrafo 3 del artículo 24 exige que los Miembros no reduzcan determinado nivel de protección *en su conjunto*, más que la protección de las indicaciones geográficas concretas, porque la expresión "*that existed*" ("que existía") en la versión en español y en la versión en francés se refiere gramaticalmente solo al "nivel de protección", y no a las "indicaciones geográficas". Una argumentación en contrario es incorrecta, tanto desde una perspectiva jurídica como de política.

47. Las medidas de Australia de empaquetado genérico han reducido la protección concedida a las indicaciones geográficas que existía en Australia inmediatamente antes del 1º de enero de 1995. Con anterioridad a esa fecha, la legislación australiana permitía que los titulares de indicaciones geográficas utilizaran y mantuvieran en sus productos las indicaciones geográficas ya establecidas; utilizaran indicaciones verbales o no verbales a fin de desarrollar indicaciones geográficas colocándolas en el producto; interpusieran recursos legales frente a una utilización que indujera a error; y obtuvieran una marca de certificación. Australia ha reducido la protección resultante de los factores antes enumerados porque, en primer lugar, las medidas de empaquetado genérico impiden utilizar, desarrollar y mantener una indicación geográfica verbal distinta del nombre del país. En segundo lugar, como consecuencia de las medidas de empaquetado genérico, ya no se pueden utilizar, desarrollar, ni mantener indicaciones geográficas no verbales. Esto ocurre porque las medidas de empaquetado genérico prohíben que aparezca cualquier elemento de diseño en la parte del paquete no reservada para las advertencias sanitarias gráficas.

48. El argumento de Australia según el cual la protección de las indicaciones geográficas solo guarda relación con un derecho negativo (el derecho a impedir el uso ilegal de indicaciones geográficas por terceros) es incorrecto y, en cualquier caso, carece de pertinencia. En la medida en que la legislación australiana anterior a 1995 comprendía la posibilidad de que los titulares de indicaciones geográficas hicieran uso de estas, con independencia de si esa posibilidad se considera un "derecho a hacer uso" (que, según Australia, no existía antes de 1995) o una "capacidad para utilizar" (que, según reconoce Australia, existía antes de 1995), en virtud del párrafo 3 del artículo 24 esa posibilidad debe preservarse y no debe perderse. Por tanto, la distinción que hace Australia entre el "derecho a hacer uso" y la "capacidad para utilizar" no es pertinente. Además, Australia se equivoca al sostener que los términos "[a] aplicar esta Sección" que figuran en el párrafo 3 del artículo 24 limitan la aplicación de dicho párrafo solamente a las medidas promulgadas con la única y expresa finalidad de aplicar la Sección 3 del Acuerdo sobre los ADPIC. El argumento formalista de Australia no solo carece de fundamento jurídico, sino que también ofrece un medio fácil para eludir las disciplinas del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a las indicaciones geográficas.



### **III. LAS MEDIDAS DE AUSTRALIA DE EMPAQUETADO GENÉRICO INFRINGEN EL ACUERDO OTC**

#### **A. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC**

##### **1. Las medidas de empaquetado genérico constituyen reglamentos técnicos en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC**

49. Las medidas de empaquetado genérico en su conjunto, es decir, las restricciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio y las restricciones relativas al formato, constituyen reglamentos técnicos, puesto que satisfacen los tres elementos de la definición de "reglamento técnico" que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC señalados por el Órgano de Apelación: i) las medidas se aplican a un producto o grupo de productos identificable; ii) las medidas establecen las características de un producto; y iii) la observancia de las características del producto es obligatoria.

50. Australia aduce que las restricciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio previstas en las medidas de empaquetado genérico no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque esta disposición no se aplica a la "explotación de derechos de propiedad intelectual". La afirmación de Australia debe rechazarse, dado que no tiene fundamento alguno en el Acuerdo OTC. No hay nada en la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 de dicho Acuerdo que indique que una medida que por lo demás reúne los requisitos para ser considerada un reglamento técnico esté fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo OTC porque también afecte al ejercicio de derechos de propiedad intelectual. Honduras observa que en los párrafos 4 y 5 del artículo 1 del Acuerdo OTC se establecen excepciones expresas con respecto al ámbito de aplicación de este Acuerdo, ninguna de las cuales guarda relación con la protección de los derechos de propiedad intelectual.

##### **2. El objetivo que persigue Australia a través de las medidas de empaquetado genérico es reducir la prevalencia del tabaquismo**

51. La determinación del objetivo que persigue Australia a través de las medidas de empaquetado genérico es un elemento crucial de la evaluación de las alegaciones de Honduras por el Grupo Especial. El artículo 3.1 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* establece que el objetivo perseguido por Australia a través de las medidas sobre el empaquetado genérico es mejorar la salud pública mediante la reducción de la prevalencia del tabaquismo en el país. El artículo 3.1 a) de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* especifica que la legislación tiene por objeto "mejorar la salud pública mediante" la modificación de la conducta tabáquica por lo que respecta al inicio, el abandono y la recaída. El objetivo declarado de las medidas es contribuir a reducir la prevalencia del tabaquismo al 10% a más tardar en 2018 y reducir la tasa de tabaquismo a la mitad en la población isleña del estrecho de Torres y la población aborígen. El artículo 3.2 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* determina los *mecanismos* para alcanzar este objetivo: i) reducir el atractivo de los productos de tabaco; ii) aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias que aparecen en los envases destinados a la venta minorista; y iii) reducir la posibilidad de que los envases destinados a la venta minorista induzcan a error a los consumidores por lo que respecta a los efectos perjudiciales de los productos de tabaco. Australia ha confirmado que el "objetivo" de las medidas figura en el artículo 3.1, y no en el artículo 3.2 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*. Por ello, esos mecanismos no son jurídicamente pertinentes a efectos de examinar la legitimidad del objetivo, el grado en que las medidas contribuyen a alcanzarlo, o la identificación de medidas alternativas que contribuyan en grado equivalente al objetivo de reducción del tabaquismo de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*. Las pruebas pertinentes que han de tenerse en cuenta guardan relación con el efecto de las medidas en la conducta tabáquica y el grado en que las medidas sobre el empaquetado genérico contribuyen a reducir el tabaquismo según lo previsto. Honduras apoya la adopción de medidas de control del tabaco para mejorar la salud pública mediante la reducción de la prevalencia del tabaquismo, como evidencia el hecho de que la propia Honduras ha adoptado varias medidas de ese tipo. En este contexto, Honduras no cuestiona la legitimidad del objetivo de salud pública de Australia.

**3. Las medidas de empaquetado genérico restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo**

a) Las medidas de empaquetado genérico restringen el comercio

52. El Órgano de Apelación ha constatado que, en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, una medida restringe el comercio si tiene un "efecto limitador en el comercio". El concepto de carácter restrictivo del comercio no requiere que se demuestren efectos reales en el comercio, ya que el elemento central son las oportunidades de competencia de que dispone el producto importado. A juicio de Honduras, el diseño, la estructura y la arquitectura de las medidas confirman el carácter restrictivo del comercio de las medidas de empaquetado genérico. En tanto sea necesario, los datos relativos al cambio a productos de menor precio como consecuencia de la adopción de las medidas de empaquetado genérico confirman la distorsión de las condiciones de competencia impuesta por estas medidas. Las medidas de empaquetado genérico, por su propia naturaleza, restringen el comercio, porque afectan de distintas maneras a las oportunidades de competencia de los productos de tabaco importados.

53. En primer lugar, las medidas de empaquetado genérico limitan severamente la diferenciación de las marcas, es decir, la posibilidad de que los productores se basen en el empaquetado de marca para distinguir sus productos de los de sus competidores. Ello, a su vez, afecta a las oportunidades de competencia de los productores de tabaco, porque estos ya no pueden comunicar a los consumidores la calidad y la reputación de sus productos. Dado que las marcas de fábrica o de comercio son indispensables para una competencia leal y constituyen importantes instrumentos de competencia, es evidente que impedir que las marcas de fábrica o de comercio cumplan esta función de promoción de la competencia distorsiona las condiciones de competencia en el mercado. Para confirmar esta idea, Honduras presentó datos empíricos que demuestran que después de la entrada en vigor de las medidas de empaquetado genérico se produjo un efecto de sustitución a la baja de los productos en el mercado australiano. Esta situación, también conocida como cambio a productos de menor precio (*downtrading*), es la consecuencia lógica de una situación de mercado en la que se ha reducido la diferenciación de las marcas.

54. En segundo lugar, las medidas de empaquetado genérico restringen el comercio porque entrañan costos de cumplimiento considerables. Naturalmente, la entrada en vigor de dichas medidas supuso que los productores extranjeros que desearan seguir abasteciendo al mercado australiano debiesen adaptar los procesos de fabricación correspondientes al empaquetado de los productos de tabaco y a los propios productos de tabaco. Ello, a su vez, obligó a los productores extranjeros a asumir determinados costos de adaptación. Las propias autoridades de Australia reconocieron que el empaquetado genérico "conllevará algunos costos iniciales de adaptación de los procesos de fabricación para el mercado australiano". En el propio examen posterior a la aplicación realizado por Australia, se calculan costos para los productores de unos 69 millones de dólares australianos. Se midan como se midan, estos costos de cumplimiento son considerables. Se trata de costos prohibitivos para los pequeños productores de países en desarrollo que procuran entrar en un mercado ya oscuro, en el que no hay expectativas de obtener grandes beneficios debido a los efectos de distorsión de la competencia que tienen, por su naturaleza, las medidas de empaquetado genérico y ante la imposibilidad de toda comunicación de los logotipos de las marcas.

55. En tercer lugar, las medidas de empaquetado genérico también restringen el comercio porque restringen el acceso al mercado australiano y distorsionan las condiciones de competencia. Como se explica en los informes de experto del Profesor Damien Neven, las medidas producen determinados efectos en la comunicación y los precios que hacen prácticamente imposible acceder al mercado australiano del tabaco. Al imponer esos obstáculos al acceso al mercado, las medidas de empaquetado genérico afectan a las oportunidades de competencia de los productos de tabaco, tienen un efecto limitador en el comercio, desincentivan la importación en Australia y tienen consecuencias negativas identificables en la importación de los productos de tabaco, circunstancias todas ellas que, a juicio de grupos especiales anteriores y del Órgano de Apelación, reúnen los requisitos para ser consideradas restricciones comerciales.

b) Las medidas de empaquetado genérico no hacen ninguna contribución al objetivo de Australia

56. Como se indica más adelante, los datos disponibles demuestran que, a día de hoy, más de dos años y medio después de su adopción, las medidas de empaquetado genérico de hecho no han modificado la conducta tabáquica. De igual modo, tampoco hay pruebas de que el empaquetado genérico vaya a producir algún efecto en la conducta tabáquica en algún momento en el futuro. Por consiguiente, las medidas de empaquetado genérico no hacen ninguna contribución al objetivo de Australia. A juicio de Honduras, la cuestión del carácter restrictivo del comercio y la de la contribución son dos consideraciones de distinto orden que deben examinarse por separado cuando se lleva a cabo el proceso de sopesar y confrontar en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En contra del argumento de réplica de Australia según el cual cualquier medida que sea eficaz para reducir el consumo restringirá el comercio y viceversa, Honduras considera que Australia intenta indebidamente fundir estos dos factores del criterio de sopesar y confrontar. La cuestión del carácter restrictivo del comercio debe evaluarse desde el punto de vista de si las medidas impugnadas afectan a las oportunidades de competencia, entrañan costos de cumplimiento o desincentivan la exportación a Australia. El punto central es la naturaleza, la arquitectura y el diseño de las medidas. En cambio, la cuestión de la contribución se examina analizando las pruebas de la contribución efectiva al objetivo específico. Una medida puede ser eficaz para reducir el consumo sin imponer obstáculos al comercio incompatibles con las normas de la OMC.

c) Los riesgos de no alcanzar el objetivo de las medidas de empaquetado genérico no modifican el análisis

57. Conforme al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los riesgos de no alcanzar el objetivo deben incluirse en el análisis de si las medidas restringen el comercio más de lo necesario. El análisis de los riesgos de no alcanzar el objetivo consiste en examinar dos aspectos: i) la naturaleza de los riesgos en cuestión; y ii) la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo que persigue el Miembro a través de la medida impugnada. Respecto del primer elemento, Honduras reconoce que los riesgos en cuestión, los riesgos para la salud que se derivan del consumo de tabaco, revisten una gran importancia para cualquier sociedad. En cuanto al segundo elemento, Honduras aduce que es evidente que Australia estaba en condiciones de alcanzar la reducción de la prevalencia del tabaquismo deseada sin adoptar las medidas de empaquetado genérico, debido a la reducción preexistente y continuada de dicha prevalencia. Además, como los datos ponían de manifiesto que las medidas no son eficaces para reducir el tabaquismo, la inclusión de los "riesgos de no alcanzar el objetivo" no afecta al resultado del proceso de sopesar y confrontar. Hace años que las tasas del tabaquismo vienen disminuyendo de forma constante en Australia como consecuencia de las numerosas medidas de control del tabaco adoptadas. A ese respecto, en 2009 el Consejo contra el Cáncer de Victoria (Cancer Council Victoria) observó que, incluso sin el empaquetado genérico, para 2020 Australia podría reducir la tasa de tabaquismo al 10%.

**B. HONDURAS OFRECE VARIAS MEDIDAS ALTERNATIVAS RAZONABLEMENTE DISPONIBLES QUE SON COMPATIBLES CON LAS NORMAS DE LA OMC Y CONTRIBUYEN AL OBJETIVO DE REDUCIR EL TABAQUISMO AL MENOS EN UN GRADO EQUIVALENTE, AL TIEMPO QUE RESTRINGEN MENOS EL COMERCIO**

58. Honduras presenta cuatro medidas alternativas razonablemente disponibles que dan por resultado al menos una "contribución equivalente" al objetivo de reducir el tabaquismo y que restringen menos el comercio y/o son totalmente compatibles con las normas de la OMC.

59. En primer lugar, Honduras propone el aumento de la edad legal mínima para la compra de los 18 a los 21 años. Esta medida tiene por efecto retirar los cigarrillos de la red social de estudiantes de enseñanza secundaria, dado que, a diferencia de los adultos, los adolescentes muchas veces consiguen cigarrillos a través de amigos de su misma edad. Además, fumar durante la adolescencia eleva de forma considerable el riesgo de convertirse en fumador habitual en la edad adulta, por lo que intervenir a esa edad es fundamental para evitar el tabaquismo en la edad adulta. En muchas jurisdicciones, el aumento de la edad legal mínima para la compra de cigarrillos de los 16 a los 18 años y, en un caso (en la ciudad de Needham, en Massachusetts), de los 18 a los 21 años, se tradujo en una disminución importante de las tasas de tabaquismo. El aumento de la edad legal mínima para la compra a los 21 años también tiene el respaldo del Profesor

Steinberg, experto de Honduras y la República Dominicana. A raíz de una solicitud de la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos de los Estados Unidos, un comité del Instituto de Medicina ("IOM") de dicho país publicó un informe sobre las repercusiones que tendría en la salud pública aumentar a los 21 y a los 25 años la edad legal mínima para la compra de productos de tabaco en los Estados Unidos. En abril de 2014, el experto de Honduras, Profesor Steinberg, hizo una exposición ante el comité en relación con el desarrollo cognitivo y psicosocial y la toma de decisiones en la adolescencia y la juventud, y además fue seleccionado para presentar una evaluación independiente respecto del proyecto de informe del comité. En la versión definitiva del informe, publicada el 12 de marzo de 2015, el IOM estuvo de acuerdo con la recomendación del Profesor Steinberg de que el aumento de la edad legal mínima para la compra de productos de tabaco ayudaría a evitar el inicio del consumo de tabaco en los adolescentes. El aumento de la edad mínima no es un reglamento técnico y no distorsiona en modo alguno las oportunidades de competencia de los productores extranjeros, dado que no afecta a la diferenciación de los productos y no impone costos de cumplimiento. Además, respeta los derechos de propiedad intelectual. Por consiguiente, es una alternativa compatible con las normas de la OMC que restringe menos el comercio y hace una contribución al menos equivalente.

60. En segundo lugar, Honduras propone aumentar los impuestos sobre el tabaco. La eficacia de las medidas impositivas en la reducción de las tasas de tabaquismo, incluso en los jóvenes, ha sido reconocida tanto por la OMS como por los estudiosos, que las consideran "el instrumento de control del tabaco más eficaz". La propia Australia reconoce la eficacia de estas medidas, puesto que ya ha aplicado aumentos de los impuestos especiales sobre el tabaco, aunque de manera insuficiente. Australia no refuta el hecho subrayado en las comunicaciones de Honduras de que sus impuestos sobre el tabaco están por debajo de la recomendación de la OMS, que se sitúa en el 70% del precio de venta al por menor de los productos. Australia aduce que ha intentado aumentar la imposición para que se aproxime a ese nivel, pero dice que no ha alcanzado esa meta por culpa de las políticas de precios de la industria. Desde luego, esto no es una defensa: Australia no puede achacar a la industria sus propias deficiencias normativas, teniendo en cuenta que la industria no hace más que aplicar políticas de precios comunes y claras. Además, la práctica normativa en otros Miembros contradice las afirmaciones de Australia, ya que 54 Partes en el CMCT habían alcanzado la meta del 70% en 2015. Asimismo, otras 25 Partes tienen un nivel general impositivo más elevado que el de Australia, que es del 56,76%, aunque no hayan alcanzado la meta del 70%. En consecuencia, Australia ocupa el 80º puesto entre las 180 Partes en el CMCT con respecto al instrumento de control del tabaco más eficaz. Por ello, Australia falta a la verdad cuando aduce que no puede obtener un resultado más satisfactorio a este respecto o que el aumento de los impuestos sobre el tabaco no es una medida alternativa disponible y eficaz. Un aumento no discriminatorio de los impuestos es una medida compatible con las normas de la OMC que restringe menos el comercio. No es un reglamento técnico y no impone costos de cumplimiento. Además, esta medida no afecta a las oportunidades de competencia de los productos de tabaco importados, ni restringe la posibilidad de que los productores de tabaco compitan en el mercado australiano utilizando un empaquetado de marca para indicar la calidad y la reputación a los consumidores. También respeta los derechos de propiedad intelectual. La importante ventaja de los aumentos impositivos es que no solo fomentarían el abandono del tabaco y evitarían la recaída en él, sino que además reducirían el inicio de su consumo, algo trascendental para evitar que los jóvenes lleguen a ser fumadores crónicos en la edad adulta. Por último, el aumento impositivo propuesto también está razonablemente disponible para Australia y de hecho reportaría ingresos adicionales a su Gobierno. No entraña grandes dificultades técnicas, ni costos prohibitivos.

61. En tercer lugar, Honduras propone un mecanismo para llevar a cabo un escrutinio del empaquetado de los productos de tabaco antes de la comercialización de esos productos. En caso de que el Grupo Especial constate que las alternativas en cuestión deban funcionar a través de la misma vía causal que el empaquetado genérico y afectar a los mismos "mecanismos" establecidos en el artículo 3.2 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, este mecanismo de escrutinio previo, analizado en el informe de experto del Sr. Shavin, abogado de categoría superior, es una medida alternativa que restringe menos el comercio. En combinación con la protección contra los aspectos del empaquetado del tabaco engañosos o *que inducen a error* otorgada por la Ley australiana de protección del consumidor, que aplica la Comisión Australiana para la Competencia y el Consumo, este mecanismo haría una contribución equivalente a la del empaquetado genérico. El mecanismo de escrutinio previo tendría por objeto prohibir, incluso antes de su llegada al mercado, cualquier característica problemática del empaquetado o del producto, sobre la base de un proceso de notificación previa obligatorio. Por definición, este

mecanismo de escrutinio previo restringiría menos el comercio, porque exigiría una evaluación *individualizada* de los signos y características de diseño de cada marca de fábrica o de comercio antes de ser autorizados en el mercado australiano. En Australia ya existen mecanismos de escrutinio previo similares, y Honduras propone un sistema sufragado por los usuarios, que no comportaría una carga indebida para el Gobierno australiano.

62. En cuarto lugar, Honduras propone mejores campañas de mercadotecnia social para hacer llegar a la juventud mensajes e información contra el tabaco en formatos que le resulten familiares. Esta alternativa está respaldada por el informe de experto del *Profesor Keller*, quien explica que en una serie de exámenes realizados por el Gobierno australiano se llegó a la conclusión de que las campañas antitabáquicas que Australia ha llevado adelante recientemente, en marcha desde 2011, son ineficaces. El Profesor Keller propone mejoras concretas en las campañas de Australia que aumentarían su eficacia. Honduras considera que esta medida alternativa es una alternativa compatible con las normas de la OMC que restringe menos el comercio, no impone costos a los productores y no distorsiona las oportunidades de competencia de los productores extranjeros, al tiempo que hace una contribución al objetivo de Australia equivalente a la que puede hacer el empaquetado genérico. Además, respeta los derechos de propiedad intelectual y, sin lugar a dudas, está razonablemente disponible para Australia.

63. Honduras ha refutado los diversos argumentos de Australia destinados a menoscabar la validez de las medidas alternativas propuestas por Honduras. Australia sostiene que, para que una medida alternativa sea válida, no es suficiente que logre el objetivo de Australia de reducir la prevalencia del tabaquismo, sino que también debe emplear los mismos mecanismos que utilizan las medidas de empaquetado genérico, a saber, reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y suprimir la posibilidad de que los productores induzcan a error a los consumidores a través del empaquetado. Honduras no está de acuerdo con el enfoque adoptado por Australia. En *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, el Órgano de Apelación abordó el mismo argumento presentado por Australia en este procedimiento, y observó que "una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de formas distintas que el reglamento técnico en *litigio*". Habida cuenta de este precedente, Honduras sostiene que las medidas alternativas propuestas son válidas a efectos del párrafo 2 del artículo 2 porque, aunque no comprendan los mismos mecanismos que las medidas de empaquetado genérico, son más eficaces para reducir la prevalencia del tabaquismo.

64. Australia también invoca las constataciones del Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* en apoyo de su argumento de que, como las medidas de *empaquetado* genérico forman parte de un conjunto global de medidas, no pueden sustituirse por medidas alternativas. Honduras ha explicado que los argumentos de Australia carecen de fundamento. A diferencia de los hechos analizados por el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, las medidas de *empaquetado* genérico no son un elemento clave ni un pilar de la estrategia de Australia sobre el tabaco. Dado que el empaquetado genérico no actúa de forma sinérgica con las demás medidas de control del tabaco adoptadas por Australia, su supresión no socavaría el funcionamiento de las demás medidas de Australia.

### **C. LOS ARGUMENTOS DE RÉPLICA DE AUSTRALIA SOBRE CUESTIONES DE DERECHO CARECEN DE FUNDAMENTO Y ESTÁN DESTINADOS A IMPEDIR UN ADECUADO EXAMEN DE LA AUSENCIA DE CONTRIBUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO**

65. La defensa de Australia frente a las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo OTC ha sido evitar todo examen de si las medidas de empaquetado genérico de hecho hacen una contribución al objetivo sanitario de reducir el tabaquismo. Australia adopta la posición insostenible de que el Acuerdo sobre los ADPIC constituye la *lex specialis* aplicable a las marcas de fábrica o de comercio y que, por ello, la prohibición sobre el uso de marcas de fábrica o de comercio prevista en las medidas de empaquetado genérico no está abarcada por las disciplinas del Acuerdo OTC, sino únicamente por las del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, al mismo tiempo, según la lectura que hace Australia del Acuerdo sobre los ADPIC, las medidas que prohíben o restringen el uso de marcas de fábrica o de comercio no están sometidas a ninguna de las disciplinas de este último. Por consiguiente, Australia en efecto aduce que en realidad no hay ninguna disciplina de la OMC que se aplique a sus medidas de empaquetado genérico. Este argumento no es creíble, en vista de la evidente aplicabilidad del Acuerdo OTC a los reglamentos

técnicos que guardan relación con el empaquetado y el etiquetado (como las medidas de Australia de empaquetado genérico) y del hecho firmemente establecido en la jurisprudencia de la OMC que puede haber disciplinas que se solapen en distintos Acuerdos de la OMC que se apliquen a la misma medida. Además, Australia elabora tres conjuntos de argumentos con objeto de intentar impedir que se examinen sus medidas de empaquetado genérico y el hecho de que estas no contribuyen al logro del objetivo de Australia de reducir el tabaquismo.

66. En primer lugar, Australia aduce que los reclamantes no demostraron que el riguroso conjunto de descripciones impuestas por las medidas de empaquetado genérico restrinja el comercio, confiando en que el Grupo Especial examinaría el carácter restrictivo del comercio como cuestión previa en lugar de examinar el concepto como parte de su operación de sopesar y confrontar en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, como el Órgano de Apelación ha explicado que debe hacerse. Australia sostiene que las medidas de empaquetado genérico no restringen el comercio porque Honduras y los demás reclamantes no han demostrado que en general el comercio de productos de tabaco haya disminuido tras la imposición de las medidas. El argumento de Australia, que se basa en la idea repetidas veces rechazada de que se deben utilizar los efectos "reales en el comercio" para llegar a una determinación de existencia de restricción del comercio, es erróneo. No hace falta demostrar efectos reales en el comercio. La restricción del comercio no es una cuestión previa: es un elemento fundamental del criterio consistente en sopesar y confrontar. En cualquier caso, la "condición limitativa" de la venta en el mercado australiano que imponen las medidas de empaquetado genérico es difícil de negar. Estas medidas influyen adversamente en las condiciones de competencia de los productos de tabaco. Además, una medida puede restringir el comercio incluso solo respecto de un segmento en particular de la categoría de productos abarcada por el reglamento técnico, por ejemplo, los productos de tabaco de calidad superior. No es necesario demostrar que, "en general", respecto de toda la categoría y de cada uno de los productos que la integran, se ha reducido el comercio o es probable que este se vea afectado adversamente. No hay nada en el Acuerdo OTC que respalde la idea de que solo existe restricción si una medida afecta a todos los segmentos de un producto y a todos los Miembros de la OMC que exportan ese producto. Esa interpretación menoscabaría gravemente el valor de las normas de la OMC. Un país que se especialice en un segmento determinado de un producto debe poder impugnar un reglamento técnico restrictivo al amparo del párrafo 2 del artículo 2 aunque la medida no afecte a otros segmentos del producto o a otros países. En realidad, conforme a la jurisprudencia de la OMC, un país puede impugnar una medida restrictiva incluso si de hecho no fabrica el producto en cuestión.

67. En segundo lugar, Australia trata de cambiar las reglas del juego, al centrarse en los mecanismos de las medidas, como la reducción del atractivo del producto, y no en la eficacia de estas para lograr su objetivo de reducir el tabaquismo, y al indicar además que el Grupo Especial solo puede examinar los efectos con el tiempo, es decir, en la próxima generación. Australia intenta convencer al Grupo Especial de que estudios de carácter especulativo acerca de los posibles efectos de las medidas de empaquetado genérico en las percepciones e intenciones, junto con teorías abstractas sobre el comportamiento humano, son tan reveladores, o incluso más, que datos que ponen de manifiesto que, después de tres años de funcionamiento efectivo de las medidas, la conducta tabáquica no se ha modificado. Las medidas de Australia pueden haberse promulgado con la mejor de las intenciones, pero la realidad es que no han surtido ningún efecto en la disminución del tabaquismo y no es probable que surtan ese efecto hoy, en un futuro cercano, en la próxima generación o en las siguientes. Los estudios y teorías especulativos sencillamente estaban equivocados. Además, el Órgano de Apelación ha aclarado que no es cierto que una medida que solo está destinada a producir efectos "con el tiempo" quede eximida de examen y no deba estar apoyada por pruebas positivas. La jurisprudencia arraigada de la OMC sostiene que incluso en el caso de los reglamentos técnicos encaminados a producir efectos en el futuro debe demostrarse que estos son "adecuados" para hacer una contribución importante. Esa demostración puede consistir en "proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes". Por ello, las conjeturas o meras especulaciones son sin lugar a dudas insuficientes.

68. En tercer lugar, Australia intenta resguardarse en el "refugio seguro" que puede ofrecer el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC a los reglamentos técnicos adoptados de conformidad con normas internacionales. Honduras observa que, en los cuatro años anteriores a la presentación de la primera comunicación escrita de Australia en esta diferencia, en ningún momento Australia adujo que las Directrices del CMCT constituyeran una norma internacional que debiera utilizarse como base de los reglamentos técnicos de los Miembros relativos a los productos de tabaco.

En 2011, Australia notificó sus medidas de empaquetado genérico de conformidad con el artículo 2.9.2 del Acuerdo OTC, al igual que otros Miembros de la OMC notificaron medidas de empaquetado genérico similares. Al hacerlo, la propia Australia reconocía que no existe una norma internacional pertinente en relación con el empaquetado genérico, puesto que la notificación en virtud del artículo 2.9.2 del Acuerdo OTC es un tipo de notificación que se presenta solo en todos los casos en que no exista una norma internacional pertinente. Ello demuestra que Australia y los demás Miembros que presentaron notificaciones consideran que no existe ninguna norma internacional pertinente respecto del empaquetado genérico del tabaco. Resulta extraño que Australia ahora sostenga que es evidente que sus medidas de empaquetado genérico se aplican en conformidad con una "norma internacional".

69. Australia aduce que las Directrices adoptadas por la Conferencia de las Partes en el CMCT son una "norma internacional" y que se entiende, por tanto, que las medidas adoptadas en conformidad con esa norma son compatibles con las normas de la OMC. Honduras considera que las medidas de empaquetado genérico no cumplen las prescripciones del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC y, en consecuencia, no se benefician de la presunción refutable que ofrece esta disposición. En primer lugar, las disposiciones de las Directrices del CMCT mencionadas por Australia no se ajustan a la definición de "norma" enunciada en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, que se refiere a un documento "para un uso común y repetido". Las Directrices del CMCT carecen de la precisión necesaria para ser objeto de un uso común y repetido. Cada país que desee aplicar esas Directrices debe decidir individualmente el modo de llevar a la práctica las diversas sugerencias correspondientes al empaquetado genérico. El carácter no prescriptivo de las Directrices del CMCT resulta evidente cuando se las compara con normas dictadas por instituciones reconocidas con actividades de normalización, por ejemplo la norma 3394 de la ISO. En segundo lugar, las Directrices del CMCT no son normas "internacionales" porque la institución que las aprobó, la Conferencia de las Partes en el CMCT, no es una institución internacional con actividades de normalización. Más concretamente, la Conferencia de las Partes no es una institución internacional con actividades de normalización, puesto que no tiene actividades de normalización reconocidas. En el párrafo 5 del artículo 23 del CMCT se señala que las funciones de la Conferencia de las Partes en general guardan relación con la promoción y la facilitación de la aplicación del Convenio, y con otras actividades de coordinación. No hay nada en el párrafo 5 del artículo 23 que indique que el CMCT se encarga de elaborar y adoptar normas internacionales relacionadas con el empaquetado del tabaco.

70. En síntesis, las Directrices del CMCT no son una "norma", y la institución que las elaboró (la Conferencia de las Partes) no tiene actividades reconocidas en el ámbito de la normalización. Según el Órgano de Apelación, un instrumento que no satisface esas dos prescripciones fundamentales no es una "norma internacional pertinente". El mandato de la Conferencia de las Partes en el CMCT no comprende la elaboración de nuevas normas, a diferencia de lo que ocurre con otras instituciones internacionales de normalización conocidas, como el CODEX o la ISO. De hecho, las diferencias en cuanto a los objetivos, el cometido y el funcionamiento de estas distintas entidades son tan significativas que es casi imposible compararlas con el CMCT. Nada de lo dispuesto en los artículos 23, 24 y 25 del CMCT en relación con la Conferencia de las Partes y la secretaría del CMCT indica que el CMCT haya creado una institución facultada para actuar como institución de normalización respecto de las medidas de control del tabaco. En realidad, los redactores no previeron la elaboración de normas para los productos de tabaco en ninguna de las disposiciones del Convenio. En consecuencia, según los términos del CMCT, la Conferencia de las Partes no realiza actividades de normalización. Además, en el contexto de la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC en relación con la prohibición impuesta por los Estados Unidos a los cigarrillos de clavo de olor, que se basaba en las Directrices parciales de la Conferencia de las Partes para la aplicación de los artículos 9 y 10, el Grupo Especial constató que "se cumple la primera condición fijada en el párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC para que se apliquen las obligaciones recogidas en tal disposición [es decir, que no haya una norma internacional pertinente]".

#### **IV. LAS PRUEBAS POSITIVAS PRESENTADAS POR HONDURAS CONFIRMAN QUE LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO NO HAN CONTRIBUIDO A REDUCIR EL TABAQUISMO Y NO PUEDEN HACER NINGUNA CONTRIBUCIÓN EN EL FUTURO**

71. Como afirmó el Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, la demostración de la contribución que hace una medida puede hacerse recurriendo a pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente, que establezcan que la medida en litigio

contribuye de manera importante a la protección de la salud pública. Australia no ha aportado tales pruebas. En cambio, las pruebas presentadas por Honduras y los demás reclamantes demuestran que las medidas no han contribuido a modificar la conducta tabáquica. Sin lugar a dudas, el Órgano de Apelación también ha dicho que esa no es la única clase de demostración que podría establecer la existencia de tal contribución, y ha indicado que determinadas medidas (las medidas ambientales) pueden tardar en surtir efecto. Por consiguiente, un grupo especial puede llegar también a la conclusión de que una medida es "necesaria" sobre la base de la demostración de que la medida es "adecuada" para hacer una contribución importante al logro de su objetivo. Según el Órgano de Apelación, esa demostración puede consistir en "proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes". La especulación no es suficiente.

72. Honduras presenta análisis tanto cuantitativos como cualitativos basados en métodos científicamente sólidos, en forma de: i) datos relativos al mercado y las ventas y datos procedentes de encuestas, correspondientes al período posterior a la aplicación; ii) información del ámbito de las ciencias médicas; iii) información del ámbito de las ciencias sociales; iv) un análisis de los artículos relativos al empaquetado genérico en los que se basa Australia; v) un análisis acerca de la ausencia de datos sobre los efectos en el consumo de cigarros; y vi) datos sobre el comercio ilícito.

73. Como se analiza a continuación, el Profesor Klick llevó a cabo un estudio longitudinal único de la conducta tabáquica anterior y posterior a la adopción del empaquetado genérico en Australia, en relación con una muestra representativa de los consumidores australianos y un grupo de referencia de consumidores de Nueva Zelandia. Además, a petición de Honduras, el Profesor Klick analizó estudios de seguimiento promovidos por Australia y determinados organismos estatales, entre ellos, el Estudio nacional de seguimiento del empaquetado genérico del tabaco ("NTPPTS", por sus siglas en inglés) que realizó el Consejo contra el Cáncer de Victoria con apoyo del Gobierno australiano. Además, examinó los resultados del estudio de seguimiento sobre el tabaco que llevó adelante el Consejo contra el Cáncer de Nueva Gales del Sur, en el que se hace un seguimiento de los efectos de las medidas de control del tabaco en ese estado, el más poblado de Australia. El Profesor Klick examinó los datos sobre las ventas al por mayor y al por menor anteriores y posteriores a la aplicación de las medidas de empaquetado genérico. Todos los datos apuntan a que las medidas de Australia de empaquetado genérico no modificaron la conducta tabáquica y no se tradujeron en una reducción del tabaquismo según lo previsto. Además, Honduras y los demás reclamantes presentan un análisis cualitativo de los testimonios científicos y médicos que demuestran que las marcas de fábrica o de comercio (y el empaquetado) no son factores que motiven la conducta tabáquica y que, por tanto, prohibirlos o restringirlos no contribuirá al objetivo de Australia de reducir la prevalencia del tabaquismo. Los análisis cuantitativos del efecto de distorsión de la competencia que tienen las medidas de empaquetado genérico de Australia también respaldan la conclusión de que las medidas no son adecuadas para contribuir a la reducción del consumo de tabaco.

**A. LOS ANÁLISIS DE LOS ESTUDIOS DE SEGUIMIENTO, CORROBORADOS POR LOS DATOS SOBRE LAS VENTAS AL POR MAYOR Y AL POR MENOR, CONFIRMAN QUE LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO NO HACEN NINGUNA CONTRIBUCIÓN**

74. Honduras considera que las pruebas más concluyentes de que se dispone acerca de si las medidas de empaquetado genérico están contribuyendo a su objetivo declarado de reducir la prevalencia del tabaquismo al 10% a más tardar en 2018 consisten en datos empíricos posteriores a la aplicación de las medidas en 2012. Al realizar sus análisis, el profesor Klick concluye que los datos procedentes de múltiples y diversas fuentes constituyen pruebas sólidas de que el empaquetado genérico no ha logrado el objetivo de Australia de reducir el tabaquismo.

**1. El análisis longitudinal de encuestas y mercados en el que se compara a Australia con Nueva Zelandia antes y después de la adopción del empaquetado genérico demuestra que este no tiene ningún efecto en la conducta tabáquica**

75. El Profesor Klick llevó a cabo un estudio longitudinal único de la conducta tabáquica anterior y posterior a la adopción del empaquetado genérico en Australia de una muestra representativa de consumidores australianos y un grupo de consumidores de referencia de Nueva Zelandia. El estudio se basó en datos de encuestas obtenidos por Roy Morgan Research, una consultora que también realiza investigaciones para el Gobierno australiano, y utilizó una amplia muestra



representativa de consumidores de Australia y Nueva Zelanda, de los que se hizo un seguimiento a lo largo de seis etapas. Los resultados de las encuestas se analizan en el informe sobre el estudio de encuestas y mercados del Profesor Klick. El estudio puso de manifiesto que, en los 16 primeros meses de aplicación, las medidas de empaquetado genérico no tuvieron ninguna repercusión en la conducta tabáquica de los consumidores. Se trata del único estudio disponible basado en un conjunto de datos de carácter longitudinal en el que se ha verificado la repercusión efectiva de las medidas de empaquetado genérico de Australia comparando la conducta tabáquica en Australia con la de un grupo de referencia pertinente (Nueva Zelanda) durante el período inmediatamente anterior y posterior a la aplicación del empaquetado genérico en Australia. Nueva Zelanda constituye el grupo de referencia ideal debido a que presenta una gran similitud con Australia en cuanto a los parámetros cuantitativos de consumo de tabaco, el entorno normativo y la estacionalidad. El estudio del Profesor Klick confirma que el empaquetado genérico no ha contribuido a reducir el tabaquismo en Australia. Las conclusiones del Profesor Klick basadas en las respuestas a las encuestas se ven respaldadas por su análisis de los datos de la industria correspondientes a los envíos al por mayor (denominados técnicamente datos de ventas industriales) y a las ventas al por menor, obtenidos en Australia o Nueva Zelanda por empresas muy reconocidas, como Nielsen y Aztec. Los datos de las encuestas, las ventas al por mayor y las ventas al por menor son coincidentes: nada indica que en Australia el tabaquismo haya disminuido como consecuencia del empaquetado genérico, dado que en Nueva Zelanda se constata una disminución del tabaquismo igual o mayor. Teniendo en cuenta los datos de esas encuestas y los datos sobre las ventas observados, no hay pruebas de que el empaquetado genérico reduzca el consumo de tabaco.

76. En su informe de réplica y en su informe de réplica complementario, el Profesor Klick refuta la crítica a su estudio longitudinal único formulada por Australia. En particular, demuestra que los resultados del informe sobre el estudio de encuestas y mercados no se veían invalidados por la ausencia de un período previo apropiado para la comparación, y que Nueva Zelanda es una jurisdicción de referencia para Australia adecuada. El Profesor Klick demuestra a través de diversos ajustes y empleando modelos alternativos que la implantación temprana del empaquetado genérico en octubre-noviembre de 2012 no afectó al período previo utilizado por él. Además, confirma que los consumidores de Nueva Zelanda son un grupo de comparación adecuado por la gran semejanza que presentan Nueva Zelanda y Australia y, en particular, porque las tasas de tabaquismo en los dos países están muy correlacionadas. El Profesor Klick neutraliza los efectos de cualquier modificación del régimen fiscal en las dos jurisdicciones ajustando los precios. En última instancia, si los impuestos tienen un efecto en el consumo, este se canaliza a través de un efecto sobre los precios. Al ajustar la evolución de los precios en ambos países, el Profesor Klick elimina el riesgo de que los resultados se vean afectados por las modificaciones en la tributación introducidas en Nueva Zelanda al poco tiempo de adoptarse el empaquetado genérico en Australia. Además, el Profesor Klick aplica la técnica de la variable instrumental para asegurarse de que su análisis de los datos relativos a los mercados mayorista y minorista no se vea debilitado por el problema de la endogeneidad del precio. De esta forma, rebate todas las críticas vertidas por Australia y sus expertos contra su análisis de encuestas y mercados. El Profesor Klick actualiza su análisis de los datos relativos a las ventas al por menor y los datos relativos a las ventas industriales a septiembre de 2015, y llega a la conclusión de que sus constataciones siguen siendo válidas. El Profesor Klick concluye que, incluso realizando los ajustes necesarios para tener en cuenta las observaciones de los expertos de Australia, el análisis de los datos actualizados relativos a las ventas confirma las conclusiones de su informe inicial: "Los datos sobre las ventas al por mayor y al por menor actualizados apuntan en la misma dirección y confirman, una vez más, las conclusiones extraídas a partir de los datos de las encuestas longitudinales de Roy Morgan que expuse en mi informe inicial, a saber, que el empaquetado genérico no ha cumplido los objetivos de salud pública que motivaron su adopción ... Los hechos son indisputables. No es cierto que como consecuencia de las medidas de empaquetado genérico se haya reducido el número de fumadores o la gente fume menos."

## **2. El Estudio nacional de seguimiento del empaquetado genérico del tabaco de la propia Australia demuestra que las medidas no tienen ningún efecto en cuanto a la reducción del tabaquismo**

77. En su informe de réplica complementario, el Profesor Klick también examina los datos obtenidos en el estudio nacional de seguimiento de Australia (NTPPTS). Este estudio, financiado por el Departamento de Salud de Australia, fue realizado por el Centro de investigación conductual sobre el cáncer, a petición del Consejo contra el Cáncer de Victoria ("CCV"), con el fin de evaluar

los efectos del empaquetado genérico en Australia. El estudio se compuso de una encuesta transversal continua inicial, consistente en unas 100 entrevistas semanales realizadas entre el 9 de abril de 2012 y el 30 de marzo de 2014. Aproximadamente cuatro semanas después de la primera encuesta, se realizó una encuesta complementaria a los participantes iniciales. Las encuestas complementarias se llevaron a cabo entre el 7 de mayo de 2012 y el 4 de mayo de 2014. El NTPPTS no tiene carácter longitudinal. Es decir, el estudio no hace un seguimiento del mismo grupo de personas a lo largo de un período dado. Su enfoque "transversal" consiste en entrevistar a distintas personas, a las que se realiza una serie de encuestas a lo largo del tiempo. En primer lugar, en cuanto a la condición de fumador/no fumador, en los análisis del Profesor Klick no se constata que el empaquetado genérico tenga una repercusión estadísticamente significativa en la reducción de la proporción de fumadores, conclusión que se mantiene cuando el Profesor Klick modifica su modelo de varias formas. En segundo lugar, por lo que se refiere al consumo de tabaco, el Profesor Klick determina que el empaquetado genérico no tuvo ningún efecto en cuanto a la reducción del número de cigarrillos consumidos por día al considerar variables y análisis similares a los indicados respecto de la condición de fumador/no fumador. El empaquetado genérico no redujo el número de cigarrillos consumidos al día por los fumadores diarios o por los fumadores en general, incluso cuando se tiene en cuenta el abandono/la recaída (al incluir las respuestas de las personas que afirmaron que en ese momento no fumaban ningún cigarrillo al día). Por consiguiente, el Profesor Klick constata que "no se observa ninguna reducción estadísticamente significativa en ningún indicador relativo al consumo de tabaco". El conjunto de datos del estudio NTPPTS de la propia Australia confirma las conclusiones acerca del empaquetado genérico a las que había llegado anteriormente el Profesor Klick, a saber, que las medidas no han tenido repercusión alguna en la reducción del tabaquismo o en la modificación de la conducta tabáquica, como pretendía Australia.

78. Los datos del estudio NTPPTS se referían solo a los fumadores actuales y, en consecuencia, son incompletos. Por lo tanto, el Profesor Klick analizó datos de prevalencia obtenidos en el estudio sobre la salud de la población de Nueva Gales del Sur, en el que se recogían datos sobre la prevalencia hasta 2014 relativos al estado más poblado de Australia. El Profesor Klick analiza ese conjunto de datos porque la propia Australia había señalado que eran los datos pertinentes para evaluar los cambios en la prevalencia del tabaquismo en dicho estado. A partir de ese conjunto de datos, se llegó a la misma conclusión, a saber, que el empaquetado genérico no ha sido eficaz para reducir el tabaquismo.

79. En su informe de réplica complementario, el Profesor Klick también demuestra que las alegaciones basadas en los datos del estudio NTPPTS relativas a los tres "mecanismos específicos" no conductuales australianos según las cuales el empaquetado genérico está produciendo los efectos que se pretenden son infundadas. El Profesor Klick examina los estudios pertinentes publicados en la edición especial de la revista *Tobacco Control* dedicada a las conclusiones del NTPPTS y demuestra que, en gran medida, los autores llegan a los resultados favorables seleccionando, según la conveniencia, las preguntas y los datos que se ajustan a sus objetivos. El análisis que realiza el Profesor Klick del conjunto de datos relacionados con esos "mecanismos" pone de manifiesto que los datos no respaldan las conclusiones positivas, incluso en lo que respecta a la repercusión del empaquetado genérico en los "mecanismos". Para demostrar que los autores han seleccionado los resultados que preferían atendiendo a sus conveniencias, el Profesor Klick señala otras preguntas estrechamente relacionadas con cada uno de los tres mecanismos establecidos por Australia, e indica que esos datos de las encuestas apuntan en múltiples direcciones y no ofrecen una base sólida que permita a los autores del estudio extraer la conclusión inequívoca de que las medidas de empaquetado genérico son eficaces. El Profesor Klick constata que "los datos e indicadores apuntan en múltiples direcciones, pero no respaldan ninguna conclusión positiva en el sentido de que el empaquetado genérico esté contribuyendo de forma sistemática a producir un cambio significativo en las percepciones o intenciones de los fumadores o de las personas que han dejado de fumar recientemente". Cabe señalar que las conclusiones del Profesor Klick (es decir, que no se observan cambios en los parámetros conductuales cuantitativos) también se ven confirmadas por Scollo *et al.*, en uno de los estudios australianos posteriores a la aplicación que se basan en los datos del NTPPTS. Se trata del único estudio que llega a analizar los datos relativos al consumo propiamente dicho. Lo que es interesante, y revelador, es que en su primera comunicación escrita Australia en ningún momento hace referencia a ese estudio. Con respecto a la repercusión del empaquetado genérico en Australia, los autores del trabajo concluyen lo siguiente: "En cuanto a los fumadores diarios de cigarrillos, no se observaron cambios en el consumo entre el período previo a la adopción del empaquetado genérico y la etapa de transición o el primer año de vigencia del empaquetado genérico ...

Tampoco se detectó ningún cambio al analizar el consumo medio diario de los fumadores habituales. El consumo diario medio tampoco se modificó entre el período previo a la adopción del empaquetado genérico y las dos etapas siguientes en el caso de los fumadores actuales. Además, tampoco se modificó el consumo entre el período previo a la adopción del empaquetado genérico y las dos etapas siguientes en los fumadores actuales de marcas de ninguno de los segmentos del mercado". En consecuencia, el estudio de Scollo *et al.* confirma que el empaquetado genérico no influyó en el consumo de tabaco propiamente dicho.

### **3. El estudio de seguimiento realizado en el estado más poblado de Australia confirma que el empaquetado genérico no se tradujo en una reducción del tabaquismo y no modificó la conducta tabáquica**

80. El Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur realiza desde 2006 un estudio de seguimiento del tabaco de carácter transversal y continuo en relación con una muestra representativa de la población del estado más populoso de Australia, el Estudio de seguimiento del tabaco del Instituto del Cáncer ("CITTS", por sus siglas en inglés). En ese estudio se obtienen datos pertinentes sobre la conducta tabáquica propiamente dicha, así como otros datos menos pertinentes referidos a indicadores relacionados con las intenciones y las percepciones. En el segundo informe de réplica complementario del Profesor Klick se hace un análisis de los datos del CITTS. El Profesor Klick llega a las mismas conclusiones que en su análisis del estudio NTPPTS, que abarca toda Australia: los datos no indican que a partir de la adopción del empaquetado genérico haya disminuido el tabaquismo o haya aumentado el abandono del tabaco. En cuanto a los datos referidos en concreto a la conducta tabáquica propiamente dicha, el Profesor Klick analizó la situación respecto del consumo de tabaco y los niveles de consumo de los participantes en el estudio. Al ajustar las variables correspondientes y considerar como fecha de aplicación ya sea octubre de 2012 o diciembre de 2012, sus análisis demuestran que los datos no respaldan la conclusión de que el empaquetado genérico haya propiciado una disminución del tabaquismo en la práctica. Además, el Profesor Klick determinó que los indicadores no conductuales relativos a las intenciones y las percepciones apuntan en múltiples direcciones. El Profesor Klick concluye que "[u]n análisis neutro y objetivo debe forzosamente reconocer que varios de estos parámetros no cuantitativos apuntan en distintas direcciones y en cualquier caso ninguno de ellos constituye una prueba creíble de que el hábito tabáquico en sí haya disminuido".

### **4. La crítica que formula Australia acerca de las conclusiones relativas al tabaquismo extraídas por el Profesor Klick carece de fundamento**

81. El Profesor Klick responde a las críticas vertidas por los expertos de Australia contra diversos aspectos de sus análisis, incluidos sus análisis de los datos de prevalencia obtenidos en el estudio sobre la salud de la población de Nueva Gales del Sur y de los datos procedentes del NTPPTS y del CITTS. El Profesor Klick demuestra que las críticas de Australia son totalmente injustificadas e infundadas desde el punto de vista de la práctica y el criterio econométricos, y que en muchas ocasiones contradicen los argumentos que los expertos australianos han esgrimido en el procedimiento. Por ejemplo, Australia afirma que los análisis que realiza el Profesor Klick de los datos de los estudios, entre ellos el NTPPTS de la propia Australia y el CITTS, no permiten extraer conclusiones sobre la prevalencia del tabaquismo porque esos conjuntos de datos no comprenden información sobre fumadores jóvenes menores de 18 años. Desde luego, el Profesor Klick es muy consciente de esa limitación. Por ello, analiza asimismo el estudio sobre la salud de la población de Nueva Gales del Sur que sí recoge, como reconoce la propia Australia, datos de prevalencia que también se refieren a los fumadores jóvenes. Además, los datos de las ventas efectivas que examinó el Profesor Klick para corroborar sus conclusiones tampoco entrañan ninguna distinción en función de la edad del consumidor y, por tanto, cabe suponer que reflejan con precisión los efectos de las medidas en el inicio y el abandono del consumo. Las conclusiones del Profesor Klick también están apoyadas por otro conjunto de datos utilizados tanto por Australia como por los reclamantes, el Estudio Single Source de Roy Morgan ("RMSS", por sus siglas en inglés), que ofrece datos de encuestas individuales sobre la situación respecto del consumo del tabaco (condición de fumador/no fumador) desde enero de 2000 hasta junio de 2015. El Profesor Klick constata que la conclusión basada en los datos del estudio RMSS guarda coherencia con las conclusiones extraídas a partir de todos los demás conjuntos de datos de que se dispone, incluidos los del estudio sobre la salud de la población de Nueva Gales del Sur, a saber, que no hay pruebas de que el empaquetado genérico se haya traducido en una mejora sistemática de los resultados relativos al tabaquismo.

82. Por último, como señala el Profesor Klick, resulta desconcertante observar que, de hecho, Australia trata de minimizar los claros resultados conductuales del estudio NTPPTS que ella misma ha promovido sencillamente porque no se adecuan a su argumentación. Además, Australia ha realizado un estudio similar de seguimiento del empaquetado genérico en los jóvenes, denominado "Encuestas escolares", pero se ha negado a proporcionar los resultados de esas encuestas a efectos de su análisis por el Grupo Especial y los reclamantes en la presente diferencia. Por consiguiente, la queja de Australia de que los reclamantes no han proporcionado pruebas sobre el efecto de las medidas de empaquetado genérico en el inicio y la prevalencia no solo es incorrecta, como se ha explicado, sino que además falta a la verdad y es interesada, ya que Australia se negó a facilitar esa prueba, que obraba solamente en su poder, para que pudiera analizarse. Ello revela la debilidad de la argumentación de Australia.

83. Los análisis realizados en todos los informes del Profesor Klick son claros: no hay pruebas de que en la práctica el empaquetado genérico se haya traducido en una mejora de ninguno de los resultados relativos al tabaquismo. Australia pasa por alto la asombrosa solidez de esta conclusión, que se verifica al analizar una gran diversidad de fuentes de datos, y que resiste el uso de diversos supuestos en el marco de los modelos. Los datos de los estudios así como los datos actualizados sobre las ventas al por mayor y al por menor que abarcan hasta octubre de 2015 corroboran que no hay pruebas de que el empaquetado genérico haya propiciado una reducción del tabaquismo.

## 5. Conclusión

84. En conclusión, después de tres años, las medidas sobre el empaquetado genérico aún no han surtido ningún efecto positivo en la modificación de la conducta tabáquica y la reducción del tabaquismo. Los análisis del Profesor Klick resisten todas las críticas lanzadas en su contra, y la conclusión basada en los datos de su estudio longitudinal único, así como en los datos de estudios recopilados por Australia y algunos de sus estados, que también se ven corroborados por los datos relativos a los mercados mayoristas y minoristas, resiste diversos tipos de modelos. El Profesor Klick concluye lo siguiente: "[L]os análisis que he realizado de todos los datos disponibles confirman que en la práctica el hábito tabáquico en Australia no ha disminuido tras la adopción del empaquetado genérico. A esta misma conclusión se llega con independencia de que la fuente de los parámetros cuantitativos sea la situación respecto del consumo de tabaco declarada por los participantes en las encuestas, los datos sobre la prevalencia en Nueva Gales del Sur o los datos del mercado. Además, los datos obtenidos en el estudio NTPPTS en relación con las percepciones e intenciones de los consumidores no denotan una mejora sistemática, desde el punto de vista de la política de salud pública, tras la entrada en vigor del empaquetado genérico. En consecuencia, como queda demostrado en todos mis informes anteriores, los datos procedentes de múltiples y variadas fuentes constituyen pruebas sólidas de que el empaquetado genérico no ha logrado el objetivo de Australia de reducir el tabaquismo y modificar las conductas."

## B. LOS ANÁLISIS DE EXPERTOS BASADOS EN LOS FACTORES CONOCIDOS QUE EXPLICAN EL TABAQUISMO CONFIRMAN QUE EL EMPAQUETADO GENÉRICO NO ES ADECUADO PARA CONTRIBUIR A REDUCIR EL TABAQUISMO, PUESTO QUE EL EMPAQUETADO Y LAS MARCAS DE FÁBRICA O DE COMERCIO NO MOTIVAN LA CONDUCTA TABÁQUICA

85. Además de los hechos correspondientes a los tres primeros años de aplicación de las medidas de empaquetado genérico que se analizan en los informes del Profesor Klick, Honduras también presenta análisis de expertos del ámbito de las ciencias médicas concernientes al inicio, el abandono y la recaída en el hábito tabáquico que confirman que las marcas de fábrica o de comercio y el empaquetado no son los factores que motivan el consumo de tabaco. Estos datos cualitativos acerca de las motivaciones para fumar demuestran que las medidas de empaquetado genérico, que tratan de las marcas de fábrica o de comercio y del empaquetado, no son capaces de contribuir a reducir el tabaquismo de forma significativa porque no hacen frente a esos factores.

86. Por lo que respecta al inicio del consumo, el Profesor Steinberg aborda los conocimientos científicos relativos a la conducta de los adolescentes y los aplica a las medidas de empaquetado genérico. Analiza los principales factores que motivan el inicio del consumo del tabaco en los jóvenes, que es un tipo de conducta de riesgo. Observa que estos factores, distintos de los que explican los procesos de toma de decisiones en los adultos, abarcan las características psicológicas, las influencias interpersonales y el contexto social (que incluye el precio y la

disponibilidad de los productos de tabaco). A juicio del Profesor Steinberg, el empaquetado genérico no puede tener ninguna repercusión en las causas importantes del inicio del consumo de tabaco en los jóvenes y, por lo tanto, no puede tener ninguna repercusión en el objetivo de reducir el tabaquismo en la juventud. Australia y sus expertos no discuten la compleja naturaleza de los factores que explican el inicio del consumo, pero Australia trata de forzar la inclusión del empaquetado del producto en esa lista, al hacer una referencia vaga a los modelos "globales" relativos a esos factores. Ello no está justificado ni es congruente con la lista de factores probados que motivan la conducta tabáquica, entre los que no se cuentan las marcas de fábrica o de comercio ni el empaquetado. En este contexto, Honduras observa el hecho de que, en Australia, tanto los adultos como los jóvenes conocen bien los riesgos y los efectos nocivos del consumo de tabaco, y en ello Australia parece estar de acuerdo. El Profesor Steinberg señala que los jóvenes son muy conscientes de los riesgos del tabaquismo y que las medidas de sensibilización o divulgación son innecesarias y, por tanto, ineficaces, porque no hay déficit de información que subsanar.

87. En cuanto al abandono y la recaída, la Doctora Satel expone su perspectiva sobre las complejas razones que explican estas conductas, como "los factores farmacológicos, psicológicos, sociales y de entorno", que Australia tampoco cuestiona. La Doctora Satel concluye que el abandono y la prevención de la recaída se ven favorecidos por la motivación y el compromiso, el apoyo del entorno social y la autoeficacia, pero no constata que haya pruebas creíbles de que la marca, los logotipos o el empaquetado tengan alguna repercusión en la conducta tabáquica. Además, demuestra que un cigarrillo o un paquete de cigarrillos es en sí mismo un estímulo condicionado y puede desencadenar una necesidad imperiosa de fumar, independientemente de que se venda con un empaquetado de marca o genérico. En su informe de experto, la Profesora Fischer también respalda este planteamiento. En particular, la Profesora Fischer explica que "[e]n todo momento, el abandono del tabaco o la deshabitación tabáquica se ven facilitados o dificultados por la interacción dinámica de un complejo entramado de factores ... En las investigaciones sobre la conducta tabáquica nunca se ha observado que el empaquetado de tabaco con marca, considerado como un supuesto estímulo del consumo de tabaco que frenaría los intentos de abandono, propiciaría la recaída y desalentaría la deshabitación, esté vinculado a ninguna de esas respuestas". El empaquetado genérico no resulta adecuado para promover la deshabitación tabáquica o prevenir las recaídas.

88. Expertos en marketing como los Profesores Steenkamp y Winer confirman la inadecuación de las medidas de empaquetado genérico. Ambos llegan a la conclusión de que el empaquetado, como aspecto del elemento "P" ("producto") de la mezcla de marketing, en un mercado maduro o en declive no impulsa ni aumenta la demanda global del producto. Los instrumentos publicitarios específicos son en gran medida ineficaces para aumentar las ventas en el caso de la demanda primaria o secundaria. Ello tiene necesariamente como corolario que si la capacidad de los medios publicitarios específicos para estimular la demanda es ya tan reducida, el efecto de un instrumento no específico, como el empaquetado de marca, debería ser incluso menor. Los datos sobre las ventas y los datos de los estudios antes analizados confirman la opinión expresada por estos expertos en marketing en el sentido de que en el mercado australiano, que está muy regulado y en el que la publicidad ya está prohibida, el empaquetado y las marcas de fábrica o de comercio no influyen en la demanda global.

**C. UN ANÁLISIS DE LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS SOBRE LA CONDUCTA A QUE RECURREN AUSTRALIA Y SUS EXPERTOS CONFIRMA QUE ESAS TEORÍAS BASADAS EN LAS INTENCIONES TIENEN UNA PERTINENCIA LIMITADA, HAN SIDO DESMENTIDAS POR LOS HECHOS Y NO SE HAN CONTRASTADO ADECUADAMENTE EN NINGUNO DE LOS ESTUDIOS REALIZADOS HASTA LA FECHA**

89. Ante las abrumadoras pruebas de que las medidas de empaquetado genérico no están surtiendo ningún efecto positivo, Australia ha adoptado la posición de que el empaquetado genérico funcionará a través de una vía causal que producirá efectos "con el tiempo", es decir, al cabo de una generación o más. Su teoría del comportamiento consiste en que las medidas, en una primera etapa, reducirán el atractivo de los productos de tabaco, aumentarán la visibilidad de las advertencias sanitarias gráficas y acrecentarán la percepción de los daños ocasionados por el tabaco lo que, a su vez, en una segunda etapa, se traducirá en una modificación de la conducta, esto es, la reducción del tabaquismo. Honduras cuestiona la utilización que hace Australia de las teorías de la conducta para justificar sus medidas, habida cuenta de los hechos obrantes en el expediente que demuestran que tres años después de la puesta en aplicación de las medidas estas

no han logrado modificar la conducta tabáquica como se pretendía. No tiene sentido especular sobre los efectos de una medida basándose en teorías sobre el modo en que reaccionarán los consumidores cuando existen datos reales. Sin duda, no tiene ningún sentido hacer referencia a una teoría para justificar las medidas cuando los hechos demuestran que la teoría no se verifica en la práctica o ponen de manifiesto que la teoría se ha aplicado o interpretado de forma errónea. Sin embargo, eso es exactamente lo que hace Australia. Además, Honduras señala que análisis realizados por la Dirección General de Sanidad de los Estados Unidos confirman asimismo que es desacertado basarse en las intenciones de comportamiento dejando de lado los datos empíricos o conductuales. Ello demuestra que las teorías sobre las intenciones por sí solas no son suficientes para fundamentar decisiones de política.

90. En cualquier caso, Australia utiliza de forma inadecuada parámetros de medida basados en las intenciones y el atractivo para invocar el forzado argumento según el cual algún día en un futuro lejano el empaquetado genérico surtirá efecto en la conducta tabáquica, aunque actualmente la conducta esperada no se verifica en absoluto. Honduras, junto con la República Dominicana e Indonesia, consultó al Profesor Ajzen, destacado científico de la conducta, autor de la teoría de la conducta planificada ("TCP"), que amplía su anterior teoría de la acción razonada ("TAR"). Cabe destacar que Australia ha intentado, sin éxito, justificar sus medidas de empaquetado genérico basándose en gran medida en la TAR y en teorías afines.

91. El Profesor Ajzen concluye que el modo en que Australia y sus expertos entienden la función y la pertinencia de las teorías científicas sobre la conducta es erróneo. Además, constata que los investigadores en el ámbito de la lucha antitabáquica parecen no comprender adecuadamente aspectos importantes de las teorías que invalidan sus predicciones sobre la eficacia de las medidas de empaquetado genérico para reducir el consumo de tabaco y la prevalencia del tabaquismo. El Profesor Ajzen observa que Australia postula la existencia de una cadena causal en virtud de la cual la aplicación del empaquetado genérico está encaminada a afectar a tres mecanismos no conductuales que, a su vez, se supone que repercutirán en la conducta tabáquica. Por consiguiente, en lugar de llevar a cabo o basarse en investigaciones que demuestren que el empaquetado genérico modifica la conducta, Australia aduce que las investigaciones demuestran que el empaquetado genérico afectará a los mecanismos distintos del comportamiento, y luego procura servirse de teorías de la conducta para "salvar la brecha probatoria" existente entre los mecanismos y la conducta en cuestión. Australia hace referencia a la TAR y la heurística del afecto. Sin embargo, como explica el Profesor Ajzen, ese intento no es legítimo y no satisface los criterios científicos de esas teorías.

92. El error fundamental del que adolece la exposición de Australia sobre las teorías de la conducta es que se basa en las teorías para demostrar que hay un vínculo entre, por un lado, las intenciones, creencias y actitudes, que son factores distintos del comportamiento, y, por otro, la conducta final. Esa utilización de la teoría es equivocada porque solo una investigación empírica correctamente realizada puede demostrar o desmentir un vínculo de esa naturaleza. Si bien las teorías pueden dar lugar a hipótesis, estas deben someterse a una comprobación empírica rigurosa que permita determinar su legitimidad. Además, teniendo en cuenta que el tabaquismo es una conducta adictiva, las investigaciones demuestran que en este contexto, incluso más que en otros, las intenciones no resultan eficaces para predecir dicha conducta. El Profesor Ajzen observa que "ninguna teoría de la conducta, incluidas las teorías de la acción razonada y de la conducta planificada, puede establecer o demostrar que haya un vínculo causal entre mecanismos distintos del comportamiento y la adopción de una determinada conducta en el futuro, ni que esos mecanismos sean factores pronóstico válidos en relación con esa conducta. Dichas tesis solo pueden confirmarse mediante investigaciones empíricas".

93. El Profesor Ajzen formula la misma crítica respecto del modo en que Australia entiende la relación entre las actitudes y la conducta. Es decir, el Profesor Fong, experto de Australia, solo afirma que hay "numerosas" investigaciones que relacionan las actitudes con la conducta, pero no analiza ninguna de ellas ni verifica que cualquier posible relación entre los dos conceptos también sea válida en el caso de la conducta tabáquica. El Profesor Ajzen señala que la afirmación del Profesor Fong "no se condice con las investigaciones sobre la relación entre las actitudes y la conducta que datan de al menos hace 80 años. Contrariamente a lo que afirma el Profesor Fong, este conjunto de investigaciones de larga data indica que las actitudes de las personas en relación con un objeto distinto del comportamiento (es decir, los productos de tabaco) no predicen de manera fiable su conducta respecto del objeto (es decir, el consumo de tabaco). En consecuencia, las investigaciones sobre la relación entre las actitudes y la conducta nos llevan a plantear la

hipótesis de que es *improbable* que un cambio en el empaquetado del tabaco, aunque afectara al atractivo de los productos de tabaco, modifique la conducta tabáquica".

**D. UN EXAMEN OBJETIVO DE LOS ESTUDIOS ESPECULATIVOS EN LOS QUE SE ANALIZA LA RESPUESTA DE LAS PERSONAS AL EMPAQUETADO GENÉRICO DEMUESTRA QUE ESOS ESTUDIOS NO ABORDAN LA CONDUCTA PERTINENTE Y PRESENTAN DEFECTOS METODOLÓGICOS**

94. Australia se ha apoyado sistemáticamente en una serie de estudios publicados antes de la adopción de las medidas de empaquetado genérico para evaluar la reacción de la gente ante un posible entorno dominado por el empaquetado genérico. La eventual pertinencia de estos estudios ha sido puesta en entredicho por datos posteriores sobre la respuesta efectiva de los consumidores al empaquetado genérico en Australia que evidencian un panorama completamente distinto. En cualquier caso, ya cuando se publicaron los estudios, algunos de los propios investigadores del ámbito de la lucha antitabáquica reconocieron que las conclusiones extraídas en esos estudios en cuanto a la contribución positiva del empaquetado genérico al logro de un cambio en la conducta tabáquica eran, en el mejor de los casos, "especulativas". Pese a la limitada pertinencia de estos estudios especulativos para la presente diferencia, Honduras aporta datos probatorios de expertos que demuestran que esos estudios, realizados en general por el mismo grupo de investigadores en el ámbito de la lucha antitabáquica, no constituyen una base sólida para las medidas de Australia.

95. A este respecto, Honduras observa que el cometido del Grupo Especial es hacer una evaluación objetiva del asunto, que incluya una evaluación de las pruebas cuantitativas, cualitativas y científicas que las partes le han presentado. La jurisprudencia no avala la idea de que puede considerarse que una medida está basada en pruebas científicas en tanto esté basada en una serie de estudios con revisión científica externa, aunque estos no entrañen datos del funcionamiento efectivo de la medida. En este caso, los datos obtenidos del mundo real correspondientes a tres años de aplicación de las medidas demuestran que estas no han sido eficaces y es probable que nunca lo sean. Además, Honduras considera que el Órgano de Apelación determinó que los "testimonios científicos respetables" deben tener el "rigor científico y metodológico necesario para que se considere[n] información científica digna de crédito". El criterio establecido por el Órgano de Apelación es sustantivo: ¿Tienen los testimonios el "rigor científico y metodológico necesario" para que se consideren información científica digna de crédito, y justifica la información científica la medida concreta? Este criterio no se satisface sencillamente haciendo referencia al hecho de que estudios que especulan sobre el efecto de una medida cuentan con revisión científica externa y se han publicado en una revista científica. Ello, en efecto, impediría todo examen por un grupo especial acerca del carácter "científico" de determinadas pruebas, ya que el grupo especial no tendría más que aceptar las conclusiones de cualquier estudio en la medida en que haya obtenido la aprobación de los revisores externos y se haya publicado. Teniendo presente este criterio sustantivo, Honduras consultó a varios expertos para que examinaran los estudios de que se sirvió Australia.

96. En primer lugar, el Profesor Inman y sus colegas llevaron a cabo una "revisión científica externa" independiente de los estudios que se habían publicado en revistas especializadas en salud y lucha antitabáquica. El proyecto de revisión externa tenía por objeto emular un procedimiento de revisión científica en una revista de ciencias sociales de gran calidad, y examinar si los estudios sobre el empaquetado genérico de los que se valió Australia tenían la calidad suficiente para que se los incluyera en una revista de esas características. En el informe inicial del proyecto de revisión externa se llegó a la conclusión de que ninguno de los estudios sobre el empaquetado genérico se publicaría en una revista de gran calidad porque no resistiría un procedimiento de revisión externa riguroso. Sobre la base de este procedimiento de revisión exhaustivo, en la investigación del Profesor Inman se llega a la conclusión de que "en su conjunto, los artículos relativos al empaquetado genérico no llegan a ofrecer pruebas convincentes sobre el efecto del empaquetado genérico en la demanda de productos de tabaco". Aunque los propios expertos de Australia, como el Profesor Fong, recurren a investigaciones del ámbito del comportamiento del consumidor para aducir que el empaquetado genérico será eficaz, Australia no obstante critica el proyecto de revisión externa porque aplica criterios procedentes de investigaciones sobre dicho comportamiento. En su réplica a las críticas formuladas por los expertos de Australia, el Profesor Inman concluye que "en gran medida, los expertos de Australia no han ido a la esencia de los argumentos presentados" y se han centrado en cuestiones que revisten poca importancia.

97. En segundo lugar, el Profesor Kleijnen llevó a cabo un análisis sistemático de la calidad de esos artículos teniendo en cuenta cuatro aspectos fundamentales de la validez de una investigación en el ámbito de las ciencias sociales (la validez de la construcción conceptual, la validez interna, la validez externa y la validez de las conclusiones). En su investigación llega a la conclusión de que "no hay un solo resultado de un estudio que presente un 'riesgo de sesgo bajo' respecto de los cuatro aspectos de la validez". Los expertos de Australia no señalaron ni un solo error en la evaluación de los estudios sobre el empaquetado genérico realizada en el marco del examen sistemático. Esos expertos no han abordado de manera metódica los resultados del examen sistemático, y las respuestas parciales ofrecidas no modifican la evaluación de que la base probatoria relativa a la posible repercusión del empaquetado genérico en la reducción de la prevalencia del tabaquismo o el consumo de tabaco no es sólida ni creíble. Cabe señalar que en su propio examen posterior a la aplicación, Australia no abordó esos estudios "experimentales" en el contexto de su evaluación de la repercusión de las medidas de empaquetado genérico en la salud pública, sino que simplemente se refirió a ellos en la sección introductoria de antecedentes relativa a la adopción de las medidas. Ello confirma que esos estudios anteriores a la aplicación carecen de pertinencia.

**E. UN ANÁLISIS DEL PROBLEMA DEL COMERCIO ILÍCITO DE TABACO EN AUSTRALIA CONFIRMA LA PROBABILIDAD DE QUE EL EMPAQUETADO GENÉRICO FOMENTE MÁS DICHO COMERCIO EN AUSTRALIA**

98. Honduras hace referencia al problema del comercio ilícito de productos de tabaco como consecuencia del empaquetado genérico. Los Profesores Chaudhry, Murray y Zimmerman, expertos de Honduras, así como análisis realizados por KPMG, ponen de manifiesto que el problema del comercio ilícito ha cobrado importancia en el entorno regido por el empaquetado genérico de Australia. Al igual que ocurre con los demás datos posteriores a la aplicación, los datos actualizados sobre el comercio ilícito procedentes de KPMG confirman que el comercio ilícito ha seguido empeorando en el período de vigencia del empaquetado genérico.

**F. AUSTRALIA NO HA PRESENTADO PRUEBAS SOBRE EL EFECTO DEL EMPAQUETADO GENÉRICO EN EL CONSUMO DE CIGARROS**

99. Australia adoptó las medidas de empaquetado genérico prácticamente sin disponer de pruebas respecto de los cigarrillos. Aunque utilizó determinados estudios que atañen a la presunta eficacia de los paquetes genéricos, en esos estudios se examinaban los efectos relativos al empaquetado de los cigarrillos, no al empaquetado de los cigarrillos. Lamentablemente, el hecho de que no hubiera ninguna prueba respecto de los cigarrillos no impidió a Australia adoptar la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, que es aplicable a todos los productos de tabaco. Pocos meses después de la adopción de las medidas de empaquetado genérico, el Gobierno australiano procuró generar algunas pruebas con respecto a los cigarrillos, aunque ese intento fracasó. Como quedó documentado en el proyecto de revisión externa, el estudio de GfK Bluemoon, constituido por entrevistas a ocho fumadores de cigarrillos, está plagado de defectos metodológicos, por lo que no es en absoluto fiable. En 2015, años después de la adopción de las medidas de empaquetado genérico, Australia intentó nuevamente generar pruebas *ex post* relativas a los efectos del empaquetado genérico en el consumo de cigarrillos. La iniciativa de Australia dio lugar a la realización de otro estudio, que estuvo a cargo de Miller *et al.* (2015). Esas pruebas *ex post* referidas a los cigarrillos adolecían de graves deficiencias metodológicas y se basaban en muestras de limitado tamaño. Por ejemplo, en ese estudio, para la entrevista se utiliza una muestra de apenas 10 fumadores habituales de cigarrillos de alta calidad, y para los dos grupos de enfoque de fumadores ocasionales de cigarrillos y cigarrillos de alta calidad, una muestra de 14 participantes.

100. En su calidad de país productor de cigarrillos, Honduras se asombra de que en 2011 Australia haya adoptado una medida muy restrictiva que afectaba a los cigarrillos pese a que no hubiera respaldo probatorio para que se aplicara a dichos productos. El empeño de Australia por obtener pruebas *ex post* es, como cuestión de principio, y de hecho, inadecuado. No debería permitirse a ningún país adoptar *primero* una medida que restringe el comercio, y *después* obtener pruebas para respaldarla. En cualquier caso, los dos estudios *ex post* de Australia presentan diversos defectos que les restan todo valor probatorio. En consecuencia, Honduras reitera que Australia no ha demostrado que el empaquetado genérico pueda contribuir de modo alguno a reducir la prevalencia del consumo de cigarrillos.



**G. AUSTRALIA NO PUEDE REFUTAR LAS PRUEBAS EMPÍRICAS Y TEÓRICAS PRESENTADAS POR HONDURAS Y LOS DEMÁS RECLAMANTES**

101. Ante las pruebas empíricas que indican que las medidas de Australia no han tenido ninguna repercusión en la conducta tabáquica en la práctica, Australia sostiene que esas pruebas no son pertinentes porque se prevé que las medidas den resultado únicamente "con el tiempo" y en combinación con otras medidas. Sin embargo, este argumento es interesado y no está apoyado por ninguna prueba. Los estudios especulativos de que se sirvió Australia pretenden demostrar la existencia de una contribución positiva inmediata del empaquetado genérico principalmente desde el punto de vista de las percepciones, actitudes e intenciones relacionadas con la conducta tabáquica. Los "efectos" del empaquetado genérico reseñados en estos estudios se pusieron de manifiesto en apenas el breve lapso que duró la encuesta. De modo análogo, el estudio de las llamadas realizadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco de Australia a partir de la puesta en aplicación de las medidas, en el que se apoya Australia, también indicaba que el efecto de las medidas había sido inmediato, y esos investigadores llegaron a la conclusión de que las medidas de Australia "ahora están respaldadas por pruebas de la repercusión inmediata de estos instrumentos legislativos". Los expertos en el ámbito de la lucha contra el tabaco a los que consultó la Profesora Pechey en su estudio también pronosticaban una disminución de entre el 1% y el 3% en las tasas de tabaquismo en los dos primeros años de aplicación de la medida. A pesar de esas supuestas repercusiones inmediatas, Australia ahora aduce que las medidas solo producirán efectos "con el tiempo" y que esos efectos tardarán una generación en manifestarse. Además del hecho de que ello no es congruente con el objetivo de reducir el tabaquismo al 10% a más tardar en 2018 (y, por ende, no "con el tiempo", para la próxima generación), Australia no respalda estas especulaciones con pruebas cualitativas o cuantitativas, conforme a lo exigido.

102. De hecho, en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación observó que 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" y que "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 curso del tiempo". En ese sentido, es importante sin embargo recordar que, en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial trató de verificar una serie de hipótesis sobre la base de las pruebas aportadas por las partes y constató que se trataba de hipótesis sólidas desde el punto de vista lógico y avaladas por pruebas suficientes". Por lo tanto, el Órgano de Apelación formuló las consideraciones relativas al tiempo antes mencionadas para justificar el enfoque principalmente "cualitativo" adoptado por el Grupo Especial al examinar de la contribución de la medida, no para eximir a las partes de aportar pruebas o para permitirles hacer caso omiso de los datos empíricos reales relativos a la repercusión de la medida aludiendo a teorías generales de carácter abstracto. Como se observó anteriormente, la última frase de este párrafo, citado con frecuencia, deja claro que la demostración de una contribución probable en el futuro debe basarse de todas formas en "proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes".

103. El funcionamiento efectivo de las medidas y las repercusiones observadas siguen siendo los elementos probatorios de preferencia al examinar si esas pruebas existen y si las medidas han estado en vigor durante un plazo prudencial. En realidad, en el informe técnico que acompaña al estudio NTPPTS, que abarcaba un período que finalizaba en mayo de 2014, Australia se refería a ese período transcurrido de dos años como repercusión "a mediano plazo". La naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles en el momento en que se realiza el análisis determinan las pruebas que debe utilizar el Grupo Especial. En este caso, se dispone de pruebas empíricas fiables que demuestran que, transcurridos tres años de su introducción, las medidas no han tenido repercusión alguna en la práctica, y el análisis debe dar prioridad a esas pruebas.

104. Además, como se reconoce ampliamente en el contexto de la lucha antitabáquica, es sabido que las "comunicaciones de impacto" a veces tienen un efecto inmediato, de corto plazo, que es difícil de mantener a largo plazo. En realidad, los investigadores, los expertos en el ámbito de la lucha antitabáquica y el propio CMCT coinciden en que las comunicaciones sanitarias, como las advertencias sanitarias gráficas, tienden a "desgastarse" por la exposición repetida al estímulo y que su mayor repercusión se produce en la fase inicial de difusión en una jurisdicción. Las medidas

de Australia de empaquetado genérico ya llevan tres años en vigor, y de surtir algún efecto importante, la modificación de la conducta ya se habría puesto de manifiesto. Sin embargo, no hay pruebas de un efecto de esa índole. De hecho, ya existen pruebas del previsible efecto de desgaste con respecto al empaquetado genérico en Australia, lo que socava por completo la alegación de Australia de que las medidas tendrán repercusión a largo plazo. Del mismo modo, los datos que Australia menciona en relación con el aumento del número de llamadas registradas en su línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco tras la aplicación del empaquetado genérico demuestran que el efecto fue solo temporal y que al cabo de seis meses el número de llamadas volvió a situarse en el nivel anterior a la introducción del empaquetado genérico. Por consiguiente, no hay fundamento para creer que estas medidas, que no han surtido ni siquiera un efecto a corto plazo en la conducta tabáquica, vayan a producir algún efecto a largo plazo.

105. Por último, el hecho de que las medidas de empaquetado genérico no aborden los factores que explican el consumo de tabaco también demuestra que no hay fundamento creíble para esperar que las medidas puedan tener un efecto a largo plazo. Como explica Honduras haciendo referencia a informes y trabajos académicos, así como a los informes de experto de, entre otros, el Profesor Steinberg, la Profesora Fischer y la Doctora Satel, en el modelo multicausal que se entiende que explica la conducta tabáquica no se incluyen las marcas de fábrica o de comercio o el empaquetado como razones por las que la gente empieza a fumar, sigue fumando o recae en el consumo de tabaco tras un intento de abandono fracasado. Como las marcas de fábrica y el empaquetado no son ni siquiera factores y, mucho menos, verdaderos e importantes factores, que expliquen el inicio y mantenimiento del consumo de productos de tabaco, no hay fundamento para suponer que las medidas de Australia de empaquetado genérico reducirán el tabaquismo ni a corto ni a largo plazo.

106. En síntesis, Australia no ha presentado "proyecciones cuantitativas" y no ha elaborado un "razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes que haya aportado" en respaldo de su afirmación de que las medidas de empaquetado genérico producirán efectos con el tiempo. Australia simplemente insta al Grupo Especial a aceptar la afirmación especulativa de que "con el tiempo" el tabaquismo disminuirá como consecuencia de las medidas. Sin embargo, la conclusión del Grupo Especial no debe basarse en especulaciones y conjeturas, sino en pruebas positivas evaluadas de forma objetiva. Australia tiene razón en que se prevé que con el tiempo el tabaquismo disminuya, como ha venido disminuyendo en los últimos 40 años. Esa es la tendencia reconocida incluso por Australia y sus expertos. Por ejemplo, Gartner *et al.*, en una investigación financiada por el Consejo Nacional de Salud e Investigación Médica de Australia, publicada en la revista *Tobacco Control*, pronostican que en una situación hipotética estacionaria, en la que no se aplicaran nuevas medidas de control del tabaco y las tasas de inicio y abandono se mantuvieran en los niveles de 2007 (algo que los autores consideraban, en el caso de las tasas de inicio, excesivamente pesimista), la prevalencia del tabaquismo disminuiría al 18,3% en 2010 y al 14,1% en 2020. No tener en cuenta esta tendencia preexistente supone un sesgo que falseará cualquier estimación de los efectos de las nuevas medidas de control del tabaco en las cifras del tabaquismo. Por ello, el hecho de que haya disminuido la prevalencia del tabaquismo no dice nada acerca de la relación entre dicha reducción y el empaquetado genérico. La pregunta pertinente es si esta medida restrictiva del comercio en realidad contribuye, o es adecuada para contribuir, a reducir aún más el tabaquismo o si, en cambio, se trata de un elemento innecesario del conjunto de medidas y, por lo tanto, constituye una complicación injustificable o un obstáculo innecesario al comercio.

107. Sobre la base de las pruebas sometidas al Grupo Especial, resulta evidente que no existe tal relación de contribución, puesto que la reducción del hábito tabáquico es una tendencia que simplemente persiste sin que haya ninguna contribución añadida por parte de las medidas de empaquetado genérico.

#### **H. EL EXAMEN POSTERIOR A LA APLICACIÓN REALIZADO POR AUSTRALIA NO APORTA PRUEBAS DE LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS SOBRE EL EMPAQUETADO GENÉRICO**

108. El 26 de febrero de 2016, más de tres años después de poner en aplicación las medidas de empaquetado genérico, y sin haber realizado la evaluación de los efectos requerida antes de la aplicación, Australia emitió su examen posterior a la aplicación de las medidas de empaquetado genérico ("PIR").

109. En el PIR no se examinan objetivamente las numerosas fuentes de datos de que disponía Australia para evaluar si el empaquetado genérico contribuía al objetivo de reducir el tabaquismo. En dicho examen se resumen de forma acrítica los estudios posteriores a la aplicación que se habían publicado en marzo de 2015. No se examinan objetivamente las conclusiones de esos estudios a la luz del objetivo de Australia de reducir el tabaquismo. El examen pasa por alto la información pertinente sobre los efectos del empaquetado genérico en la conducta tabáquica descubiertos mediante, entre otros, el NTPPTS, que había contribuido a organizar.

110. El único elemento probatorio "novedoso" en relación con la repercusión de las medidas en la salud consiste en un informe de experto elaborado por la Doctora Chipty, la misma asesora económica que apoyó a Australia en el contexto de la presente diferencia en el marco de la OMC. No resulta creíble que la misma asesora económica contratada para apuntalar los objetivos del Gobierno australiano en el litigio pueda proporcionar un análisis objetivo de la eficacia de las medidas al Departamento de Salud de Australia. Además, el informe de experto elaborado por la Doctora Chipty a efectos del PIR no es más que una recopilación de las secciones de sus informes presentados ante la OMC dedicadas al estudio RMSS. Aunque el Gobierno australiano es perfectamente consciente de las muy distintas maneras en que los expertos de los reclamantes han interpretado los datos del estudio RMSS y de las observaciones críticas de esos expertos respecto del enfoque de la Doctora Chipty, en el PIR se procede como si este debate nunca hubiera tenido lugar. El Departamento de Salud forma parte del Gobierno australiano, y cabía esperar que hubiera examinado críticamente el informe de la Doctora Chipty tomando en consideración alguna de esas otras posibilidades de interpretación. No lo hizo, como tampoco procuró situar las alegaciones de la Doctora Chipty basadas en ese conjunto de datos en el contexto de otros conjuntos de datos que avalaban conclusiones opuestas.

111. En síntesis, Honduras considera que el examen posterior a la aplicación, tan esperado, no hace más que poner de relieve la debilidad de la base probatoria de Australia respecto del empaquetado genérico del tabaco, dado que utiliza la misma táctica de evitación empleada por Australia en el contexto de esta diferencia de la OMC. El PIR se centra en la cuestión de si el empaquetado genérico consigue los "mecanismos", y no en si alcanza el objetivo reconocido de reducir el tabaquismo. Lamentablemente, en él no se procura realizar un análisis crítico de la información disponible a fin de evaluar objetivamente la eficacia del empaquetado genérico. El objeto del examen era evaluar "la eficacia y la eficiencia de las medidas de empaquetado genérico del tabaco en el cumplimiento de su objetivo [es decir, mejorar la salud pública reduciendo, en última instancia, el tabaquismo] con el fin de determinar si se trata de un mecanismo reglamentario adecuado". Desafortunadamente, en el PIR no se proporciona una evaluación sólida de esta importante cuestión. En cambio, se evita abordarla directamente, y cuando se intenta hacerlo, las conclusiones son ambiguas. Se señala, con acierto, que la disminución de la prevalencia del tabaquismo a nivel nacional no puede "imputarse íntegramente al empaquetado genérico, habida cuenta del abanico de medidas de control del tabaco en vigor en Australia". Y aun el "novedoso" análisis de experto realizado por la Doctora Chipty en el que se apoya Australia en realidad no se refiere de forma específica al empaquetado genérico, dado que supuestamente "demuestra que la modificaciones del empaquetado de 2012 (el empaquetado genérico junto con las advertencias sanitarias gráficas) han contribuido al descenso observado en la prevalencia del tabaquismo, incluso en esta etapa temprana de la aplicación". Honduras cuestiona la exactitud de la disminución constatada por la Doctora Chipty a causa de reservas sobre los aspectos metodológicos de este análisis, que es similar al que presentó la Doctora Chipty y fue rebatido por Honduras y los demás reclamantes en la diferencia en el marco de la OMC. No obstante, aun en el supuesto de que esta cifra fuera correcta (lo que no es así), se llega a la conclusión de que el descenso es imputable a las "modificaciones del empaquetado" en cuanto combinación del empaquetado genérico y las advertencias sanitarias gráficas. El PIR no responde a la importante pregunta de cuál es la contribución del empaquetado genérico por sí solo al descenso de la prevalencia del tabaquismo.

## **I. CONCLUSIÓN**

112. Hay datos fiables y probatorios relativos a tres años de aplicación de las medidas de Australia de empaquetado genérico, y esos datos demuestran que las medidas no han sido eficaces. El análisis de los datos sobre las ventas y el consumo reales y los datos de los estudios de seguimiento confirman que las medidas de empaquetado genérico no han hecho contribución alguna. Estos son los hechos de los que Australia desearía que el Grupo Especial hiciera caso omiso. Honduras considera que no hay fundamento ni en el derecho ni en los hechos que justifique

la sugerencia de Australia de que se prescindiera de estas pruebas y se prefieran las teorías especulativas. Australia no aporta datos empíricos propios para demostrar que las medidas de empaquetado genérico contribuyen a reducir la prevalencia del tabaquismo o a modificar la conducta tabáquica. No ha refutado los elementos de prueba presentados por Honduras y los reclamantes que demostraban sin lugar a dudas que las medidas han fracasado.

113. Las pruebas aportadas por Honduras demuestran que las medidas de empaquetado genérico no contribuyen al objetivo de Australia. El enfoque adoptado en las pruebas presentadas por Honduras se ajusta a la jurisprudencia establecida de la OMC y no compromete la libertad de los Miembros para establecer normas a fin de proteger la salud. Ante estas pruebas incontestables, Australia ha recurrido al argumento de que hace falta más tiempo para observar una repercusión. Sin embargo, esta respuesta es inadecuada. Los estudios de los que se ha valido Australia en el presente procedimiento indican que el empaquetado genérico tendría un efecto de impacto inmediato. Ese efecto supuestamente se traduciría en un aumento de los intentos de abandono del tabaco y una reducción del inicio de su consumo. Evidentemente, ello no ha sucedido. En vista de que ese efecto inmediato no se ha producido, Australia ahora aduce que el efecto de las medidas de empaquetado genérico solo se manifestará en el largo plazo. Este argumento no solo carece de fundamento en los hechos, sino que además es contrario al sentido común. Un resultado más probable, congruente con lo que los expertos han afirmado respecto de otras políticas de control del tabaco, es que el empaquetado genérico sea más eficaz (en su caso) inmediatamente después de su adopción. Cabe esperar que cualquier repercusión que pudiera tener una intervención normativa como el empaquetado genérico se diluya con el tiempo como consecuencia de la exposición repetida de los consumidores al nuevo empaquetado. De hecho, como se ha señalado anteriormente, los investigadores ya observan ese efecto de desgaste previsto respecto de las medidas de empaquetado genérico en Australia. Por consiguiente, en vista de las pruebas de que hasta ahora el empaquetado genérico no ha dado lugar a una reducción del consumo de tabaco en la práctica y teniendo en cuenta ese efecto de desgaste, la afirmación de Australia según la cual el empaquetado genérico producirá efectos en la conducta tabáquica en algún momento indeterminado en el futuro, cuando en los primeros tres años de vigencia no ha surtido ningún efecto, es totalmente especulativa e insostenible.

114. Por todos los motivos expuestos *supra*, Honduras solicita al Grupo Especial que constate que las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con las siguientes disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC:

- el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque las medidas de empaquetado genérico son exigencias especiales que complican injustificablemente el uso de las marcas de fábrica o de comercio relacionadas con el tabaco en el curso de operaciones comerciales;
- el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque esas medidas impiden que el titular de una marca de fábrica o de comercio relacionada con el tabaco registrada goce de los derechos exclusivos conferidos por la marca -a saber, el derecho a que se prohíba el uso no autorizado de una marca de fábrica o de comercio por terceros- y no están justificadas al amparo del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC;
- el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque la naturaleza del producto al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse -es decir, los productos de tabaco- es un obstáculo para el registro de las marcas de fábrica o de comercio que no sean intrínsecamente distintivas en Australia;
- el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que incorpora disposiciones del Convenio de París, en particular, el artículo 6*quinquies* de dicho Convenio, 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; y el artículo 10*bis* del Convenio de París, porque: a) las medidas de 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; y b) las medidas de empaquetado genérico exigen a los productores que formulen "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";

- el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque las medidas de empaquetado genérico reducen la protección de las indicaciones geográficas que existía en Australia inmediatamente antes del 1º de enero de 1995; y
- el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque Australia no arbitra los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir, en relación con las indicaciones geográficas, una utilización que constituya un acto de competencia desleal en el marco del párrafo 3) 3 del artículo 10*bis* del Convenio de París.

115. Las medidas de empaquetado genérico también son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, puesto que restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo de Australia de reducir la prevalencia del tabaquismo, teniendo en cuenta los riesgos de no alcanzarlo.

116. Honduras solicita al Grupo Especial que recomiende, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que el OSD solicite a Australia que ponga las medidas en litigio en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC.

## ANEXO B-2

### RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

#### I. INTRODUCCIÓN

1. Hace más de 3 años, el 1º de diciembre de 2012, Australia implementó medidas radicales para eliminar la diferenciación entre productos de tabaco prohibiendo todas las características de dibujos (incluidas las de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas) en el empaquetado de tabaco destinado al comercio minorista y en los propios productos de tabaco. Australia alegó que estas características inducen a fumar y que, al prohibirlas, se reduciría el tabaquismo en Australia.

2. En el curso del presente procedimiento, la República Dominicana y sus expertos han mostrado que esta premisa es fundamentalmente errónea. La totalidad de las pruebas, desde las pruebas posteriores a la implementación hasta las pruebas predictivas, muestra que estas medidas de empaquetado genérico no contribuyen, ni contribuirán, a su objetivo de reducir el tabaquismo en Australia. Las medidas solo sirven para negar las oportunidades de competencia que corresponden a los interlocutores comerciales de Australia y menoscabar el sistema del comercio internacional que Australia se ha comprometido a respetar como Miembro de la OMC.

3. Muchos países en desarrollo rechazaban -si bien acabaron por aceptar- las protecciones jurídicas en materia de propiedad intelectual que las naciones desarrolladas exigían en las negociaciones de la Ronda Uruguay, al dudar de los beneficios que los derechos de propiedad intelectual podrían aportar a sus economías. Sin embargo, ahora que la propia República Dominicana ha dejado de ser un exportador de hojas de tabaco sin elaborar para transformarse en el primer productor y exportador mundial de puros de marca de primera calidad, la protección de las marcas e indicaciones geográficas ha adquirido una importancia considerable para sus exportaciones. Sin embargo, mediante las medidas de empaquetado genérico, Australia abandona efectivamente las normas que Australia y otras naciones desarrolladas exigieron. Las medidas de empaquetado genérico pretenden, mediante un marco legislativo, despojar a las marcas de sus funciones básicas y eliminar las indicaciones geográficas relacionadas con el tabaco, lo que privará de sentido a las protecciones conferidas a las marcas y a las indicaciones geográficas incluidas en el *Acuerdo sobre los ADPIC*, sin aportar ningún beneficio a la salud pública.

4. La República Dominicana apoya plenamente el derecho de un Miembro de la OMC de adoptar medidas de salud pública eficaces. En el presente procedimiento, la República Dominicana ha mostrado que Australia podría sustituir las medidas de empaquetado genérico ineficaces por medidas de control del tabaco que sean a la vez efectivas y compatibles con las obligaciones contraídas por Australia en virtud del *Acuerdo sobre los ADPIC* y el *Acuerdo OTC*.

#### II. ALEGACIONES Y ARGUMENTOS JURÍDICOS

##### A. Alegaciones jurídicas al amparo del *Acuerdo sobre los ADPIC*

##### 1. Las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo 4 del artículo 15<sup>1</sup>

5. El párrafo 4 del artículo 15 del *Acuerdo sobre los ADPIC* establece que "[l]a 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". Por tanto, en la medida en que un Miembro de la OMC impone obstáculos o impedimentos al registro de una marca debido a la calidad o constitución esencial del bien o servicio con el que un signo está vinculado, infringe el párrafo 4 del artículo 15.

---

<sup>1</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.E; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, sección III.A; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 172 y 195 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 172 del Grupo Especial.

6. Con arreglo a las medidas de empaquetado genérico, queda prohibido o restringido en gran medida el uso de todo signo en los productos de tabaco. En esta situación, no se da la oportunidad de que un signo que no sea intrínsecamente distintivo respecto de los productos de tabaco obtenga el carácter distintivo mediante su uso y, en consecuencia, no existe la posibilidad de registrar dicho signo como marca para productos de tabaco. El impedimento de registrar estos signos como marcas en Australia es debido a la naturaleza de los productos con los que está vinculado el signo, es decir, los productos de tabaco. Esto supone una infracción del párrafo 4 del artículo 15.

7. Australia incurre en error cuando afirma que los signos que no son intrínsecamente distintivos no son "marcas de fábrica o de comercio" y, por tanto, dichos signos no están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo 15. De hecho, el párrafo 1 del artículo 15 define "marca de fábrica o de comercio" como signo que sea "*capa*[z] de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas"<sup>2</sup>, y el argumento de Australia interpreta de forma inadmisiblemente el término "capaz" en el sentido de que se excluye de dicha definición. En la sección B del artículo 6*quinquies* del *Convenio de París*, se ofrece el contexto pertinente, que aclara que el término "marca de fábrica o de comercio" abarca los signos que no son intrínsecamente distintivos y que no han adquirido carácter distintivo mediante su uso.

8. Australia aduce que, si se acepta, la interpretación por la República Dominicana del párrafo 4 del artículo 15 exigiría que los Miembros garantizaran el derecho de vender y publicitar productos en su territorio, con independencia de la naturaleza de dichos productos. Esto no es correcto. La República Dominicana ha explicado que las restricciones a la disponibilidad o al comercio de un bien o servicio se regulan mediante, entre otros, el GATT de 1994 o el AGCS, no mediante las disposiciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio del *Acuerdo sobre los ADPIC*.

## **2. Las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16<sup>3</sup>**

9. El párrafo 1 del artículo 16 del *Acuerdo sobre los ADPIC* exige que los Miembros de la OMC aseguren a los titulares de una marca: i) el derecho exclusivo de impedir a todos ii) el uso no autorizado iii) en el curso de operaciones comerciales de iv) signos idénticos o similares, v) para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, vi) cuando ese uso dé probabilidad de confusión.

10. Al prohibir o restringir el uso de marcas respecto de los productos de tabaco, las medidas de empaquetado genérico reducen o eliminan, según las circunstancias, el carácter distintivo y el reconocimiento de dichas marcas. Esto interrumpe la conexión para los consumidores entre la marca y el producto para el que se ha registrado, por lo que es prácticamente imposible que el titular de una marca demuestre que el uso no autorizado de una marca idéntica o similar en bienes similares da lugar a probabilidad de confusión. En consecuencia, la capacidad del titular de la marca de ejercer los derechos exclusivos que garantiza el párrafo 1 del artículo 16 se reduce o incluso se elimina, como resultado de las medidas de empaquetado genérico.

11. Australia responde caracterizando erróneamente el argumento de la República Dominicana diciendo que afirma que el párrafo 1 del artículo 16 exige a los Miembros que garanticen un "derecho de uso" de las marcas de fábrica o de comercio.<sup>4</sup> Más generalmente, la respuesta habitual de Australia a las alegaciones planteadas por la República Dominicana al amparo del *Acuerdo sobre los ADPIC* es que dichas alegaciones se basan en la tesis de que el *Acuerdo sobre los ADPIC* otorga un "derecho de uso" de las marcas (y las indicaciones geográficas). Australia, por tanto, crea un "argumento endeble" que procede a desmontar. La República Dominicana nunca ha afirmado que el *Acuerdo sobre los ADPIC* conceda un "derecho" de uso. Más bien, la República Dominicana, como la mayoría de los terceros, entiende que el "uso" está presente en las

<sup>2</sup> Las cursivas no figuran en el original.

<sup>3</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.F; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, sección III.B; declaración final de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 21; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 29, 30, 32, 94, 95, 96 y 172 del Grupo Especial; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a las preguntas 172 y 185 del Grupo Especial.

<sup>4</sup> Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 315.

disposiciones del *Acuerdo sobre los ADPIC* relativas a la protección de las marcas e indicaciones geográficas. Es incontestable que la función básica de una marca es distinguir bienes y servicios en el curso de operaciones comerciales. La consecución de esta función básica crea oportunidades de competencia respecto de los bienes y servicios, y es la finalidad misma de la protección internacional de las marcas. A menos que una marca se utilice para bienes y servicios en el curso de operaciones comerciales, simplemente no puede lograr su función básica.

12. Al centrarse erróneamente en el argumento del "derecho de uso", Australia no aborda el fondo del argumento real de la República Dominicana, que trata de la incapacidad de *hacer cumplir* los derechos en materia de marcas que se protegen en el párrafo 1 del artículo 16.

### **3. Las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 16<sup>5</sup>**

13. En su calidad de tercero en los asuntos DS458 y DS467, la República Dominicana ha explicado que para adquirir y mantener la condición de "notoriamente conocida" respecto de una marca y, por consiguiente, disfrutar de las protecciones adicionales previstas en el párrafo 3 del artículo 16 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, los consumidores deben conocer y reconocer la marca.

14. Las medidas de empaquetado genérico infringen el 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 (es decir, derechos que son superiores y van más allá de los que confiere el párrafo 1 del artículo 16) antes de la imposición del empaquetado genérico; y ii) imposibilitan que ninguna otra 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. Por tanto, debido a las medidas de empaquetado genérico, las marcas no pueden adquirir ni mantener el nivel de reconocimiento esencial para obtener la condición de "notoriamente conocida".

### **4. Las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el artículo 10bis del Convenio de París<sup>6</sup>**

15. Las obligaciones previstas en el artículo 10bis del *Convenio de París* se han incorporado en el *Acuerdo sobre los ADPIC* mediante el párrafo 1 del artículo 2. El párrafo 1) del artículo 10bis establece una obligación general de asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal. A su vez, el párrafo 3) del artículo 10bis exige a los Miembros que prohíban tres tipos específicos de actos privados de competencia desleal, en particular, con arreglo al apartado iii) del párrafo 3) del artículo 10bis, 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".

16. Las medidas de empaquetado genérico obligan a los competidores a presentar sus productos de tabaco de un modo uniforme que impide la diferenciación, y tiene intencionadamente por objeto dar la impresión equivocada de que todas las marcas son iguales y cada una de ellas es "la menos atractiva" y la de "peor calidad". En realidad, hay variaciones significativas en cuanto a la calidad y las características del tabaco empleado en diferentes marcas de puros y cigarrillos, y, en el caso de los puros en particular, entre los productos elaborados a mano y los manufacturados. De hecho, el próspero desarrollo de una rama de producción de puros de primera calidad en la República Dominicana se basa en la existencia de esas diferencias en la calidad, como reconocen los consumidores y los expertos.

---

<sup>5</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.G; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, sección III.C; declaración final de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 21; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 31 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 172 del Grupo Especial.

<sup>6</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.I; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, sección III.E; declaración final de la República Dominicana en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 22; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22 y 177 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 185 del Grupo Especial.



17. Por tanto, las medidas de empaquetado genérico imponen actos privados que pueden inducir a los consumidores a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación y las características de los productos de tabaco, lo que supone una infracción del apartado iii) del párrafo 3) del artículo 10*bis*. Por tanto, más que impedir la competencia desleal, Australia la impone. La República Dominicana ha mostrado además que no se puede utilizar ninguna otra medida australiana para remediar los actos de competencia desleal que impone la *Ley relativa al Empaquetado Genérico (Ley "PP")*.

18. En respuesta a los argumentos de Australia, la República Dominicana ha aclarado que no sostiene que las medidas de empaquetado genérico sean en *sí mismas* "actos" de competencia desleal. Más bien, la República Dominicana ha explicado cómo, a consecuencia de las medidas de empaquetado genérico, Australia impone *actos privados* de competencia desleal en la *presentación* de productos de tabaco a los consumidores y, por tanto, no asegura una protección eficaz contra esa competencia desleal. Además, la República Dominicana ha explicado que, en virtud de los párrafos 1) y 3) del artículo 10*bis*, la intención del operador comercial no es pertinente para la cuestión de si su medida entraña competencia desleal, y la afirmación de Australia en sentido contrario es errónea.

19. Con respecto al apartado iii) del párrafo 3) del artículo 10*bis*, y en respuesta a la interpretación erróneamente restrictiva que hace Australia de la expresión "en el curso de operaciones comerciales", la República Dominicana ha demostrado que esta expresión se refiere a actividades comerciales en general, más que a un período que culmina en el punto de venta de un producto específico al consumidor.

#### **5. Las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo 2 b) del artículo 22<sup>7</sup>**

20. El párrafo 2 b) del artículo 22 del *Acuerdo sobre los ADPIC* regula los actos de competencia desleal, en el sentido del artículo 10*bis* del *Convenio de París*, respecto de las indicaciones geográficas, y establece una obligación de arbitrar los medios legales para que las partes interesadas impidan esos actos. Los actos de competencia desleal incluyen los actos que menoscaban la comprensión por los consumidores de las cualidades, la reputación u otras características que se esperan de un bien procedente de un origen particular. El párrafo 2 b) del artículo 22 abarca cualesquiera tipos de indicaciones, designaciones o presentaciones.

21. Como consecuencia de las medidas de empaquetado genérico, los productores no pueden indicar el origen geográfico del producto de forma que vincule el origen con las cualidades del producto, por lo que se limita la información al consumidor. Además, la presentación obligatoria de los puros sin indicación geográfica sirve para inducir a error a los consumidores. Se inducirá en general a los consumidores a creer erróneamente que el origen geográfico del producto no incide en la calidad o características de los productos.

22. Con arreglo a las medidas de empaquetado genérico, los fabricantes de puros dominicanos y cubanos de primera calidad que cumplen las exigencias locales relativas al uso de las indicaciones geográficas "Cigarro Dominicano" o "Habanos" están limitados en Australia a identificar simplemente sus productos como que han sido fabricados en la República Dominicana o en Cuba. Esta es la misma forma en la que *cada uno* de los puros fabricados en la República Dominicana y en Cuba se identifica como producto de ese país, *con independencia de la calidad u otras características*. Por tanto, al exigir que todos los productores de puros identifiquen sus productos solo respecto del país de fabricación, y no respecto de los elementos adicionales conexos a las indicaciones geográficas, las medidas de empaquetado genérico imponen el uso de indicaciones que pueden, entre otras cosas, inducir a error sobre las distintas características de distintos productos procedentes del mismo país.

23. En resumen, mediante el uso obligatorio del empaquetado genérico y la prohibición del uso de indicaciones geográficas, los competidores están obligados a utilizar "indicaciones o aseveraciones ... [que] en el ejercicio del comercio pu[eden] inducir al público a error sobre la

<sup>7</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.J; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, sección, III.F; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 44, 45, 47, 49, 50, 54, 87, 174, 177 y 178 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 175 del Grupo Especial.

naturaleza ... [o] las características" de los productos de tabaco, en el sentido del apartado iii) del párrafo 3) del artículo 10*bis* del *Convenio de París*. Por consiguiente, al infringir el párrafo 2 b) del artículo 22 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, Australia no "arbitra[ ] los medios legales para que las partes interesadas" impidan usos de designaciones o presentaciones en el empaquetado que constituyan tal acto de competencia desleal.

## **6. Las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 24<sup>8</sup>**

24. El párrafo 3 del artículo 24 del *Acuerdo sobre los ADPIC* prevé que "[a] 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", es decir, el 1º de enero de 1995 en el caso de Australia. Las obligaciones que el párrafo 3 del artículo 24 impone a un Miembro se aplican a las medidas que este adopte para dar efecto a los artículos 22 a 24 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, así como a todos los actos u omisiones por los que un Miembro no les dé efecto, total o parcialmente.

25. El párrafo 3 del artículo 24 es una disposición de *statu quo* respecto del *sistema* de protección de las indicaciones geográficas que existía en el momento pertinente, confirmado en las versiones española y francesa. En la nota 3 del *Acuerdo sobre los ADPIC* se proporciona contexto que aclara que la palabra "protección" incluye "aspectos relativos a la ... adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual". Por tanto, el sistema pertinente de "protección" incluye, cuando sea aplicable en un Miembro determinado antes de 1995, la capacidad de las indicaciones de convertirse en indicaciones geográficas (es decir, adquisición) y de mantener y observar su condición de indicación geográfica.

26. Por estos motivos, la afirmación de Australia de que el párrafo 3 del artículo 24 protege solo *indicaciones geográficas* individuales, más que un sistema de protección de indicaciones geográficas, es incompatible con el texto de la disposición y el contexto pertinente. Además, la interpretación de Australia tendría el efecto absurdo de beneficiar a las indicaciones geográficas de países desarrollados, en detrimento de las indicaciones geográficas de los países en desarrollo. Esto es debido a que, en 1995, los países desarrollados hicieron un mayor uso de las indicaciones geográficas que los países en desarrollo. Establecer esta discriminación contra las indicaciones geográficas de los países en desarrollo no puede haber sido la intención de los redactores.

27. Al permitir el uso de las indicaciones geográficas, en el sentido del párrafo 1 del artículo 22, respecto de los productos de tabaco antes de 1995, Australia ofreció un nivel de protección que permitía a las indicaciones la adquisición, el mantenimiento y en última instancia la observancia de su condición de indicación geográfica. No obstante, mediante las medidas de empaquetado genérico, Australia redujo gravemente dicha protección, habida cuenta de que las partes interesadas ya no pueden adquirir, mantener ni observar su condición de indicaciones geográficas como podían antes. Por tanto, las medidas de empaquetado genérico infringen el párrafo 3 del artículo 24.

## **7. Las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el artículo 20<sup>9</sup>**

28. El artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC* protege "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" frente a complicaciones "injustificable[s]" ocasionadas por "exigencias especiales". Al regular las medidas del gobierno que complican el uso de las marcas, el artículo 20 reconoce que el "uso" es esencial para que una marca pueda desempeñar su función básica de distinguir bienes y servicios en el comercio por lo que respecta a su calidad, características y reputación, y asegura el objeto y fin del tratado de proteger las marcas.

---

<sup>8</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.K; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, sección III.G; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 43, 44, 48, 51, 113, 179, 180 y 181 del Grupo Especial.

<sup>9</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.H; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, sección III.D; respuestas de la República Dominicana a las preguntas 38, 39, 99, 167 y 169 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre las respuestas de Australia a las preguntas 166 y 170 del Grupo Especial; primera declaración oral de la República Dominicana, párrafos 9-11; segunda declaración oral de la República Dominicana, párrafos 6-11.

- a. *El uso de las marcas de fábrica o de comercio se "complica[ ] ... con exigencias especiales" impuestas con arreglo a las medidas de empaquetado genérico*<sup>10</sup>

29. El artículo 20 se aplica a las medidas que "complica[n] ... con exigencias especiales". Una "exigencia especial" es una condición que impone un gobierno (la "exigencia") que es "inusual" o "fuera de lo corriente" ("especial"), porque o bien: prescribe el "uso" de una marca de una forma que se aparta del trato usual de una marca; o se aplica a marcas que se utilizan en conexión con un bien o un servicio determinado; o por ambos motivos.<sup>11</sup> Las "exigencias especiales" regulan *directamente* el propio uso de una marca y deben distinguirse de las exigencias que *incidentalmente* afectan al uso de las marcas mediante, por ejemplo, la regulación de un bien o un servicio que lleva una marca.<sup>12</sup>

30. El verbo "complicar" significa "obstaculizar ... cargar", "actuar como una ... restricción" u "obstruir"<sup>13</sup>, y se refiere al *efecto* que una "exigencia especial" tiene en "el uso de una marca de fábrica o de comercio". Las complicaciones, por tanto, deben tener el *efecto* de obstaculizar u obstruir la capacidad de utilizar una marca como se ha registrado (o, si no se ha registrado, como de otra forma la utilizaría el titular). Si una "exigencia especial" tiene el efecto de "complicar[ ]" el uso de una marca, debe ser justificable.

31. Pese a que las partes están de acuerdo en el significado de estas palabras, siguen en desacuerdo sobre si el artículo 20 abarca i) solo determinadas complicaciones que afectan al uso de las marcas y ii) "prohibiciones" de uso.

32. *Primero*, Australia afirma que el artículo 20 se aplica solo a determinadas complicaciones que afectan al uso de las marcas, a saber, las que impiden que se distinga el origen comercial de un bien o un servicio. En opinión de Australia, puesto que solo las marcas denominativas son "necesarias"<sup>14</sup> para distinguir el origen comercial, el uso de características de diseño de una marca como parte de las marcas figurativas y compuestas está efectivamente excluido del artículo 20. Australia sostiene que el uso de características de diseño de una marca no es necesario para distinguir el origen comercial. Contrariamente a la posición de Australia, está bien establecido, incluido en la legislación australiana, que las marcas pueden diferenciar el origen comercial de los bienes y servicios por lo que respecta a la calidad, características y reputación. Las características de diseño de una marca están expresamente incluidas como parte de la definición de marca de fábrica o de comercio que figura en el párrafo 1 del artículo 15 y, por tanto, se consideran literalmente parte integrante de la función diferenciadora de las marcas. De conformidad con el artículo 20, si exigencias especiales complican -esto es, obstaculizan, impiden, restringen y obstruyen- el uso de cualquier característica de cualquier marca, la complicación debe ser justificable. No existe fundamento para considerar que el artículo 20 no se aplica a las medidas que interfieren en el uso de las características de diseño de una marca.

33. *Segundo*, Australia afirma que una medida está sujeta al artículo 20 solo si complica "cómo se utiliza una marca ... no si esta se utiliza".<sup>15</sup> Por tanto, en opinión de Australia, el artículo 20 no se aplica a las *prohibiciones* de uso de una marca. La interpretación de Australia no encuentra apoyo en el artículo 20, el cual, nuevamente, solo cuestiona si "[se está] *complicando*]"

<sup>10</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 347-367; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 96-127; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 104, 108 y 172 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 170 del Grupo Especial; primera declaración oral de la República Dominicana, párrafos 13-17; segunda declaración oral de la República Dominicana, párrafos 12-20.

<sup>11</sup> *Oxford English Dictionary* en línea, "requirement, n." ("exigencia, n."), Prueba documental DR-81; *Oxford English Dictionary* en línea, "special, adj." ("especial, adj."), Prueba documental DR-82, "[o]f such a kind as to exceed or excel in some way that which is usual or common; exceptional in character, quality, or degree" ("[d]e tal clase que está por encima o destaca de alguna forma de lo que es usual o común; de carácter, calidad o grado excepcional").

<sup>12</sup> Véase el informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafos 14.273 y 14.278.

<sup>13</sup> Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 347; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 310; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 349; primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 283; primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 272; y primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 329. Véase también el *Oxford English Dictionary* en línea, "encumber, v." ("complicar, v."), Prueba documental DR-83.

<sup>14</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 129 y 130.

<sup>15</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 48 (las cursivas figuran en el original).

*el uso* de una marca de fábrica o de comercio". Una prohibición claramente complica el uso de una marca. Además, cada uno de los ejemplos que figura en el artículo 20 describe una complicación que menoscaba la "capacidad de [un]a marca para distinguir" los bienes o servicios en el comercio: una prohibición es el ejemplo más extremo de interferencia en esta función.

34. Si se aplica la interpretación jurídica adecuada, las medidas de empaquetado genérico "complican" gravemente tres grupos diferentes de marcas en el empaquetado y los productos de tabaco. En particular: i) las marcas denominativas deben aparecer en un formato estandarizado y, en el caso de los cigarrillos, están totalmente prohibidas; ii) los componentes denominativos de las marcas compuestas deben aparecer en un formato estandarizado y los componentes figurativos de las marcas compuestas están totalmente prohibidos; y iii) las marcas figurativas están totalmente prohibidas.<sup>16</sup>

*b. Las medidas de empaquetado genérico complican el uso de las marcas de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales"*<sup>17</sup>

35. Como se ha analizado *supra*, el "curso de operaciones comerciales" incluye el uso de las marcas como parte de la venta comercial de bienes e incluye el uso de las marcas en el empaquetado destinado al comercio minorista y en el propio bien.

36. Australia pretende limitar el ámbito de aplicación del artículo 20 aduciendo que, si una marca no se ve hasta *después* de una venta, no se "utiliza" en el "curso de operaciones comerciales". En opinión de Australia, las prohibiciones sobre el punto de venta en Australia excluyen las medidas de empaquetado genérico del ámbito de aplicación del artículo 20. El argumento de Australia es indebidamente restrictivo. No es necesario que el empaquetado destinado al comercio minorista de bienes de consumo se vea en el estante de la tienda para que el uso de una marca en el empaquetado forme parte del curso de operaciones comerciales. Esto significaría que las compras realizadas a distancia, en las que los bienes no se ven antes de la compra, no forman parte del curso de operaciones comerciales. Las marcas se aplican al empaquetado destinado al comercio minorista y a los bienes como parte integrante de una venta comercial, y el uso de una marca en el empaquetado es una parte habitual del curso de operaciones comerciales.

37. Aunque el Grupo Especial aceptara la interpretación errónea de Australia, debería concluir igualmente que las medidas de empaquetado genérico complican el uso "en el curso de operaciones comerciales" porque i) de conformidad con una excepción prevista en la prohibición de exponer productos en el punto de venta, las tiendas especializadas en tabaco de los estados de Victoria y Australia Occidental no están sujetas a la prohibición de exponer productos; y ii) incluso donde estas prohibiciones están vigentes en Australia, el consumidor puede ver e inspeccionar el producto, y su empaquetado, *antes* de que la transacción se complete.

*c. La palabra "injustificablemente" impone un criterio multifactorial*<sup>18</sup>

38. Según el significado del diccionario, una complicación es "injustificable" si no es racional, razonable, adecuada, defendible o está aprobada.<sup>19</sup> Leído a la luz de su contexto, y el objeto y fin del artículo 20, la "justificabilidad" de una complicación debe evaluarse sobre la base de cinco factores: 1) la naturaleza y el alcance de la complicación; 2) la importancia del objetivo perseguido; 3) las características de determinadas marcas que se considera que inducen a error o

<sup>16</sup> Una marca denominativa se compone simplemente de una palabra determinada sin características de diseño que formen parte de la marca registrada; una marca compuesta -o combinada- es una combinación de marcas denominativas y figurativas. Las marcas compuestas incluyen marcas denominativas sin más a las que se ha aplicado un estilo (por ejemplo, un nombre comercial con una tipografía particular), así como marcas denominativas a las que se ha aplicado un estilo que incluyen otras características de diseño; una marca figurativa se compone exclusivamente de componentes de imágenes, como colores, diseños y elementos figurativos.

<sup>17</sup> Véanse la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 128-141; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 87 del Grupo Especial; primera declaración oral de la República Dominicana, párrafos 18-20.

<sup>18</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección VI.H; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 142-153; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial.

<sup>19</sup> Véase la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 379.

que de otra manera inducen a fumar; y 4) la conexión entre el objetivo y la complicación, incluida i) hasta qué punto la medida contribuye a su objetivo y ii) si una medida alternativa contribuiría del mismo modo al objetivo con un grado menor de complicación.

39. Para elaborar esta tesis, la República Dominicana ha tenido en cuenta *los intereses que el artículo 20 pretende proteger* y su *objetivo*.<sup>20</sup> El *interés* particular que se protege con arreglo al artículo 20 es "[e]l uso de las marcas 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 desempeñar su función básica de distinguir bienes o servicios, sin perjudicar la capacidad de un Miembro de lograr otros objetivos legítimos. Esta interpretación refleja la importancia que atribuyeron los redactores a la protección del uso de una marca, para que pueda desempeñar su función básica de distinguir bienes sobre la base de sus cualidades, reputación y características.

*i. La naturaleza y el alcance de la complicación del uso*<sup>21</sup>

40. Para reflejar la disciplina expresa sobre el "uso" de una marca, un grupo especial debe determinar la naturaleza y el alcance de la interferencia en el uso, y la consecuencia en la capacidad de la marca de desempeñar su función básica. La naturaleza y el alcance de la complicación definen el perjuicio, que se ocasiona en el interés protegido en el tratado (es decir, "el uso de una marca de fábrica o de comercio"), que debe ser justificable de conformidad con el artículo 20. Por ejemplo, como se analiza *infra*, la naturaleza de la complicación puede exigir una evaluación individual de las características específicas de una marca que motivan la decisión de un Miembro de interferir en el uso. Otro ejemplo sería que una complicación mínima del uso sería más fácilmente justificable que una complicación grave.

41. Como se explica en el párrafo 34 *supra*, las medidas de empaquetado genérico imponen complicaciones *graves* sobre tres categorías diferentes de marcas. La contribución de las medidas de empaquetado genérico a la reducción del tabaquismo debe ser, por tanto, proporcional al alcance de las complicaciones graves, tanto en cuanto a la probabilidad de que la contribución se materialice como al alcance de la contribución.

*ii. El objetivo perseguido*<sup>22</sup>

42. Respecto del segundo factor, las partes están de acuerdo en que una complicación debe perseguir un objetivo legítimo para ser justificable. El Artículo 3(1)(a) de la *Ley PP* establece que el objetivo de las medidas de empaquetado genérico es reducir el número de personas que fuma -mediante una disminución de los inicios al hábito, un aumento de los abandonos y una disminución de las recaídas- y reducir la exposición al humo del tabaco. El Artículo 3(2) de la *Ley PP* establece los *medios* para lograr el objetivo, a saber: i) reducir el atractivo de los productos del tabaco; ii) aumentar la efectividad de las advertencias sanitarias gráficas; y iii) reducir la posibilidad de que el empaquetado destinado al comercio minorista induzca a los consumidores a error sobre los efectos perjudiciales del tabaco.

43. El Artículo 3(1)(b) de la *Ley PP* añade un segundo objetivo, a saber, aplicar determinadas "obligaciones" contraídas por Australia como parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco ("CMCT"). No obstante, el CMCT no "obliga" a los Miembros a adoptar el empaquetado genérico. Además, no es "legítimo" que un Miembro invoque una obligación prevista en un acuerdo internacional separado para justificar la imposición de restricciones incompatibles con las normas de la OMC.

<sup>20</sup> Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 17 del Grupo Especial a los terceros, párrafo 102.

<sup>21</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 418 y 419; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 181-204; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 64 y 108 del Grupo Especial; segunda declaración oral de la República Dominicana, párrafos 21-26.

<sup>22</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 420-425; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 271-288; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial; primera declaración oral de la República Dominicana, párrafos 38-43.



*iii. La naturaleza individualizada de las marcas y su protección*<sup>23</sup>

44. El tercer factor refleja la naturaleza individual de las marcas y su protección, tanto en el *Acuerdo sobre los ADPIC* como en el *Convenio de París*. Todos los aspectos relativos a la reglamentación de las marcas -registro<sup>24</sup>, protección<sup>25</sup>, invalidación<sup>26</sup>- se llevan a cabo sobre la base de procesos individualizados que analizan las características específicas de una marca. En su orientación autorizada sobre el *Convenio de París*, Bodenhausen explica que, al evaluar el registro y la invalidación, cada marca debe analizarse "en función de sus propias circunstancias".<sup>27</sup> Análogamente, cuando un Miembro interfiere en el uso de una marca para abordar los efectos supuestamente perjudiciales de las características de dicha marca -en este caso, inducir a fumar- debe analizar la marca "en función de sus propias circunstancias".<sup>28</sup> Las características de diseño de cada marca son únicas y las complicaciones que impone Australia se refieren a consideraciones que *varían de marca individual a marca individual*; algunas características de diseño de algunas marcas pueden suscitar en Australia preocupaciones en materia de reglamentación, mientras que otras no.

45. No se puede permitir a un Miembro utilizar una decisión sobre el uso de una marca para eludir las prescripciones habituales relativas al análisis individual que se aplican a las decisiones sobre la *invalidación* de esa marca. Si un Miembro mantiene actualmente el registro de una marca -y, "en función de sus propias circunstancias", no ha invalidado la marca sobre la base de que es engañosa o es de otro modo contraria a la moralidad- el Miembro no puede, al amparo del artículo 20, negar el uso de la marca debido a sus características, a menos que también analice la marca "en función de sus propias circunstancias".

46. Asimismo, Australia admite que nunca intentó identificar qué características de diseño de qué marcas son problemáticas. Por tanto, Australia acepta que adoptó una medida que era, por diseño, un "mazazo" normativo. Australia justifica sus medidas sobre la base de que i) las marcas afectadas tienen en común que todas se aplican a productos de tabaco<sup>29</sup>; y ii) existe la *posibilidad* de que sus características puedan ser atractivas o engañosas.<sup>30</sup> Sin embargo, ninguno de estos argumentos excusa el hecho de que Australia no haya realizado una evaluación individual. El primer argumento vincula las características de un producto perjudicial con las de la marca. El mero hecho de que una marca se aplique a un producto perjudicial no significa que las características de la marca sean perjudiciales o engañosas. En cuanto al segundo argumento, como Australia admite sin problemas, *no* todas las características de diseño de todas las marcas de productos de tabaco sirven para hacer que los productos de tabaco sean más atractivos para los consumidores. El recurso a la *posibilidad abstracta* de que las características de algunas marcas pudieran suscitar preocupaciones no es una conducta "justificable" por parte del regulador.

47. Por último, Australia aduce que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Indicaciones geográficas (Estados Unidos)* rechazó la necesidad de realizar una "evaluación individualizada" con arreglo al artículo 17 del *Acuerdo sobre los ADPIC*. Si bien ese Grupo Especial constató que no *siempre* es necesaria una evaluación caso por caso con arreglo al artículo 17, *no* constató que no fuese *nunca* necesaria una evaluación caso por caso. Por el contrario, al abordar los hechos pertinentes en el marco del artículo 17, el Grupo Especial se basó en el hecho de que el Miembro regulador había llevado a cabo una evaluación individual y, por tanto, se habían respetado los intereses legítimos del titular de la marca.<sup>31</sup>

<sup>23</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 394-415; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 205-267; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 93 y 108 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 1 de la República Dominicana; primera declaración oral de la República Dominicana, párrafos 27-36.

<sup>24</sup> *Acuerdo sobre los ADPIC*, artículo 15.

<sup>25</sup> *Acuerdo sobre los ADPIC*, artículo 16.

<sup>26</sup> Véase por ejemplo, la sección B del artículo 6quinquies del *Convenio de París*.

<sup>27</sup> Véase Bodenhausen (1969), Prueba documental DR-79, páginas 115-118.

<sup>28</sup> Véase también Bodenhausen (1969), Prueba documental DR-79, páginas 115-118.

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 414.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 411.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *CE - Indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafos 7.673 y siguientes.

*iv. El "vínculo" o conexión entre la complicación y el objetivo*<sup>32</sup>

48. Todas las partes -incluida Australia- aceptan que debe haber un "vínculo" o conexión entre la complicación y el objetivo. El desacuerdo entre las partes radica en la naturaleza y el alcance de la conexión necesaria. En opinión de Australia, una complicación es "injustificable" solo si "no existe una conexión racional" entre la complicación y el objetivo. No obstante, este criterio propuesto no agota todas las circunstancias en las que una complicación es injustificable. Más bien, a la determinación de si existe un vínculo "suficiente" debe preceder una evaluación de: a) en qué medida contribuye la complicación al objetivo; y, en caso de que exista contribución, b) si existen medidas alternativas disponibles que hagan una contribución equivalente (o mayor) al objetivo al tiempo que imponen una complicación menor al uso de la marca.

49. La inclusión de ambos factores al analizar si existe un "vínculo" está avalada por una interpretación adecuada del artículo 20. Primero, para justificar un perjuicio en la función básica de una marca, una complicación del uso debe contribuir realmente al logro del objetivo legítimo contemplado. De otro modo, no hay una base válida para interferir en el uso de la marca de forma que se menoscabe o frustre la función básica de la marca prevista en el tratado.<sup>33</sup> Segundo, el artículo 20 exige que un Miembro dé efecto al interés del tratado que ha acordado proteger (es decir, el uso de la marca), en la medida de lo posible, *sin* perjudicar la capacidad de un Miembro de contribuir al logro de otros objetivos, como la salud pública. Así, si existe una alternativa disponible que permita tanto el uso de la marca en mayor medida como hacer una contribución equivalente al logro del otro objetivo, el Miembro debe optar por dicha alternativa. Esto significa que el interés expresamente protegido de usar la marca y el logro de otro objetivo legítimo se concilian de una forma justificable, defendible y racional. La marca se puede utilizar en la medida de lo posible, al tiempo que se acomoda el deber del Miembro de contribuir a otro objetivo legítimo en la misma medida. Dicho de otro modo, interferir en el uso de una marca no es justificable si una medida alternativa puede lograr el objetivo deseado causando menos o ningún daño al uso de la marca.

50. Australia desestima el examen tanto de la contribución como de las medidas alternativas porque estos factores forman parte de un análisis de "necesidad". En opinión de Australia, el criterio de ser "justificable" debe interpretarse en "*contraposición*" con el criterio de "necesidad". Australia admite que "[e]n la mayoría de los casos, habrá un conjunto de posibles medidas" que podrían utilizarse. No obstante, en opinión de Australia, es justificable (racional, razonable, adecuado, defendible o está aprobado) que un Miembro adopte una medida que ocasione el mayor daño a la capacidad de una marca de desempeñar la función básica prevista en el tratado sin siquiera considerar alternativas.

51. La República Dominicana discrepa. El intérprete del tratado no puede partir de un argumento contextual que se basa en la presunción de que la palabra "injustificable" debe interpretarse en *oposición* ("contraposición") a la palabra "innecesario" y, por ese motivo, excluir arbitrariamente algunos elementos de un criterio de necesidad. El ejercicio interpretativo empieza por el sentido de la palabra que realmente se utiliza: "injustificable", en el presente asunto. Centrada en crear una oposición contextual a un criterio de necesidad, Australia no confiere a la palabra "injustificable" su sentido corriente y no explica por qué la palabra "injustificable" excluye un examen de la contribución y las alternativas. Australia y la República Dominicana están de acuerdo en que la palabra "injustificable" debe entenderse a la luz del contexto del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994, que se refiere a una discriminación "arbitraria o injustificable". En *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación constató que la palabra "injustificable" que figura en el preámbulo permite un análisis de una amplia gama de factores.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 425-427; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 289-294; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial; primera declaración oral de la República Dominicana, párrafos 44-56.

<sup>33</sup> Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 87; declaración presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 16 y 17; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 19 del Grupo Especial a los terceros, párrafo 89; respuesta de Nicaragua a la pregunta 19 del Grupo Especial a los terceros; respuesta de Singapur a la pregunta 19 del Grupo Especial a los terceros, primer punto; respuesta de Taiwán a la pregunta 17 del Grupo Especial a los terceros; respuesta del Uruguay a la pregunta 19 del Grupo Especial a los terceros.

<sup>34</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306.

En otros asuntos, el criterio incluyó el análisis de *medidas alternativas*.<sup>35</sup> Citando la jurisprudencia anterior de *Estados Unidos - Gasolina*<sup>36</sup> y *Estados Unidos - Camarones*<sup>37</sup>, el Grupo Especial que se ocupó de *China - Tierras raras* constató que la "discriminación ... puede ser arbitraria o injustificable en casos en que es evitable y previsible [esto es] cuando existan medidas alternativas que hubieran evitado o al menos reducido el trato discriminatorio".<sup>38</sup> En el preámbulo, la expresión "arbitraria o injustificable" representa una pequeña parte de la justificación general de una medida incompatible con el GATT; en cambio, en el marco del artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, "injustificable" es toda la base sobre la que un grupo especial debe evaluar la justificación de una medida que impone una complicación.<sup>39</sup> En estas circunstancias, la palabra "justificable" en el artículo 20 no puede implicar un criterio menos exigente que la misma palabra que figura en el preámbulo del artículo XX.

1) *Las medidas de empaquetado genérico no contribuyen a reducir el hábito tabáquico*

52. La República Dominicana aborda ahora la aplicación del criterio jurídico de contribución. Las pruebas que constan en la presente diferencia muestran una ausencia de contribución y abarcan desde pronósticos anteriores a la aplicación sobre cómo funcionarían las medidas de empaquetado genérico hasta pruebas posteriores a la aplicación que muestran cómo han funcionado realmente. La totalidad de las pruebas muestran que las medidas de empaquetado genérico no contribuyen, ni contribuirán, a su objetivo de reducir el tabaquismo en Australia. Antes de resumir las pruebas, la República Dominicana destaca los principios que deben aplicarse al evaluar estas pruebas.

a) *Enfoque de las pruebas*<sup>40</sup>

53. Hay un acuerdo sustancial entre las partes sobre cómo debe enfocar el Grupo Especial su evaluación de las pruebas. En particular, parece haber un acuerdo respecto de cuatro principios. *Primero*, las medidas de control del tabaco deben evaluarse rigurosamente, incluidas las pruebas posteriores a la aplicación, idealmente utilizando diferentes tipos de datos y técnicas analíticas, y a la luz de las teorías del comportamiento aceptadas. Este principio está formulado en el *WHO IARC Handbook on Methods for Evaluating Tobacco Control Policies* (Manual de métodos para evaluar las políticas de control del tabaco de la OMC y la CIIC), que reconoce que una política podría no funcionar "cuando se implementa en las condiciones que existen en el mundo real".<sup>41</sup> *Segundo*, esta evaluación debe basarse en la totalidad de las pruebas, que comprende las pruebas anteriores y posteriores a la aplicación. Este principio es contrario a realizar una "selección" entre los conjuntos de datos disponibles, y desde luego una selección dentro de estos conjuntos de datos. *Tercero*, cuando las pruebas anteriores y posteriores a la aplicación señalen direcciones distintas, las pruebas de lo que realmente ha sucedido son más importantes que las predicciones sobre lo que podría suceder. Australia está de acuerdo en que sería "adecuado *desestimar* pruebas relativas al comportamiento predicho si las pruebas relativas al comportamiento real fuesen claramente *inconsistentes* con esas predicciones".<sup>42</sup> Australia y las partes reclamantes, por tanto, se basan en pruebas posteriores a la aplicación como un "control de consistencia" para confirmar o rechazar predicciones. *Cuarto*, en sus respuestas al segundo conjunto de preguntas del Grupo Especial, Australia acepta que ha transcurrido suficiente tiempo para evaluar si las medidas de empaquetado genérico han cambiado el hábito tabáquico.

<sup>35</sup> Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial, párrafos 166 y 167, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 26-28; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 171 e informe del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.354 y nota 549.

<sup>36</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 25.

<sup>37</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 172.

<sup>38</sup> Informe del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.354 (las cursivas figuran en el original; sin cursivas en el original), donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 28 y 29.

<sup>39</sup> Véase la primera declaración oral de la República Dominicana, párrafo 50. Véase también la comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 52.

<sup>40</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 337-376.

<sup>41</sup> Manual de la OMS-CIIC (2008), Prueba documental DOM-368, página 9.

<sup>42</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 205 del Grupo Especial, párrafo 403. (sin cursivas en el original)



54. Pese a este acuerdo, sigue habiendo una esfera importante de desacuerdo: ¿cómo debe el Grupo Especial analizar el valor probatorio de las pruebas científicas? En opinión de Australia, si la *fuerza formal* de la prueba es aceptable, el contenido sustantivo de esta prueba no es criticable y un grupo especial debe aceptarlo como probatorio. La República Dominicana discrepa. Además de la credibilidad de la fuente, los grupos especiales deben evaluar si las pruebas científicas cuentan con "el rigor científico y metodológico necesario".<sup>43</sup> Las pruebas procedentes de una fuente respetada pueden carecer del rigor científico y metodológico necesario, por ejemplo, si sus conclusiones se contradicen con los datos de base.

b) *Examen de las pruebas*

i) *Pruebas posteriores a la aplicación*

55. Una evaluación objetiva de la totalidad de las pruebas posteriores a la aplicación arroja una conclusión inequívoca y sistemática: las medidas de empaquetado genérico no han cambiado ni los antecedentes del hábito tabáquico ni el propio hábito tabáquico. El único efecto en el comportamiento que se ha producido sistemáticamente es el cambio a productos de menor precio por parte de los consumidores de cigarrillos de precio más alto por cigarrillos de precio bajo.

1) *Antecedentes*<sup>44</sup>

56. Australia y sus expertos predijeron que las medidas de empaquetado genérico pondrían en marcha una cadena causal de efectos que provocarían, *mediante* los tres *mecanismos* especificados en la *Ley PP* (atractivo de los productos de tabaco, efectividad de las advertencias sanitarias gráficas y engaño), cambios en los *antecedentes* del tabaquismo al final de la cadena (por ejemplo, creencias, actitudes e intenciones respecto del tabaquismo) y, en última instancia, los cambios de estos antecedentes cambiarían el *hábito tabáquico*. En su primera comunicación, Australia instó al Grupo Especial a que evaluara las medidas de empaquetado genérico a la luz de su repercusión en los antecedentes y alegó que las medidas habían provocado cambios importantes en estos antecedentes.

57. A fin de analizar las afirmaciones de Australia, el Grupo Especial pidió a Australia y a los organismos australianos encargados del control del tabaco, que habían recopilado los datos, que facilitaran los datos de base. Algunos datos se facilitaron; otros, no. Se han facilitado, completa o parcialmente, seis conjuntos de datos: la Encuesta Nacional de Seguimiento del Empaquetado Genérico ("NPPTS"), la Encuesta del ITC, la Encuesta de Seguimiento de Nueva Gales del Sur ("CITTS"), la exhibición de cajetillas por particulares, las llamadas a las líneas telefónicas de ayuda para abandonar el tabaco y datos relativos a los puros. Todos los conjuntos de datos fueron elaborados por los organismos responsables del control del tabaco de Australia y muestran los efectos en el mundo real de las medidas de empaquetado genérico respecto de múltiples variables relacionadas con los mecanismos, los antecedentes al final de la cadena y el tabaquismo real. Pese a la solicitud del Grupo Especial, el Consejo del Cáncer de Victoria ("CCV") y el Consejo del Cáncer de Queensland se negaron a proporcionar una versión anónima de los resultados de una encuesta elaborada sobre la repercusión de las medidas de empaquetado genérico en los jóvenes australianos, la denominada Encuesta Escolar ("SBS").

58. Aplicando un enfoque analítico riguroso y transparente, los expertos de la República Dominicana, los Profesores Icek Ajzen, Ali Hortaçsu, John A. List y Azeem M. Shaikh (Ajzen *et al.*), y el experto de Honduras, el Profesor John Klick, han encontrado resultados coherentes en los seis conjuntos de datos. Estos resultados muestran que las medidas de empaquetado genérico, incluso en combinación con advertencias sanitarias gráficas de mayor tamaño, no han cambiado los antecedentes del hábito tabáquico establecidos y no han cambiado el hábito tabáquico.

<sup>43</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591.

<sup>44</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 388-435. Véanse también el (primer) informe de experto de datos, Prueba documental DOM/IDN-2; segundo informe de experto de datos, DOM/IDN-4; (primer) informe de réplica de experto de datos, Prueba documental DOM/IDN-6; segundo informe de réplica de experto de datos, Prueba documental DOM/IDN-8; respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial, Prueba documental DOM/HND/IDN-6; tercer informe Ajzen, Prueba documental DOM/IDN-5.

59. **Conjunto de datos de la NPPTS.** A fin de evaluar la repercusión en el mundo real de las medidas de empaquetado genérico, Australia encargó una encuesta de la población australiana a gran escala. Los resultados de la NPPTS se evaluaron en varios artículos publicados, en abril de 2015, por el mismo grupo de autores del CCV, en un número especial de la revista *Tobacco Control*. Al tener acceso a estos artículos antes de su publicación, Australia se basó ampliamente en ellos en su primera comunicación en marzo de 2015 para alegar que las medidas de empaquetado genérico funcionan del modo previsto. Australia, nuevamente, se basó en gran medida en estos artículos en su examen nacional posterior a la aplicación ("PIR"), publicado el 26 de febrero de 2016.<sup>45</sup>

60. Tras examinar el conjunto de datos de la NPPTS completo en el procedimiento de la OMC, utilizando el código informático facilitado por los autores de los artículos publicados, Ajzen *et al.* llegaron a una conclusión muy distinta de la de los autores. *Primero*, Ajzen *et al.* concluyeron que los artículos publicados en *Tobacco Control* "presentaban una *imagen inexacta y engañosa* de los resultados [de la NPPTS]".<sup>46</sup> Por ejemplo, en los artículos no se divulgó un gran número de datos, y se omitieron resultados del informe respecto de 28 de 50 variables; el 89% de los resultados no divulgado mostraba que *el empaquetado genérico no tiene efectos*. Además, los mismos autores elaboraron varios artículos sobre el conjunto de datos de la NPPTS, en los que utilizaron técnicas analíticas diferentes, sin ofrecer ninguna explicación. La elección de técnicas diferentes en cada artículo da una impresión exagerada del número de resultados estadísticamente significativos que muestran un efecto del empaquetado genérico. Por ejemplo, Ajzen *et al.* concluyeron que *cada uno* de los resultados en favor del empaquetado genérico divulgados en Durkin *et al.* (2015) *desaparecían* cuando se utilizaba en su lugar el enfoque analítico aplicado en Wakefield *et al.* (2015). Ajzen *et al.* mostraron también que las técnicas utilizadas en Durkin *et al.* (2015) adolecían de deficiencias fundamentales y que cuando *cualquiera* de estas deficiencias se corregía, *todos* los resultados en favor del empaquetado genérico desaparecían.

61. *Segundo*, al analizar la totalidad de los datos de la NPPTS, Ajzen *et al.* "encontraron un patrón de resultados deficientes, que mostraba que la política no ha puesto en marcha la hipotética cadena de efectos para cambiar el hábito tabáquico, postulada por Australia".<sup>47</sup> Incluso respecto de la repercusión en los mecanismos, los resultados fueron decepcionantes. Los cambios aplicados en las cajetillas produjeron efectos surtidos en las variables relativas al atractivo: aunque redujeron el atractivo de la *cajetilla*, los efectos se debilitaban y después desaparecían si uno se centra en el atractivo del *producto* y de la *marca*, y después en el atractivo del *hábito de fumar*. Respecto de la repercusión en las advertencias sanitarias gráficas, aunque las personas percibían más las advertencias sanitarias gráficas ampliadas, no adquirieron un mayor conocimiento de las enfermedades que provocaba el hábito de fumar ni atribuyeron a las advertencias sanitarias gráficas una mayor motivación para abandonar el tabaco. Por último, los cambios aplicados en las cajetillas no generaron ningún efecto sostenido en cuanto a disminuir el engaño.

62. Además, los cambios obvios en el atractivo de las cajetillas y la percepción de una advertencia sanitaria gráfica mucho mayor no produjeron *ningún* cambio sostenido en los antecedentes al final de la cadena, incluidos el goce de fumar, las preocupaciones sobre los efectos del tabaquismo en la salud, las percepciones de los riesgos del tabaquismo para la salud, las intenciones respecto del tabaquismo y otras variables relacionadas con el abandono del hábito (pensamientos sobre dejar de fumar, fecha definitiva para dejar de fumar, apagar cigarrillos, renunciar a cigarrillos, limitar el número de cigarrillos, la importancia de dejar de fumar, intentos de dejar de fumar, ayudas para dejar de fumar). Los intentos de abandono incluso disminuyeron de modo estadísticamente significativo. Habida cuenta de estos resultados, no hubo, como cabía esperar, ninguna repercusión en los hábitos tabáquicos (consumo, abandono o recaída).

63. Ante estas conclusiones, la evaluación de Australia sobre la pertinencia de la NPPTS cambió radicalmente, al menos en el procedimiento de la OMC. Australia dejó de citar estos artículos; nunca los defendió frente a las deficiencias en cadena que identificaron Ajzen *et al.*; y nunca cuestionó las técnicas analíticas aplicadas por Ajzen *et al.* ni los resultados que estos

---

<sup>45</sup> Departamento de Salud del Gobierno de Australia, "Post-Implementation Review - Tobacco Plain Packaging 2016" ("PIR"), Prueba documental AUS-624.

<sup>46</sup> Primer informe de réplica de experto de datos, Prueba documental DOM/IDN-6, párrafo 3. (sin cursivas en el original)

<sup>47</sup> Primer informe de réplica de experto de datos, Prueba documental DOM/IDN-6, párrafo 2.

obtuvieron. En cambio, la *única* respuesta de Australia consistió en desacreditar la calidad de su propia NPPTS, alegando que la NPPTS, que costó a los contribuyentes australianos más de 3 millones de dólares australianos, no es adecuada para medir la mayoría de las variables para cuya medición fue diseñada. Cabe destacar que esta supuesta deficiencia no se mencionó en el informe técnico que se adjuntó a la NPPTS; no fue mencionada por los autores de los artículos publicados donde se analizaban los resultados de la NPPTS; no fue mencionada por Australia cuando se basó en los resultados de la NPPTS presentados en esos artículos, anteriormente en el presente procedimiento. Siquiera en el PIR, para el que Australia se basó de nuevo en los resultados de la NPPTS presentados en los artículos publicados, Australia no mencionó sus nuevas críticas sobre la NPPTS. Ajzen *et al.* han explicado por qué los recientes esfuerzos de Australia por desacreditar la calidad de su propio conjunto de datos de la NPPTS están fuera de lugar y carecen de fundamento.

64. **Conjunto de datos del ITC.** Australia se basó en un artículo publicado, Yong *et al.* (2015), que utiliza el conjunto de datos del ITC para evaluar la repercusión de las medidas de empaquetado genérico. Si bien los autores (entre ellos el Profesor Geoffrey Fong, uno de los expertos australianos) se mostraron poco dispuestos a facilitar al Grupo Especial el conjunto de datos completo que habían analizado, facilitaron las partes sobre las que habían decidido informar. En sus *análisis* de ese conjunto de datos parcial, utilizando el mismo enfoque analítico que los autores y su código informático, Ajzen *et al.* llegaron a una conclusión similar a la que habían llegado con el conjunto de datos de la NPPTS completo. Las medidas de empaquetado genérico no pusieron en marcha la cadena predicha de efectos en los antecedentes del tabaquismo, incluso provocaron una pequeña *disminución* en las intenciones de abandono y el interés por abandonar el hábito. Además, incluso el conjunto de datos parcial que compartieron los autores revela que el artículo de Yong *et al.* (2015) describe erróneamente los datos del ITC y no divulga todos los resultados que no son favorables a las medidas de empaquetado genérico.

65. La respuesta de Australia es similar a la respuesta que dio respecto del análisis de la NPPTS realizado por Ajzen *et al.* pese a que el Profesor Fong fue coautor del artículo de Yong *et al.* (2015), ni él ni Australia han defendido a Yong *et al.* (2015) frente a las graves críticas formuladas, ni han cuestionado los resultados obtenidos por Ajzen *et al.* En cambio, la respuesta de Australia fue, de nuevo, dejar de citar ese artículo y desacreditar el propio conjunto de datos del ITC, alegando que proporciona una muestra "sesgada". Ajzen *et al.* han mostrado que esta crítica es incorrecta y que los datos la desmienten. Sorprendentemente, en su PIR, Australia se basa de nuevo en los resultados del ITC que se presentan en Yong *et al.* (2015), sin mencionar el supuesto "sesgo" de los datos ni ninguna de las deficiencias del artículo que han identificado Ajzen *et al.*

66. **Conjunto de datos de la CITTS.** Al principio del procedimiento, Australia se basó en el artículo de Dunlop *et al.* (2014), en el que se analizaba el conjunto de datos de la CITTS de Nueva Gales del Sur. No obstante, la solicitud por la República Dominicana de obtener acceso completo a este conjunto de datos fue denegada y el Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur ("CINSW") facilitó información selectiva. En particular, el CINSW se negó a facilitar los datos brutos de la totalidad de la encuesta y facilitó una versión de su cuestionario en la que se había suprimido información; tras una nueva petición, se negó a facilitar el cuestionario completo. Honduras y sus expertos han mostrado, primero, que Dunlop *et al.* (2014) "seleccionaron" los datos de la CITTS para evaluar y, segundo, que el conjunto de datos de la CITTS no muestra que las medidas de empaquetado genérico hayan aumentado la efectividad de las advertencias sanitarias gráficas ni hayan modificado las intenciones de abandono.<sup>48</sup> En respuesta, como hizo con los conjuntos de datos de la NPPTS y del ITC, Australia de nuevo optó por desacreditar la calidad y la pertinencia del conjunto de datos, alegando que las supuestas limitaciones en los datos de la CITTS eran tan graves que "plantea[ban] cuestiones sobre las conclusiones extraídas de los análisis que emplean estos datos".<sup>49</sup> No obstante, en su PIR, Australia se basa de nuevo en Dunlop *et al.* (2014), sin desacreditar el conjunto de datos de la CITTS.

67. **Llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco y exhibición de cajetillas por particulares.** Australia se ha basado en artículos publicados que utilizan los datos sobre llamadas reales a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco (Young *et al.* (2014)) y sobre la exhibición de cajetillas por particulares (Zacher *et al.* (2015)). Haciendo

<sup>48</sup> Segundo informe de réplica suplementario de Klick, Prueba documental HND-165, párrafo 57.

<sup>49</sup> Informe de experto suplementario de F. Chaloupka, Prueba documental AUS-590, párrafo 24.

referencia a Young *et al.* (2014), Australia ha alegado que las medidas de empaquetado genérico han dado lugar a un aumento continuado de llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco y, haciendo referencia a Zacher *et al.* (2015), ha alegado que existe un comportamiento continuado de evitación de las cajetillas (es decir, las personas adoptan medidas para evitar ver las desagradables advertencias sanitarias gráficas). No obstante, Australia sistemáticamente declara de forma errónea los resultados de estos artículos e ignora el desgaste de los efectos del empaquetado genérico.

68. Young *et al.* (2014) constataron que las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco aumentaron después de la introducción de las medidas de empaquetado genérico y, después, cayeron rápidamente a los niveles anteriores a la aplicación. Ajzen *et al.* confirmaron estas conclusiones. Análogamente, Zacher *et al.* (2015) constataron que hubo un aumento inicial de los comportamientos de evitación de la cajetilla, pero que estos efectos también perdieron fuerza, lo cual era previsible según los autores. Nuevamente, Ajzen *et al.* confirmaron estas conclusiones. El único efecto que se seguía observando un año después de la aplicación era una leve disminución de fumadores en el exterior en determinadas calles de dos ciudades. No obstante, Zacher *et al.* (2015) explicaron correctamente que esta disminución no podía extrapolarse a la población y no podía vincularse a las medidas de empaquetado genérico porque podía haber sido ocasionada por un cúmulo de factores no conexos que el análisis no controlaba.

69. **Conjunto de datos relativos a los puros.** Un solo estudio publicado por Miller *et al.* (2015) en el número especial de *Tobacco Control* evaluó los efectos de las medidas de empaquetado genérico en los fumadores de puros. Ajzen *et al.* tuvieron acceso a la totalidad del conjunto de datos y constataron que este estudio adolece de graves deficiencias metodológicas. Ajzen *et al.* también explicaron que el conjunto de datos muestra, si acaso, que las medidas de empaquetado genérico no pusieron en marcha la cadena de efectos que se esperaba que llevaran a un cambio en el hábito de fumar puros. Australia y sus expertos han optado por no cuestionar ninguno de estos argumentos y simplemente ignoran estas conclusiones.

70. **Encuesta SBS.** A fin de evaluar la repercusión de las medidas de empaquetado genérico en los jóvenes, Australia encargó la encuesta SBS. El conjunto de datos de la SBS constituye la base de dos artículos publicados en el número especial de *Tobacco Control*: White, Williams y Wakefield (2015), y White *et al.* (2015). Como Australia se había basado en estos artículos, el Grupo Especial solicitó los datos de base en formato anónimo. No obstante, los autores, los organismos a quienes Australia encomendó realizar la encuesta y la propia Australia se negaron a facilitar ningún dato, pese a que se iban a proteger mediante un procedimiento de confidencialidad especial. No se ha ofrecido ningún fundamento válido para justificar esta negativa. Conjuntos de datos similares relativos al tabaquismo entre los jóvenes están a disposición *pública* en la UE y en los Estados Unidos.<sup>50</sup> Australia no ha respondido a estos argumentos.

71. Sin acceso a los datos, es imposible realizar una evaluación objetiva de las conclusiones que figuran en los dos artículos. A fin de ilustrar la necesidad de tener acceso a los datos de base, la República Dominicana recuerda que, con el acceso a los conjuntos de datos de la NPPTS y del ITC, Ajzen *et al.* han mostrado que los análisis publicados de estos conjuntos de datos ofrecen una "imagen inexacta y engañosa" de los conjuntos de datos. En su PIR, Australia también reconoce la importancia esencial de tener acceso a los conjuntos de datos de base a fin de verificar las conclusiones formuladas sobre la base de esos datos.<sup>51</sup> Respecto de los datos de la SBS, incluso sin poder evaluar el conjunto de datos de base completo, como se resume en los párrafos 92 y 93 *infra*, la selección de resultados que los autores han optado por publicar muestra resultados decepcionantes y apoya la posición de los reclamantes.

<sup>50</sup> Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 134 del Grupo Especial y nota 10.

<sup>51</sup> Australia rechaza determinadas afirmaciones realizadas en las consultas relativas al PIR porque los datos de base "no se facilitaron y no están a disposición pública". Por tanto, dijo, "el Departamento no puede verificar las alegaciones formuladas en relación con este conjunto de datos". PIR de Australia, Prueba documental AUS-624, párrafos 136 y 138.

2) Hábito tabáquico: prevalencia, consumo y cambio a productos de menor precio<sup>52</sup>

72. Los reclamantes y sus expertos han analizado el copioso expediente empírico relativo al funcionamiento del empaquetado genérico durante los tres años posteriores a su aplicación. Han constatado que las medidas de empaquetado genérico no son efectivas para reducir el tabaquismo y, en cambio, han provocado un cambio a productos de menor precio de cigarrillos de precio más alto por cigarrillos de precio bajo.

73. A fin de realizar estos análisis, los reclamantes han recurrido a diversos expertos: el Profesor John List; los Profesores David Afshartous, Marcus Hagedorn, Ashok Kaul y Michael Wolf (colectivamente denominados "IPE"); y el Profesor John Klick. Mediante la aplicación de enfoques metodológicos complementarios a varios conjuntos de datos, los expertos de los reclamantes han evaluado los efectos de las medidas de empaquetado genérico sobre una serie de métricas importantes: la prevalencia del tabaquismo, las ventas de tabaco (como representativas del consumo), la incidencia del tabaquismo (la proporción de fumadores que han dejado de fumar durante un período de encuesta) y la sustitución a la baja o "*downtrading*" (el cambio de productos de tabaco de un precio más alto por productos de precio bajo).

74. Al realizar sus evaluaciones, los expertos han observado los principios fundamentales de la investigación científica. A fin de garantizar que sus conclusiones no sean artefactos de unos datos o modelo particulares, los expertos han desarrollado en total siete tipos distintos de métodos empíricos y han utilizado siete conjuntos de datos, y han comunicado resultados para una amplia gama de especificaciones y han aplicado una serie de comprobaciones de fiabilidad. En el cuadro 1 *infra*, se resume el enfoque de los reclamantes respecto de la experiencia posterior a la aplicación relativa al hábito tabáquico (prevalencia, consumo, cambio a productos de menor precio). Como se muestra en el cuadro 1, para obtener los resultados, los reclamantes: i) han utilizado todos los conjuntos de datos disponibles que revelan métricas de comportamiento pertinentes<sup>53</sup>; ii) han abarcado distintos productos de tabaco; iii) han abarcado subgrupos de población pertinentes; y iv) han aplicado una multitud de métodos empíricos complementarios bien establecidos. Además los reclamantes evaluaron fechas de inicio alternativas del empaquetado genérico. Por último, de conformidad con los principios de la investigación científica, los expertos han sido receptivos a las críticas constructivas de sus pares. En un esfuerzo por mejorar la calidad del análisis, han respondido a las críticas de los expertos australianos aplicando a sus enfoques ajustes basados en principios.

---

<sup>52</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 436-539. Véanse también el informe IPE, DR-100; informe IPE actualizado, Prueba documental DOM-303; segundo informe IPE actualizado, Prueba documental DOM-361; tercer informe IPE actualizado, Prueba documental DOM-375; informe suplementario de List, Prueba documental DOM/IDN-3; presentación del Profesor List en la primera audiencia, apéndice 2 de la primera declaración oral de la República Dominicana; presentación del Profesor List en la segunda audiencia, apéndice 2 de la segunda declaración oral de la República Dominicana.

<sup>53</sup> Los reclamantes analizaron los mejores conjuntos de datos disponibles, incluidas las encuestas transversales a largo plazo sobre la prevalencia y la incidencia del tabaquismo (encuestas RMSS y de Roy Morgan Research realizada por el Profesor Klick); datos sobre el comercio mayorista que abarcan la totalidad del mercado australiano (IMS) como representación del consumo de tabaco; y bases de datos sobre el comercio minorista que hacen un seguimiento de las ventas reales por consumidores finales (Nielsen y Aztec) como otra representación del consumo de tabaco; datos sobre el comercio mayorista que abarcan la totalidad del mercado de Nueva Zelanda (EOS) como representación del consumo de tabaco; y bases de datos sobre el comercio minorista que hacen un seguimiento de las ventas reales por consumidores finales (Nielsen) como otra representación del consumo de tabaco.



**Cuadro 1: El enfoque de los reclamantes respecto de las pruebas posteriores a la aplicación relativas al hábito tabáquico**

Elemento	Conjunto de datos	Métrica	Subgrupo	Análisis	Constatación
Prevalencia	RMSS	Prevalencia	Todos	Análisis estadístico de tendencias	Sin efecto de EG
				Regresión con series temporales ARIMA	Sin efecto de EG
				probit microeconómico de una etapa	Sin efecto de EG
				probit microeconómico de dos etapas	Sin efecto de EG
				Análisis estadístico de tendencias	Sin efecto de EG
	RMSS	Prevalencia	Menores	probit microeconómico de dos etapas	Sin efecto de EG
				Análisis estadístico de tendencias	Sin efecto de EG
	RMSS	Prevalencia	Adultos jóvenes	probit microeconómico de dos etapas	Sin efecto de EG
				Análisis estadístico de tendencias	Sin efecto de EG
	RMSS	Prevalencia respecto de los puros	Menores y adultos jóvenes	probit microeconómico de dos etapas	Sin efecto de EG
Todos				Regresión con series temporales ARIMA	Sin efecto de EG
RMSS	Prevalencia respecto de los puros	Todos	Regresión con series temporales ARIMA	Sin efecto de EG	
			Estimación de diferencias en diferencias	Sin efecto de EG	
Incidencia del tabaquismo	Roy Morgan	Prevalencia	Todos	Estimación de diferencias en diferencias	Sin efecto de EG
Ventas	IMS	Consumo	Todos	Regresión con series temporales ARIMA	Sin efecto de EG
				Análisis de eventos	Sin efecto de EG
				Regresión con series temporales ARIMA	Sin efecto de EG
	Aztec	Consumo	Todos	Análisis de eventos	Sin efecto de EG
				Regresión con series temporales ARIMA	Sin efecto de EG
				Estimación de diferencias en diferencias	Sin efecto de EG
	Nielsen	Consumo	Todos	Regresión con series temporales ARIMA	Sin efecto de EG
				Estimación de diferencias en diferencias	Sin efecto de EG
	EOS	Consumo	Todos	Estimación de diferencias en diferencias	Sin efecto de EG
				Regresión con series temporales ARIMA	Sin efecto de EG
Downtrading	IMS	Consumo	Todos	Estudio de eventos	Efecto downtrading
				Regresión con series temporales ARIMA	Efecto downtrading
				Estimación de diferencias en diferencias	Efecto downtrading
	RMSS	Prevalencia	Todos	probit microeconómico de una etapa	Efecto downtrading
				Regresión con series temporales ARIMA	Efecto downtrading
	Aztec	Consumo	Todos	Análisis de eventos	Efecto downtrading
				Regresión con series temporales ARIMA	Efecto downtrading

75. Hasta la segunda audiencia, Australia y sus expertos insistieron en que no había transcurrido suficiente tiempo para detectar un efecto sobre el hábito tabáquico. No obstante, ante los decepcionantes resultados sobre los antecedentes, Australia y sus expertos cambiaron bruscamente de dirección, alegando, sobre la base del análisis de la Dra. Chipty, haber encontrado un efecto estadísticamente significativo del empaquetado genérico en el hábito tabáquico. Australia, por tanto, instó al Grupo Especial a que evaluara el empaquetado genérico a la luz de su repercusión en el hábito tabáquico real, "con independencia" de las pruebas relativas a los antecedentes.<sup>54</sup> Se trata de un cambio de sentido notable, cualquiera que sea el criterio que se aplique, en solo cuatro meses.

76. Además, los pocos resultados favorables de la Dra. Chipty se ven comprometidos por al menos cuatro errores metodológicos graves. Al corregirlos, uno a uno o todos a la vez, se invierten los resultados obtenidos por la Dra. Chipty. *Primero*, aunque el Profesor Scharfstein, otro experto

<sup>54</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 238.

de Australia, consideró que este enfoque era incorrecto, la Dra. Chipty aplica una única tendencia ininterrumpida lineal durante todo el período 2001-2015. De este modo, introduce una especificación errónea fundamental en el modelo al no controlar los cortes en la tendencia secular del tabaquismo a lo largo del tiempo. *Segundo*, aunque la Dra. Chipty coincide en que es necesaria una "muestra representativa a nivel nacional", se niega a tener en cuenta casos importantes de reponderación de la muestra, realizados por la propia Roy Morgan Research, para asegurar que la muestra sea representativa de la población australiana. *Tercero*, la Dra. Chipty insiste en el uso de *impuestos ficticios* como variable de control para la carestía del tabaco y rechaza variables de control superiores, como los precios o los niveles impositivos reales, pese al hecho de que estas variables hacen un seguimiento mucho más riguroso del aumento de la carestía del hábito de fumar. El enfoque de la Dra. Chipty solo tiene en cuenta un 60% del aumento total del impuesto especial al consumo y aún menos parte del aumento total de los precios. *Cuarto*, al calcular los errores estándar, el enfoque de la Dra. Chipty no cumple los estándares científicamente adecuados que han aplicado los expertos de los reclamantes. El enfoque de la Dra. Chipty da como resultado "falsos positivos" (es decir, revela un efecto del empaquetado genérico, cuando en realidad no lo hay) casi *cuatro veces más a menudo* que el enfoque utilizado por los expertos de los reclamantes.

77. Durante los presentes procedimientos, la Dra. Chipty ha sido incongruente en las opciones de modelización escogidas. Por ejemplo, su conclusión de un efecto del empaquetado genérico al aplicar una modificación del modelo de dos fases del Profesor List exige, entre otras cosas, un período de observación abreviado (2006-2015) y el uso de *precios* como variable de control para la carestía del tabaco. No obstante, al modificar los modelos del IPE, la Dra. Chipty aplica un período de observación ampliado (2001-2015) y rechaza explícitamente los precios como variable de control en favor de los *impuestos ficticios*. Por tanto, la única coherencia en el enfoque de la Dra. Chipty es que aplica cualquier combinación de opciones de modelización que le permite encontrar un efecto del empaquetado genérico.

78. La Dra. Chipty ha aducido sistemáticamente que los modelos econométricos del hábito tabáquico son erróneos si *no* concluyen que el aumento del impuesto especial al consumo provoca una *reducción* estadísticamente significativa de la prevalencia y el consumo. La Dra. Chipty ha descrito repetidamente como "*sin sentido*" todo resultado de un modelo que indique que un aumento de los impuestos entraña un *aumento* en la prevalencia o el consumo.<sup>55</sup> Sin embargo, en sus dos informes definitivos presentados en este procedimiento, la propia Dra. Chipty obtuvo -aunque no divulgó- justamente este resultado "*sin sentido*": un coeficiente *positivo* estadísticamente significativo respecto del aumento del impuesto especial al consumo en 2013. La República Dominicana ha demostrado que este resultado "*sin sentido*" es crítico para su conclusión de que las medidas de empaquetado genérico redujeron el consumo.

79. Por último, la República Dominicana señala que Australia encomendó a la Dra. Chipty que elaborara un nuevo informe para su PIR, utilizando el conjunto de datos de la RMSS que el Grupo Especial conoce. El informe para el PIR de la Dra. Chipty contiene una evaluación errónea y engañosa basada en una selección restringida e interesada de conjuntos de datos, métricas de comportamiento y metodologías presentados en el procedimiento de la OMC. Convenientemente, Australia no menciona en el PIR que el análisis para el PIR de la Dra. Chipty -retomado en gran parte del procedimiento de la OMC con unos ligeros retoques- ha sido objeto de detalladas críticas por parte de los expertos de los reclamantes, como su omisión de controlar los cortes en la tendencia secular del tabaquismo o la reponderación. El informe para el PIR de la Dra. Chipty pasa por alto todas estas críticas. En el marco de la OMC, la República Dominicana ha mostrado que la corrección de estos errores invierte las conclusiones de la Dra. Chipty relativas a los efectos del empaquetado genérico. Además, la República Dominicana ha identificado incoherencias importantes entre el trabajo de la Dra. Chipty elaborado en el marco de la OMC y su informe para el PIR, que no ha explicado.

### 3) PIR de Australia

80. El 26 de febrero de 2016, Australia presentó su PIR sobre las medidas de empaquetado genérico para evaluar la efectividad de dichas medidas.<sup>56</sup> Las Directrices relativas al PIR de

<sup>55</sup> Informe de experto suplementario de T. Chipty, Prueba documental AUS-535, párrafo 39; informe de experto suplementario de T. Chipty, Prueba documental AUS-586, párrafo 33a; informe de experto suplementario de T. Chipty, Prueba documental AUS-605, nota 45.

<sup>56</sup> PIR, Prueba documental AUS-624.

Australia establecen que las pruebas utilizadas en este deben "recopilarse *con rigor* y presentarse de *forma equilibrada*".<sup>57</sup>

81. No obstante, Australia no ha respetado las directrices y ha ofrecido una opinión parcial y engañosa de las pruebas. Australia recicla su propio argumento y pruebas iniciales sometidos al Grupo Especial, sin abordar los graves errores identificados en dicho argumento y pruebas. De hecho, la descripción que hace Australia de las pruebas en el PIR a menudo no puede conciliarse con las posiciones recientes que Australia adoptó en la OMC, y a veces es incluso contraria a estas. Por ejemplo, mientras que Australia desacreditó los conjuntos de datos de la NPPTS y del ITC en el marco de la OMC, se basó en ellos de nuevo en el PIR.

82. En respuesta, Australia dijo que las pruebas abordadas en el PIR son más limitadas que las abordadas en el marco de la OMC.<sup>58</sup> Esto no puede explicar por qué Australia evaluó las pruebas en un sentido en el marco de la OMC y en un sentido diferente en el PIR. En cualquier caso, el PIR aborda prácticamente todos los conjuntos de datos sometidos a consideración del Grupo Especial.<sup>59</sup> Con su propio acceso a estos datos, Australia podría haber realizado un examen "riguroso" y "equilibrado" (por ejemplo, en lugar de perpetuar los errores de los artículos publicados en *Tobacco Control*, Australia podía haber analizado el conjunto de datos de la NPPTS completo utilizando técnicas sin errores ni incoherencias). Cabe destacar que Australia incluso insta al Grupo Especial a que no tenga en cuenta su PIR en favor del argumento y las pruebas presentados en el marco de la OMC. No obstante, el Grupo Especial debe evaluar todas las pruebas que tiene ante sí, incluido el PIR.

*ii) Pruebas predictivas de los efectos de las medidas de empaquetado genérico*

*1) Investigación sobre el empaquetado genérico anterior a la aplicación*<sup>60</sup>

83. Australia se basa en un conjunto de artículos que intentaban predecir la repercusión del empaquetado genérico utilizando cajetillas genéricas hipotéticas en un entorno de investigación. Estos estudios indicaron que las medidas de empaquetado genérico tendrían una repercusión casi inmediata en factores como el conocimiento de los riesgos para la salud, las intenciones respecto del tabaquismo y el hábito tabáquico. Nada de esto ocurrió, de hecho, en el entorno del mundo real.

84. A fin de evaluar el rigor científico de estos artículos, la República Dominicana y Honduras encargaron dos revisiones independientes. *Primero*, en el Proyecto de revisión por pares, cada artículo se sometió a una revisión por pares realizada por dos revisores independientes, que replica el proceso de revisión por pares en el mundo real de las revistas más prestigiosas en la esfera del comportamiento de los consumidores.<sup>61</sup> *Segundo*, mediante una herramienta de evaluación existente, un grupo separado de expertos en metodología para la investigación en

<sup>57</sup> Directrices relativas al PIR, página 5 (sin cursivas en el original).

<sup>58</sup> Véase la carta de Australia al Grupo Especial (22 de marzo de 2016).

<sup>59</sup> Australia anteriormente dijo que las "pruebas disponibles para analizar en el examen posterior a la aplicación son necesariamente *más limitadas* que las pruebas a disposición del Grupo Especial en la presente diferencia [...]". Véase la respuesta de Australia a la pregunta 149 del Grupo Especial, párrafo 34 (sin cursivas en el original).

<sup>60</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 540-581. Véanse también los siguientes informes de experto: proyecto de revisión por pares, Prueba documental DR/HON-3; informe de réplica de la revisión por pares, Prueba documental DOM/HND-17; segundo informe de réplica de la revisión por pares, Prueba documental DOM/HND-17; revisión sistemática, Prueba documental DOM/HON-4; informe de réplica de la revisión sistemática, Prueba documental DOM/HND-13; segundo informe de réplica de la revisión sistemática, Prueba documental DOM/HND-18.

<sup>61</sup> El Profesor Jeff Inman (Universidad de Pittsburgh) desempeñó la función de editor y su equipo de seis revisores estuvo compuesto por el Profesor Marc Fischer (Universidad de Mannheim), el Profesor Rik Pieters (Universidad de Tilburg), la Profesora Debra Ringold (Universidad de Willamette), el Profesor Alan Sawyer (Universidad de Florida), el Profesor Luk Warlop (Universidad Católica de Lovaina) y el Profesor Klaus Wertenbroch (INSEAD).



ciencias sociales realizó una revisión sistemática.<sup>62</sup> Ambos grupos llegaron a una conclusión coherente: la literatura relativa al empaquetado genérico contiene errores graves y generalizados de forma que no aporta una base de investigación fiable para la política pública. Respecto de ambas revisiones, se facilitó a Australia la evaluación detallada de cada artículo sobre el empaquetado genérico.

85. La respuesta de Australia a ambos conjuntos de revisiones fue limitada. Respecto de los pocos errores sobre los que el Profesor Fong formuló observaciones inicialmente, nunca abordó las respuestas dadas por los equipos de la revisión sistemática y de la revisión por pares, que destacaban que las respuestas del Profesor Fong eran selectivas, incorrectas y engañosas. Respecto de la gran mayoría de los estudios relativos al empaquetado genérico, Australia y sus expertos sencillamente no tuvieron en cuenta las críticas. Al mismo tiempo, siguieron basándose en los estudios, incluido el PIR, como si no supieran que su fiabilidad científica había suscitado preocupaciones serias.

86. En lugar de responder a las críticas, Australia y el Profesor Fong adujeron que los artículos debían evaluarse en relación con criterios científicos menos estrictos e incluso que debían estar exentos de críticas porque habían sido sometidos a una "revisión por pares". Ambos argumentos son poco convincentes. *Primero*, el Profesor Fong no ha explicado en absoluto *por qué* la investigación sobre el control del tabaco debe someterse a criterios científicos menos estrictos que cualquier otra esfera de las ciencias sociales; y, en tal caso, *cuáles* de los criterios científicos básicos cree que pueden infringirse en la investigación sobre el control del tabaco. *Segundo*, la falibilidad del proceso de revisión por pares es ampliamente reconocida tanto dentro como fuera del mundo científico. Los hechos ante el Grupo Especial así lo confirman. Ajzen *et al.*, por ejemplo, han demostrado que, pese a la revisión por pares, los artículos que se basan en la NPPTS publicados en *Tobacco Control* carecen de fiabilidad.

87. En un último intento por distraer la atención de los errores que contienen los artículos, Australia y sus expertos insisten en que debe confiarse en el sentido general de la literatura sobre el empaquetado genérico, con independencia de los errores generalizados y sistemáticos. El enfoque de Australia infringe el principio generalmente aceptado de que toda revisión adecuada de la literatura empieza por una evaluación de la calidad de los estudios pertinentes. Como han dicho los expertos de la República Dominicana, este enfoque es crítico porque "si los pilares son defectuosos, la casa no se sostiene".<sup>63</sup> De hecho, la convergencia puede ser el resultado de los errores contenidos en los estudios de base, incluidos los errores sistemáticos del tipo identificado en los estudios sobre el empaquetado genérico que sesgan los resultados en una dirección.

88. La gran divergencia entre la repercusión del empaquetado genérico predicha y en el mundo real confirma que los "pilares" anteriores al empaquetado genérico sobre los que se basó la política son, efectivamente, "defectuosos". En los artículos se sobrestimó en gran medida el efecto del empaquetado genérico en los tres mecanismos, en los antecedentes al final de la cadena y en el hábito tabáquico. Es significativo que ninguno de los artículos relativos al empaquetado genérico predijera correctamente que este no tendría ningún efecto en los antecedentes esenciales del tabaquismo ni en el hábito tabáquico real en Australia.

## 2) Inicio<sup>64</sup>

89. A fin de comprender el hábito tabáquico entre los jóvenes, la República Dominicana consultó al Profesor Laurence Steinberg, un eminente experto en el comportamiento de adopción de riesgos de los adolescentes. El Profesor Steinberg ha explicado que, a resultas del desarrollo del cerebro, los adolescentes son particularmente sensibles a las recompensas (a corto plazo) (por ejemplo, el rango social) y dan menos importancia a los costos (a largo plazo) (por ejemplo, los riesgos para la salud). Por tanto, aunque conocen muy bien los riesgos, los adolescentes se

<sup>62</sup> La revisión sistemática fue dirigida por el Profesor Jos Kleijnen, Director de Kleijnen Systematic Reviews, quien recibió la ayuda del Profesor Alan Bryman (Universidad de Leicester) y del Profesor Michael Bosnjak (Universidad de Mannheim).

<sup>63</sup> Segundo informe de réplica de la revisión sistemática, Prueba documental DOM/HND-18, párrafo 4.

<sup>64</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 582-610. Véanse también el informe Steinberg sobre inicio al hábito, Prueba documental DR/HON-6; informe de réplica de Steinberg, Prueba documental DR/HON-10; tercer informe Steinberg, Prueba documental DOM/HND-15; respuesta (de Steinberg) a la pregunta 159 del Grupo Especial, Prueba documental DOM/HND-20.

sienten atraídos por los comportamientos arriesgados (como fumar) asociados a la adultez debido a las recompensas sociales que pueden recibir de sus compañeros al adoptar el propio *comportamiento*, y no debido a las características del *empaquetado*.

90. Los expertos de Australia (los Profesores Slovic y Biglan) se han mostrado de acuerdo con muchas de las opiniones del Profesor Steinberg sobre los factores que influyen en el inicio al hábito entre los jóvenes, incluido que los jóvenes tienen una mayor propensión a adoptar comportamientos arriesgados (como fumar); que "es muy improbable que un adolescente que sienta interés por fumar rechace un cigarrillo de un amigo por el empaquetado"<sup>65</sup>; y que "los jóvenes no prestan atención a la información sobre los riesgos".<sup>66</sup>

91. Pese a esta unanimidad, Australia y sus expertos sostienen que las medidas de empaquetado genérico reducirán el inicio al hábito entre los adolescentes *al eliminar el atractivo* (las denominadas "percepciones y asociaciones positivas"<sup>67</sup> o "afecto positivo fuerte"<sup>68</sup>) que crean los elementos de diseño de las cajetillas y *al aumentar el conocimiento* sobre los riesgos del tabaquismo para la salud. No obstante, como el Profesor Steinberg y el Profesor Ajzen han explicado, los resultados publicados de la SBS de Australia contradicen ambos argumentos, una contradicción que los expertos de Australia no han abordado.

92. *Primero*, White, Williams y Wakefield (2015) mostraron que el empaquetado con marca anterior al empaquetado genérico (con una advertencia sanitaria gráfica que ocupaba el 30%) no generó ninguna de las supuestas percepciones positivas. Al contrario, las cajetillas con marca anteriores al empaquetado genérico en Australia, incluidas las marcas más exitosas entre los adolescentes, se consideraban *poco* atractivas y creaban asociaciones *negativas* ("feo", "friki", "de mal gusto" y "asqueroso"). Por tanto, el empaquetado *con marca* anterior al empaquetado genérico ya creaba exactamente las asociaciones negativas por las que Australia consideró necesario introducir el empaquetado *genérico*. Los resultados de la SBS publicados muestran que, desde que se aplicaron cambios en las cajetillas, las valoraciones ya negativas sobre el atractivo solo han pasado a ser *ligeramente* más negativas.

93. *Segundo*, los cambios aplicados en las cajetillas no han aumentado el ya alto grado de conocimiento sobre los riesgos del tabaquismo para la salud, ni han inducido a los adolescentes a leer o reflexionar más sobre las advertencias sanitarias, ni a privarse de más cigarrillos ni a pensar más en abandonar el tabaco (White *et al.* (2015)).

94. Ante estos resultados, Australia criticó a los expertos de la República Dominicana por centrarse indebidamente en los resultados publicados a partir de los datos de la SBS, pese a que este es el único conjunto de datos encargado por Australia para evaluar la repercusión de las medidas de empaquetado genérico en los adolescentes.<sup>69</sup>

### 3) Abandono y recaída<sup>70</sup>

95. A fin de comprender los comportamientos de abandono y recaída, la República Dominicana consultó a la Profesora Gabriele Fischer, psiquiatra y directora médica de la clínica de adicciones de la Universidad de Medicina de Viena. La Profesora ha explicado que los factores que impulsan los comportamientos de abandono y recaída están bien documentados y no incluyen el diseño del empaquetado destinado al comercio minorista. Algunos de los factores que impulsan principalmente el abandono son la preocupación por la salud, la eficacia personal, la motivación para abandonar y la baja dependencia del tabaco. La recaída está asociada con frecuencia a emociones negativas, situaciones de estrés y dependencia del tabaco.

<sup>65</sup> Informe de experto de P. Slovic, Prueba documental AUS-12, párrafo 111.

<sup>66</sup> Informe de experto de P. Slovic, Prueba documental AUS-12, párrafo 110.

<sup>67</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 8, 157 y 158.

<sup>68</sup> Informe de experto de P. Slovic, Prueba documental AUS-12, párrafos 13 y 83 (afecto positivo fuerte), 14, 104 y 111 (prestigio); segundo informe de experto de P. Slovic, Prueba documental AUS-532, párrafos 3 (afecto positivo fuerte), 4, 85 y 87 (prestigio, diseñado para tener éxito).

<sup>69</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 268 b) y c).

<sup>70</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 611-628. Véanse también el informe Fischer sobre el abandono y la recaída, Prueba documental DR/HON-7; informe de réplica de Fischer, Prueba documental DR/HON-11; tercer informe Fischer, Prueba documental DOM/HON-18.

96. El Dr. Brandon, experto de Australia, discrepa porque, en su opinión, las cajetillas genéricas son *estímulos del tabaquismo más débiles* que las cajetillas con marca. Reconoce que este argumento carece de apoyo empírico, pero cree que las cajetillas genéricas destacan *menos* para los fumadores y podrían tener una correlación *menor* con el tabaquismo que las cajetillas con marca.

97. La Profesora Fischer explica por qué este argumento carece de fundamento. La *propia* investigación del Dr. Brandon concluye que los objetos sin marca y sin atractivo (como los cigarrillos, los ceniceros, las cerillas sin marca e incluso el tabaco en el ambiente) destacan *mucho* y *están muy correlacionados* con la administración de nicotina. El Dr. Brandon ha explicado que los cigarrillos *sin marca* son en gran medida el estímulo *más fuerte*. Además, la investigación sobre la reacción ante los estímulos confirma que el hecho de "personalizar" los estímulos (por ejemplo, mediante las marcas) no aumenta la fuerza del estímulo. Pese a tener un buen número de oportunidades, el Dr. Brandon optó por no responder nunca a estos argumentos.

98. Como explica la Profesora Fischer, todas las cajetillas, con independencia de su aspecto, están sometidas al mismo proceso de familiarización entre los fumadores y tienen la misma estrecha relación con el tabaquismo. Después de un breve período de adaptación por parte de los fumadores, las cajetillas con el nuevo diseño simplemente adquieren la misma condición de estímulo que las cajetillas antiguas. Las pruebas posteriores a la aplicación son consistentes con las predicciones de la Dra. Fischer y contradicen las del Dr. Brandon. Las nuevas cajetillas australianas no han tenido ninguna repercusión en los antecedentes del tabaquismo ni en los abandonos y recaídas reales. Hubo un repunte inicial en las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco. No obstante, de acuerdo con la posición de la Profesora Fischer, cuando los fumadores se hubieron familiarizado con los cambios en las cajetillas, el efecto inicial se desvaneció rápidamente.

#### 4) Comercialización<sup>71</sup>

99. El Profesor Jan-Benedict Steenkamp, experto en comercialización de la República Dominicana, predijo que las medidas de empaquetado genérico no tendrían ninguna repercusión en la prevalencia del tabaquismo y el consumo del tabaco; en cambio, la eliminación de las marcas disminuiría la diferenciación de los productos en el mercado, lo que disminuiría la fidelidad de los consumidores a la marca, de modo que cabría la posibilidad de que aumentara el cambio de marca por productos más baratos.

100. Australia y sus expertos, los Profesores Tavassoli y Dubé, discrepan. Aducen que las medidas de empaquetado genérico tendrán un fuerte efecto en la prevalencia y el consumo. El Profesor Tavassoli predijo que *no* se produciría un efecto de cambio de marca, pero el Profesor Dubé se negó a realizar predicciones al respecto. Su predicción de que la demanda básica caería inevitablemente se basa en una analogía entre la publicidad tradicional en los medios de comunicación y el paquete genérico de Australia.

101. El Profesor Steenkamp señaló los motivos por los que el empaquetado destinado al comercio minorista, en particular, el empaquetado de Australia en el que dominan las advertencias sanitarias gráficas grandes y repulsivas, no puede equipararse con la publicidad tradicional.<sup>72</sup> El Profesor Dubé, experto en comercialización de Australia, parece estar de acuerdo. Explicó que la publicidad tradicional y el empaquetado son diferentes, se utilizan en un "contexto diferente" y que no "tiene ninguna prueba" de que los efectos de la publicidad sobre el consumo "representen una analogía adecuada respecto de los posibles efectos del empaquetado genérico del tabaco".<sup>73</sup>

102. Las evaluaciones de los efectos del empaquetado genérico elaboradas por los organismos responsables del control del tabaco -incluidos los informes de las autoridades sanitarias de los Estados Unidos- confirman que los efectos de la publicidad tradicional y del empaquetado sobre la

<sup>71</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 629-641. Véanse también los siguientes informes de experto: informe Steenkamp sobre las marcas, Prueba documental DR/HON-5; informe de réplica de Steenkamp, Prueba documental DOM/HND-14; segundo informe de réplica de Steenkamp, Prueba documental DOM/HND-19.

<sup>72</sup> Informe de réplica de Steenkamp, Prueba documental DOM/HND-14, sección 3.3.2.

<sup>73</sup> Informe de experto de Jean-Pierre Dubé, AUS-11, párrafo 11.

demanda de los consumidores no pueden simplemente equipararse. En lugar de extraer conclusiones sobre la base de los efectos de la publicidad, los principales expertos en el control del tabaco se basan en las pruebas extraídas de investigaciones *específicas sobre el empaquetado genérico*. También han destacado la necesidad de realizar una investigación posterior a la aplicación sobre los efectos reales del empaquetado genérico para examinar si las predicciones se sostienen efectivamente en el mundo real.

103. Las pruebas presentadas por Australia confirman que la analogía simple de Australia está fuera de lugar: el empaquetado con marca anterior al empaquetado genérico, incluso con advertencias sanitarias de menor tamaño, tenía un atractivo *negativo*. Por tanto, el empaquetado con solo parte de la marca, con advertencias sanitarias gráficas, no tenía los *mismos efectos* que la publicidad tradicional, que transmite mensajes muy *positivos*.

104. Cabe destacar que Australia y sus expertos no aportaron ni un solo ejemplo convincente que ilustrase el supuesto vínculo causal entre el atractivo de la cajetilla y el tabaquismo. En la primera reunión, Australia ofreció ejemplos de empaquetado como el de Fantasia, Sobranie y Vibes, que Australia considera *muy atractivos*. No obstante, la República Dominicana mostró que prácticamente *nadie en Australia fuma* estas marcas muy atractivas. Australia también hizo referencia a Longbeach y Peter Jackson, pero, según su propia investigación, estas dos marcas están entre las que tienen el empaquetado *menos atractivo* y, en cambio, están entre las que *más se fuman* en Australia, incluido entre los jóvenes.

105. Australia parece reconocer que su analogía con la publicidad tradicional es incluso menos creíble cuando en el empaquetado dominan advertencias sanitarias gráficas grandes y repulsivas. A lo largo de todo el procedimiento, Australia y sus expertos han mostrado un buen número de imágenes de empaquetado con marca e incluso publicidad de tabaco. Cabe destacar que *ni una sola* imagen mostró un paquete con las advertencias sanitarias gráficas dominantes obligatorias en Australia.

106. Las pruebas posteriores a la aplicación descritas *supra confirman* también las predicciones del Profesor Steenkamp y contradicen las de los expertos australianos: las medidas de empaquetado genérico han ocasionado un marcado aumento del cambio a productos de menor precio, sin que haya cambiado la prevalencia del tabaquismo o el consumo de tabaco.

#### 5) Teoría del comportamiento<sup>74</sup>

107. Al principio del procedimiento, Australia y sus expertos se basaron en un "modelo de cadena causal" que pretendía vincular el *atractivo* del empaquetado de tabaco con el *hábito tabáquico*, mediante teorías del comportamiento. Adujeron que las teorías del comportamiento predicen de forma fiable que cuando se cambia el *atractivo* de los productos de tabaco, los antecedentes del hábito tabáquico, y después el propio hábito, también cambian. Dicho de otra forma, Australia utilizó las teorías del comportamiento para salvar la brecha entre la evidencia de un cambio en el atractivo de la cajetilla y la evidencia de un cambio en el hábito tabáquico.

108. En términos de teorías del comportamiento concretas, el Profesor Fong se basó en la *literatura relativa a las actitudes y los comportamientos* y declaró que "[l]as teorías psicológicas sociales, en especial la 'Teoría de la acción razonada' (Fishbein y Ajzen, 1975), y la investigación surgida de estas teorías, han demostrado claramente que las actitudes están de hecho relacionadas con el comportamiento".<sup>75</sup> Alegó que, por tanto, es "*obvio* concluir que, si el empaquetado genérico disminuye el *atractivo* de los productos de tabaco, ello entrañaría una menor probabilidad de que hubiera *comportamientos* como empezar a fumar o seguir fumando".<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 642-669. Véanse también el informe Ajzen sobre el comportamiento, Prueba documental DOM/HON/IND-3; presentación del Profesor Ajzen "Examination of Australia's Reliance on Behavioral Theories to Support its Tobacco Plain Packaging Legislation", Prueba documental DR/HON/IND-3; informe suplementario de Ajzen, Prueba documental DR/HON/IND-4; respuesta de Ajzen, Prueba documental DOM/HND/IND-5; Ajzen, respuesta a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial, Prueba documental DOM/HND/IND-6; presentación ofrecida por el Profesor Ajzen en la segunda audiencia, apéndice 1 de la segunda declaración oral de la República Dominicana.

<sup>75</sup> Informe de experto de G. Fong, párrafo 252. (sin cursivas en el original)

<sup>76</sup> Informe de experto de G. Fong, Prueba documental AUS-14, párrafo 32. (sin cursivas ni subrayado en el original)

El Profesor Slovic, a su vez, se basó en su teoría de la *heurística del afecto* para alegar que, al reducir el "afecto positivo", las medidas de empaquetado genérico aumentarían la percepción de los riesgos del tabaquismo y disminuirían la percepción de sus beneficios, lo que, en última instancia, disminuiría el hábito tabáquico, en particular entre la juventud.

109. A fin de examinar estos argumentos, la República Dominicana consultó al Profesor Icek Ajzen, que ha sido considerado el psicólogo más eminente en la esfera de la teoría del comportamiento y ha elaborado la *Teoría de la acción razonada* y su sucesora la *Teoría del comportamiento planificado*. El Profesor Ajzen explicó que los argumentos de Australia se basan en ideas erróneas fundamentales sobre las teorías del comportamiento, incluidas -entre otras- sus propias teorías. Hizo hincapié en que las teorías del comportamiento no pueden *probar* la existencia de un vínculo entre el atractivo del empaquetado y el comportamiento. Más bien, cuando las teorías se aplican adecuadamente pueden producir *hipótesis* útiles que deben confirmarse o rechazarse empíricamente.

110. El Profesor Ajzen explicó por qué una interpretación correcta de las teorías del comportamiento da lugar a la predicción de que no es probable que las medidas de empaquetado genérico sean efectivas. Los estudios bien establecidos sobre las actitudes y los comportamientos indican que las actitudes de los individuos respecto de un objetivo que no es conductual (empaquetado) no predicen de forma fiable su comportamiento con respecto del objetivo (fumar). Para que el empaquetado genérico cambie el hábito tabáquico, debería poner en marcha una cadena de efectos que fuera desde los cambios en la cajetilla, pasara por las actitudes respecto de la cajetilla, las marcas y los productos, las percepciones y creencias sobre los riesgos del tabaquismo para la salud, las actitudes e intenciones respecto del tabaquismo hasta, finalmente, llegar al propio hábito tabáquico. El Profesor Ajzen consideró improbable que los cambios en la cajetilla aplicados por Australia recorriera todo el camino de esta cadena causal, pero hizo hincapié en que se trataba, en última instancia, de una cuestión empírica.

111. Junto con los Profesores Hortaçsu, List y Shaikh, el Profesor Ajzen posteriormente analizó sus predicciones -y las de los expertos australianos- a la luz de las pruebas posteriores a la aplicación. Como se ha resumido *supra*, las predicciones de Australia basadas en teorías del comportamiento no son correctas: si bien los cambios en las cajetillas redujeron su *atractivo* en cierta medida y la población *percibió* más las advertencias sanitarias gráficas mucho más grandes, ni los antecedentes al final de la cadena relativos al hábito ni el hábito tabáquico cambiaron. El resultado que el Profesor Fong pensó que era "obvio"<sup>77</sup> presuponer -a saber, si el atractivo de la cajetilla cambia, los antecedentes relativos al hábito y el hábito cambiarán- no se ha materializado en el mundo real. Del mismo modo, contrariamente a la evaluación del Profesor Slovic, las cajetillas *anteriores* al empaquetado genérico no tuvieron un "afecto positivo fuerte", y las cajetillas genéricas no han aumentado la percepción de los riesgos ni han disminuido la percepción de los beneficios del tabaquismo.

112. Una razón importante del fracaso de las medidas de empaquetado genérico puede apreciarse en los propios datos de la NPPTS elaborada por Australia: no existe la supuesta relación (correlación) entre el *atractivo de los productos de tabaco*, por un lado, y los múltiples *antecedentes al final de la cadena y el hábito tabáquico*, por el otro. Utilizando el conjunto de datos de la NPPTS, Ajzen *et al.* analizaron 130 posibles correlaciones entre el atractivo de los productos de tabaco y los antecedentes al final de la cadena relativos al hábito tabáquico o el propio hábito tabáquico. De las 130 posibles relaciones analizadas, *ni una* mostró una correlación importante en el sentido previsto.

113. En respuesta, Australia restó importancia a la función de las teorías del comportamiento. Australia y sus expertos dejaron de mencionar las teorías del comportamiento del Profesor Ajzen, salvo para decir que nunca se habían basado en ellas realmente. El marco conceptual sobre el que se basa el empaquetado genérico ya no se fundamentaba en la teoría del comportamiento, sino en la propia *Ley PP*. Por último, los Profesores Fong y Slovic nunca intentaron explicar la incoherencia entre sus predicciones basadas en la teoría y las pruebas posteriores a la aplicación.

---

<sup>77</sup> Informe de experto de G. Fong, Prueba documental AUS-14, párrafo 32.



iii) *Las afirmaciones de Australia sobre una futura contribución no se apoyan en pruebas suficientes*<sup>78</sup>

114. Pese a que Australia sostiene que los efectos de las medidas de empaquetado genérico serán más significativos a largo plazo, sorprendentemente ha aportado pocos detalles sobre las hipótesis en que se basa este argumento y ha aportado incluso menos soporte probatorio. Como ha insistido el Órgano de Apelación, el recorrido hasta los supuestos efectos futuros debe estar "basado en una serie de *hipótesis verificadas y apoyadas* por pruebas suficientes".<sup>79</sup>

115. Australia ha propuesto diferentes hipótesis, una para explicar el efecto diferido de las medidas de empaquetado genérico en el inicio y abandono del hábito (una hipótesis basada en la "contribución diferida" para reducir los inicios y aumentar los abandonos) y otra para explicar la capacidad diferida de las técnicas econométricas para detectar estos cambios en los datos relativos a la prevalencia y el consumo a nivel de la población (hipótesis de la "detección diferida"). Estas hipótesis no se han probado o, cuando se han probado, están en contradicción con las pruebas. Por tanto, el supuesto recorrido hasta los efectos a largo plazo no se apoya en ninguna prueba y mucho menos en pruebas que se consideren suficientes.

116. Antes de abordar las hipótesis, cabe señalar que el argumento de los efectos a largo plazo planteado por Australia presupone que los efectos de las medidas de empaquetado genérico se *reforzarán* con el tiempo. No obstante, está bien documentado que la reacción de una persona ante un empaquetado nuevo es más fuerte la primera vez que se le muestra y se debilita a medida que la persona se familiariza con la nueva cajetilla. Este fenómeno de "desaparición" está bien documentado por los expertos en control del tabaco, incluido respecto del empaquetado del tabaco (tanto en relación con las advertencias sanitarias gráficas como con el empaquetado genérico) y queda confirmado por los datos posteriores a la aplicación. Los datos muestran que, antes de que llegara a cambiar el hábito tabáquico, las pocas reacciones iniciales en los antecedentes al final de la cadena (por ejemplo, llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco, ocultamiento de la cajetilla) se habían desgastado. Como explicó el Profesor Ajzen, si los individuos ya se han adaptado al nuevo empaquetado y sus reacciones negativas se han desgastado sin que se haya producido el cambio conductual, no hay razón para esperar que el comportamiento cambie en el futuro.

117. Sobre la base de los argumentos del Profesor Slovic, Australia rechazó la posibilidad del "desgaste", aduciendo que, dado que no se exhibían marcas en la cajetilla, "sencillamente no hay nada para desgastar".<sup>80</sup> El Profesor Ajzen explicó que este "argumento desconcertante" se basaba en una interpretación fundamentalmente errónea del desgaste. Después, Australia dejó de recurrir a este argumento y, en cambio, aceptó que los datos de la NPPTS muestran que algunos efectos realmente se han desgastado.

118. **Hipótesis de la "contribución diferida"**. El primer conjunto de hipótesis de Australia consiste en que la mayor repercusión en la reducción de inicios y en el abandono se diferirá a largo plazo. Respecto del inicio al hábito, sin muchas o ninguna explicación o pruebas, Australia plantea la hipótesis de que el efecto de las medidas de empaquetado genérico será más fuerte a largo plazo porque "llevará tiempo que el conjunto de niños que no han sido expuestos al empaquetado de tabaco con la marca completa alcancen la adolescencia".<sup>81</sup> Esta teoría adolece de un problema fundamental. Australia presupone expresamente que el empaquetado con marca anterior al empaquetado genérico creaba asociaciones *positivas* fuertes con el hábito de fumar en la generación actual, y que habrá que esperar hasta la nueva generación para que estas asociaciones positivas desaparezcan. No obstante, los datos de la SBS muestran que las cajetillas anteriores al empaquetado genérico con advertencias sanitarias gráficas ya daban lugar a que los jóvenes establecieran asociaciones fuertemente *negativas* con el tabaquismo. Además, aunque Australia aduce que las supuestas asociaciones positivas se derivan de los efectos persistentes de la publicidad tradicional, la generación actual no ha estado nunca expuesta a la publicidad tradicional, porque se prohibió hace casi 25 años.

<sup>78</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 200 del Grupo Especial.

<sup>79</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 149. (sin cursivas en el original)

<sup>80</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 503.

<sup>81</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 496.

119. Respecto de la repercusión diferida en el abandono, la explicación de Australia ha sido poco más que lo siguiente: son con frecuencia necesarios "múltiples intentos de abandono" para que un fumador pueda abandonar el hábito con éxito.<sup>82</sup> Por tanto, los efectos sobre el abandono tardarán algún tiempo en aparecer. De nuevo, la tesis de Australia es contraria a las pruebas. El conjunto de datos de la NPPTS de Australia muestra que *ninguna* de la docena de variables relativas al abandono, incluidos los intentos de abandono, cambiaron en el sentido previsto por las medidas de empaquetado genérico. De hecho, en vez de dar lugar a un *aumento* de los intentos de abandono, los cambios en las cajetillas produjeron *menos* intentos.

120. **Hipótesis de la "detección diferida"**. La hipótesis alternativa de Australia es que las técnicas econométricas no pueden detectar la contribución inicial de las medidas de empaquetado genérico en la reducción del hábito tabáquico, porque la repercusión sobre los inicios y abandonos es demasiado pequeña para que se detecte, pero aumentará. Los resultados del Profesor List contradicen la hipótesis de Australia: los datos de RMSS sobre la prevalencia no revelan ningún efecto del empaquetado genérico estadísticamente significativo en la prevalencia del tabaquismo entre los jóvenes. La Dr. Chipty no ha contestado estas conclusiones con ningún trabajo empírico propio. Además, hacia el final del procedimiento, Australia dejó de afirmar que no había pasado suficiente tiempo para detectar los cambios en la prevalencia y el consumo. En cambio, la Dra. Chipty explicó que el "debate sobre la capacidad [de detectar] ya no es crucial".<sup>83</sup>

iv) *Conclusión*<sup>84</sup>

121. Al principio del procedimiento, los expertos de la República Dominicana explicaron, desde el punto de vista de sus respectivos conocimientos, por qué las medidas de empaquetado genérico serían un instrumento de control del tabaco ineficiente y no se basaban en un fundamento científico creíble. A medida que un buen número de pruebas posteriores a la aplicación ha ido estando disponible, las predicciones iniciales realizadas por los expertos de la República Dominicana se han visto confirmadas, una por una, con lo que ha ocurrido en el mundo real. Además, los muy diversos elementos de prueba que el Grupo Especial tiene ante sí encajan de forma coherente y consistente con los argumentos y las pruebas de la República Dominicana.

122. En cambio, los diferentes elementos de prueba no pueden encajar de forma coherente y consistente con los argumentos de Australia. El panorama que resulta de estos argumentos es confuso e incoherente, en general. Las predicciones de los expertos tampoco encajan con las pruebas relativas a los antecedentes o al hábito tabáquico; y las pruebas relativas a los antecedentes y al hábito tabáquico no encajan con los argumentos de Australia. En un intento por forzar el encaje de todos los elementos, Australia se ha visto obligada a cambiar sus argumentos, de modo que sus últimos argumentos son incompatibles con los primeros. Las teorías del comportamiento ya no ofrecen una respuesta; los antecedentes, como las intenciones, ya no son el mejor modo de evaluar las medidas de empaquetado genérico; los conjuntos de datos de la NPPTS y del ITC ya no son fiables; los artículos publicados en *Tobacco Control* ya no aportan una evaluación exhaustiva de las medidas de empaquetado genérico; y, en cambio, las pruebas sobre el hábito tabáquico real ahora importan -al menos en la evaluación selectiva y errónea de la Dra. Chipty- mientras que antes no importaban.

123. La consistencia y coherencia existente entre la totalidad de las pruebas y los argumentos de los reclamantes, junto con la inconsistencia e incoherencia existente entre la totalidad de las pruebas y los argumentos de Australia, lo dicen todo. La conclusión que debe extraerse de las pruebas es clara: las medidas de empaquetado genérico no cambian, ni cambiarán, el hábito tabáquico en Australia.

2) *Medidas alternativas menos restrictivas*

a) *Las alternativas propuestas*

124. Si el Grupo Especial constatará que las medidas de empaquetado genérico realizan una contribución, la República Dominicana propone cuatro alternativas. Mediante estas alternativas, la

<sup>82</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 670, y anexo E, párrafo 12.

<sup>83</sup> Informe de experto suplementario de T. Chipty, Prueba documental AUS-591, párrafo 2.f.

<sup>84</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 670-684.

República Dominicana muestra su compromiso por asegurar que Australia pueda adoptar medidas de control del tabaco efectivas. Las alternativas son 1) un aumento de la edad mínima legal de compra de los 18 a los 21 años; 2) un aumento del tipo de la tributación al consumo; 3) una mejora de las campañas de propaganda social; y 4) un mecanismo de escrutinio previo para examinar las características de la marca y del formato del empaquetado de productos de tabaco y de los propios productos. Consideradas individualmente o en conjunto, estas alternativas 1) complican menos el uso de las marcas que las medidas de empaquetado genérico (es decir, imponen menos restricciones a la marca); 2) contribuyen en la misma o en mayor medida a reducir la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco que las medidas de empaquetado genérico; y 3) están razonablemente a disposición de Australia como medidas alternativas. Respecto de las medidas de empaquetado genérico, lo único que apoyan las pruebas es la conclusión de que la contribución sería, en el mejor de los casos, de tamaño *insignificante*, con una *probabilidad muy baja* de materializarse y en un período indeterminado *a largo plazo*; por otro lado, las alternativas tienen una *probabilidad mucho más alta* de realizar una contribución *significativa* al objetivo de Australia, tanto *inmediatamente como en el futuro* a largo plazo.

125. Cabe destacar que Australia no discute que las alternativas propuestas contribuirían a reducir el tabaquismo, especialmente entre el grupo objetivo: la juventud. Por ejemplo, respecto del aumento de la tributación, Australia acepta que la tributación es "la política más efectiva para reducir el consumo de tabaco".<sup>85</sup> En sus propias palabras, el Profesor Chaloupka, experto de Australia, ha afirmado que los estudios "demuestra[n] sistemáticamente la eficacia del aumento de los impuestos sobre el tabaco para desincentivar el *inicio* y el consumo de tabaco entre los jóvenes, fomentar el *abandono* entre los consumidores de tabaco adultos y reducir el *consumo* entre los consumidores habituales, y tiene *efectos relativamente mayores en el consumo de tabaco entre la juventud y los pobres*".<sup>86</sup> Un aumento de la tributación tiene un efecto casi inmediato que se prolonga a largo plazo, siendo la elasticidad a largo plazo mayor que la elasticidad a corto plazo.<sup>87</sup>

126. Australia tampoco ha discutido las pruebas de la República Dominicana de que el aumento de la edad mínima legal de compra de 18 a 21 años aseguraría una "gran" reducción (25%) del tabaquismo entre los individuos de 15 a 17 años; y una reducción "mediana" (15%) del tabaquismo entre los menores de 15 años y los individuos de 18 a 20 años.<sup>88</sup> Si estas cifras se traducen en tasas de prevalencia, un aumento de la edad mínima legal de compra de 18 a 21 años daría lugar a una disminución del 12% en las tasas de prevalencia generales a largo plazo.<sup>89</sup> Por tanto, un aumento de la edad mínima legal de compra a los 21 años haría una contribución a la reducción del tabaquismo mucho *mayor* que cualquier contribución que las medidas de empaquetado genérico puedan hacer algún día, y tiene seguro un efecto en el tabaquismo entre los jóvenes a corto plazo que necesariamente entraña repercusiones a largo plazo.

127. Australia no ha abordado las medidas alternativas que propone la República Dominicana con arreglo al artículo 20, porque presupone incorrectamente que la disposición no exige la consideración de alternativas. Sin embargo, presenta argumentos sobre las alternativas en sus argumentos relativos al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, que la República Dominicana aborda aquí.

*b) Los argumentos interpretativos de Australia carecen de fundamento*

128. Australia objeta las alternativas propuestas sobre la base de dos razones interpretativas: primero, una versión reforzada de una medida existente "no es una 'alternativa' válida"<sup>90</sup>; y,

<sup>85</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 719.

<sup>86</sup> Informe de experto suplementario de F. Chaloupka, Prueba documental AUS-582, párrafo 29. (sin cursivas en el original)

<sup>87</sup> Véanse Gallet y List (2003), Prueba documental DR-120, página 824; Bardsley y Olekalns (1999), Prueba documental DR-122, página 237, cuadro 5; H. Ross y F. J. Chaloupka, "Economic Policies for tobacco control in developing Countries", *Salud Pública México* 2006; 48 supl. 1: S116-S117, Prueba documental DR-118; Chaloupka y Hu (2000), Prueba documental DR-121, página 251.

<sup>88</sup> Informe del Instituto de Medicina, Prueba documental DR-232, páginas 7-11.

<sup>89</sup> Informe del Instituto de Medicina, Prueba documental DR-232, páginas 5 y 6.

<sup>90</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafo 21.



segundo, aunque una medida existente pudiera ser una alternativa, una alternativa debe emplear un mecanismo que sea igual al que emplea la medida impugnada.<sup>91</sup>

129. Respecto del primer argumento, Australia caracteriza erróneamente las constataciones formuladas por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, cuando declara que constataron que "una medida alternativa propuesta que ya se ha aplicado, en su totalidad o en parte, o está en proceso de ser aplicada", no es una alternativa "válida".<sup>92</sup> De hecho, la expresión "en su totalidad o en parte" no figura en ninguna de las constataciones del Grupo Especial ni del Órgano de Apelación. En aquella diferencia, como alternativa a una prohibición de importación de neumáticos recauchutados, la Unión Europea propuso unas medidas que no eran nuevas y que el Brasil estaba aplicando o había aplicado en su totalidad. Las medidas alternativas propuestas no eran versiones *reforzadas* de unas medidas existentes, como son las alternativas propuestas en la presente diferencia. Por último, el argumento de Australia de que las versiones reforzadas de unas medidas existentes no pueden servir de alternativa se contradice directamente con las constataciones formuladas por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *China - Tierras raras*.<sup>93</sup>

130. El segundo argumento de Australia -es decir, una alternativa no puede hacer una contribución equivalente si funciona mediante un mecanismo diferente del empleado por la medida impugnada- está totalmente en contradicción con la constatación formulada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21)* de que una medida alternativa no tiene que hacer su contribución mediante el *mismo medio o mecanismo* que la medida impugnada.<sup>94</sup>

c) *Los argumentos fácticos de Australia sobre las alternativas carecen de fundamento*<sup>95</sup>

131. Si bien Australia no cuestiona que las alternativas propuestas contribuirían a reducir el tabaquismo, aduce, como cuestión de hecho, que las alternativas no hacen una contribución equivalente. En particular, Australia afirma, en solo unas pocas líneas que se repiten en sus comunicaciones, que la sustitución de las medidas de empaquetado genérico por un aumento de la edad mínima legal de compra, un aumento del impuesto al consumo o una mejora de la propaganda social i) "daría lugar a un conjunto más limitado de mecanismos en funcionamiento"; ii) por tanto, se reduciría "la capacidad de Australia de influir en el conjunto más amplio posible de consumidores y consumidores potenciales"; y iii) reduciría las sinergias con otras medidas de control del tabaco.<sup>96</sup> Los tres argumentos son erróneos.

132. Respecto del primer argumento de Australia -es decir, las alternativas reducirían el conjunto de mecanismos en funcionamiento-, Australia señala que las medidas de empaquetado genérico comportan *mecanismos de política nuevos*, mientras que las alternativas comportan un *reforzamiento de los mecanismos existentes*, lo que implica que, sin las medidas de empaquetado genérico, habría menos mecanismos de política en funcionamiento. La República Dominicana discrepa.

133. *Primero*, Australia interpreta la cuestión erróneamente: la cuestión no es el *número de mecanismos* en funcionamiento, sino el *grado de contribución* resultante del funcionamiento de las medidas. *Segundo*, la indicación de Australia de que las medidas de empaquetado genérico comportan mecanismos de política nuevos no es compatible con su propia caracterización de las medidas de empaquetado genérico a lo largo de este procedimiento. Australia ha aducido que las medidas de empaquetado genérico comportan una *extensión de un mecanismo de política existente*, es decir, sus prohibiciones relativas a la publicidad, comercialización y promoción, que también están diseñadas para reducir el atractivo de los productos de tabaco. Del mismo modo, los otros dos mecanismos mediante los que se esperaba que las medidas de empaquetado genérico funcionasen (la efectividad de las advertencias sanitarias gráficas y la disminución del

<sup>91</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafos 22 y 23.

<sup>92</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafo 21.

<sup>93</sup> Informe del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.186.

<sup>94</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21)*, párrafo 5.215.

<sup>95</sup> Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafos 72-115.

<sup>96</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafo 27 (sin cursivas en el original).

engaño) son extensiones de mecanismos de política existentes (por ejemplo, las advertencias sanitarias gráficas, la propaganda social y la prohibición general de la conducta engañosa). Por tanto, sencillamente, no es correcto que las medidas de empaquetado genérico aporten ningún mecanismo de política *nuevo* a su estrategia integral de control del tabaco. Las alternativas propuestas son, por tanto, equivalentes a las medidas de empaquetado genérico en este respecto: todas representan una extensión de mecanismos de política existentes. Por consiguiente, la sustitución de las medidas de empaquetado genérico por las alternativas no reduciría "el conjunto de mecanismos de política en funcionamiento".

134. El segundo argumento de Australia es que las alternativas reducirían la *capacidad de Australia de influir en el conjunto más amplio posible de consumidores y consumidores potenciales*. No obstante, este argumento se basa explícitamente en el primer argumento de Australia de que las medidas de empaquetado genérico comportan mecanismos de política *nuevos* que se eliminarían de su estrategia de control del tabaco si las medidas de empaquetado genérico se sustituyeran por las alternativas. No obstante, como se ha señalado, esto no es exacto: los tres mecanismos de política supuestamente en funcionamiento en virtud de las medidas de empaquetado genérico seguirían funcionando mediante otras medidas de control del tabaco.

135. Las pruebas muestran también que las medidas de empaquetado genérico han provocado pocos o ningún cambio gradual en el funcionamiento de los mecanismos: el atractivo del producto ya era negativo y no ha cambiado mucho; la población ya estaba bien informada sobre los riesgos del tabaquismo para la salud y esto no ha cambiado; no parece, por tanto, que se haya engañado a la población sobre estos riesgos para la salud y los niveles de engaño tampoco han cambiado. Como cabía esperar, estos cambios decepcionantes en los mecanismos de política no han provocado ningún cambio en los antecedentes más relacionados con el hábito tabáquico (por ejemplo, las intenciones) ni en el propio tabaquismo.

136. Por contra, respecto de las alternativas propuestas, hay pruebas evidentes de que los mecanismos de política existentes podrían reforzarse más, con resultados favorables. Por ejemplo, la edad mínima legal de compra se basa en ampliar un mecanismo de política relativo al acceso, que es mucho más efectivo que el empaquetado genérico, porque es preferible *prohibir* a los jóvenes que fumen que permitirles fumar con cajetillas que son menos atractivas a la vista. Del mismo modo, un aumento de la tributación funciona mediante un mecanismo de política que está considerado, incluso por los propios organismos encargados del control del tabaco, la medida de control del tabaco más efectiva, incluido para reducir el tabaquismo entre los jóvenes. En resumen, las alternativas propuestas son unos medios mucho más efectivos para influir en el conjunto más amplio posible de población que las medidas de empaquetado genérico. Como resultado, la sustitución de las medidas de empaquetado genérico por las alternativas reforzaría -en lugar de debilitar- la capacidad de Australia de influir en el conjunto más amplio posible de consumidores.

137. Por último, el tercer argumento de Australia es que si las medidas de empaquetado genérico se sustituyeran por las alternativas propuestas, se perderían las sinergias con otras medidas de control del tabaco.<sup>97</sup> La esencia de este argumento parece ser que las medidas de empaquetado genérico contribuyen indirectamente a reducir el tabaquismo haciendo que la tributación y las campañas de propaganda social sean *más efectivas*. A fin de apoyar este argumento, Australia ha mencionado solo un estudio, que no trata del empaquetado genérico sino de la publicidad en el punto de venta y sus sinergias con las medidas relativas a los precios. Australia no ha explicado cómo pueden extrapolarse estas conclusiones al empaquetado genérico. Evidentemente, las supuestas sinergias, en su caso, entre las prohibiciones de publicidad en los puntos de venta de Australia y otras medidas de control del tabaco no disminuirían con la sustitución de las medidas de empaquetado genérico. Además, las pruebas específicas relativas al empaquetado genérico contradicen directamente la posición de Australia, y muestran que, después de la aplicación, la tributación no ha pasado a ser más efectiva. Por último, Australia no tiene en cuenta que las propias medidas alternativas propuestas darían lugar a mayores sinergias.

---

<sup>97</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafo 26.

## B. Alegaciones jurídicas al amparo del *Acuerdo OTC*

### 1. El *Acuerdo OTC* se aplica a las medidas de empaquetado genérico, en su conjunto<sup>98</sup>

138. El Órgano de Apelación ha establecido un criterio de tres partes para determinar la cuestión preliminar de si una medida, como "un todo integrado"<sup>99</sup>, es un "reglamento técnico" de conformidad con el punto 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*. Las medidas de empaquetado genérico cumplen los tres elementos del criterio: *primero*, se aplican a un "grupo de productos identificable", es decir, los productos de tabaco<sup>100</sup>; *segundo*, "establecen" características del producto, tanto de forma permisiva como prohibitiva, para los productos de tabaco y su empaquetado respecto de si y/o cómo las marcas de fábrica o de comercio pueden aparecer en los puros y cigarrillos; aparte, cumplen los requisitos para considerarse prescripciones en materia de embalaje, marcado y etiquetado; *tercero*, la observancia de las prescripciones previstas en las medidas de empaquetado genérico es estrictamente obligatoria.<sup>101</sup>

139. Australia trata de excluir las "prescripciones en materia de marcas" de las medidas de empaquetado genérico<sup>102</sup> del análisis del Grupo Especial en el marco del *Acuerdo OTC* sobre la base de que el *Acuerdo sobre los ADPIC* rige las "prescripciones en materia de marcas". No obstante, las obligaciones en el marco de la OMC previstas en distintos acuerdos abarcados se aplican de modo acumulativo, a menos que se exprese lo contrario o que exista un conflicto. Puesto que no se da ninguno de los dos casos, tanto el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* como el artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC* son aplicables a las medidas de empaquetado genérico.

### 2. Las medidas de empaquetado genérico no están en conformidad con las normas internacionales<sup>103</sup>

140. Australia invoca el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* para aducir que las medidas de empaquetado genérico están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" y, por tanto, "se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea[n] un obstáculo innecesario al comercio internacional". Por "normas internacionales", Australia se refiere a dos directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 del Convenio Marco para el Control del Tabaco ("Directrices del CMCT"), adoptadas por la Conferencia de las Partes en el CMCT. Ambas directrices recomiendan que las Partes en el CMCT "consider[en] la posibilidad" de adoptar el empaquetado genérico.

141. Las propias acciones de Australia ponen en cuestión si siquiera Australia considera que cumple las condiciones previstas en el párrafo 5 del artículo 2. Por ejemplo, al notificar sus medidas de empaquetado genérico al Comité OTC, Australia<sup>104</sup> marcó la casilla que indicaba que "no exist[e] una norma internacional pertinente o ... el contenido técnico de un reglamento técnico en proyecto no est[á] en conformidad con el contenido técnico de las normas internacionales pertinentes".

<sup>98</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 934-949; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 815-841; respuestas de la República Dominicana a las preguntas 62, 89 y 115 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre las respuestas de Australia a la pregunta 145 del Grupo Especial; primera declaración oral de la República Dominicana, párrafos 57 y 58.

<sup>99</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.28 y 5.29. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 64. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21)*, párrafos 5.239 y 5.241.

<sup>100</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 939 y 940.

<sup>101</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 948 y 949.

<sup>102</sup> A diferencia de las "prescripciones relativas al formato" que rigen el formato de los productos y del embalaje, las "prescripciones relativas a las marcas" rigen si las marcas van a mostrarse en los productos y el embalaje del tabaco y cómo van a mostrarse.

<sup>103</sup> Véanse la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 814-920; respuestas de la República Dominicana a las preguntas 66, 67, 68, 69, 70, 130, 131, 136, 150 y 163 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre las respuestas de Australia a las preguntas 147, 150, 162 y 163 del Grupo Especial; segunda declaración oral de la República Dominicana, párrafos 27-33.

<sup>104</sup> Véase G/TBT/N/AUS/67 (8 de abril de 2011).

142. Pese a que las partes coinciden en que el hecho de invocar con éxito el párrafo 5 del artículo 2 establece la presunción refutable de cumplimiento del párrafo 2 del artículo 2, la República Dominicana impugna la afirmación de Australia de que se han cumplido las condiciones que dan lugar a la presunción prevista en el párrafo 5 del artículo 2; y, además, la naturaleza de la presunción que se derivaría si se hubiesen cumplido.

143. *Primero*, pese a que las Directrices del CMCT persiguen un objetivo valioso, no fueron elaboradas por una "institución internacional con actividades de normalización" con arreglo al *Acuerdo OTC*<sup>105</sup> y, por tanto, no constituyen una "norma internacional". Teniendo en cuenta la función que las "normas internacionales" desempeñan en la consecución del objetivo del *Acuerdo OTC* de facilitar el comercio internacional<sup>106</sup>, un organismo como la Conferencia de las Partes en el CMCT, cuya finalidad misma es terminar con el comercio internacional de los productos de tabaco, no cumple los requisitos para ser considerada una institución internacional con actividades de normalización.<sup>107</sup>

144. Del mismo modo, la Conferencia de las Partes en el CMCT no cumple al menos tres de los seis principios aplicables a las instituciones internacionales con actividades de normalización que establece la Decisión del Comité OTC.<sup>108</sup> La Conferencia de las Partes en el CMCT no es "abierta"<sup>109</sup> ni es "imparcial"<sup>110</sup> porque, para aplicar el tratado, las Partes en el CMCT deben observar *opciones de política predeterminadas que privilegian* intereses y perspectivas particulares.<sup>111</sup>

145. La Conferencia de las Partes en el CMCT tampoco cumple las prescripciones del principio de "eficacia y pertinencia"<sup>112</sup> que exigen que las normas internacionales se sustenten en una base científica adecuada. Cuando la República Dominicana solicitó primero a la Secretaría del CMCT que proporcionara la "base científica" de las Directrices del CMCT, esta se negó.<sup>113</sup> Cuando el Grupo Especial solicitó la misma información, la Secretaría de la CMCT citó solo *un documento de investigación científica sobre el empaquetado genérico*, que comprende un estudio *de una página* con errores metodológicos en el que se alcanzaban *conclusiones contradictorias* sobre los fundamentos de la política.<sup>114</sup> Las actividades de la Conferencia de las Partes en el CMCT contrastan en gran medida con las de los organismos admitidos generalmente como instituciones internacionales con actividades de normalización, como la Organización Internacional de Estandarización y la Comisión del *Codex Alimentarius*, que son abiertas e imparciales, y se adhieren a pautas de orientación científica. Para dejar más claro que la Conferencia de las Partes en el CMCT carece de la condición de institución internacional con actividades de normalización, la OMS y la Secretaría del CMCT destacaron en su Comunicación conjunta al Grupo Especial las actividades de normalización de la OMS -la organización coordinadora de la Conferencia de las Partes en el CMCT- pese a que esta organización no realiza actividades de normalización en relación con el tabaco.<sup>115</sup>

146. *Segundo*, las Directrices del CMCT no son "normas" con arreglo al párrafo 2 del artículo 1 del *Acuerdo OTC* porque no son susceptibles de un "uso común y repetido". A fin de que las normas internacionales desempeñen su función de armonizadoras y facilitadoras del comercio deben ser suficientemente precisas para asegurar que las medidas nacionales puedan adoptarlas simplemente sin ninguna variación. Si no tienen la precisión requerida, el contenido del

<sup>105</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 359.

<sup>106</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafos 214 y 215; véase el Segundo examen trienal del Acuerdo Normas Internacionales, Contribución de Australia: documento G/TBT/W/139, párrafo 8.

<sup>107</sup> Véase, por ejemplo, el CMCT, Prueba documental JE-19, artículos 3, 7, 23, 22.1(b)(iii) y 26.3, Parte III.

<sup>108</sup> Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1º de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.12 (21 de enero de 2015).

<sup>109</sup> Véase la Decisión del Comité OTC, página 47.

<sup>110</sup> Véase la Decisión del Comité OTC, página 48.

<sup>111</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 376. Por ejemplo, para participar en la Conferencia de las Partes en el CMCT, un país cultivador de tabaco, como la República Dominicana, debe aceptar, al adherirse, hacer esfuerzos por reorientar la producción agrícola hacia otros cultivos que puede que no sean tan fructíferos económicamente.

<sup>112</sup> Véase la Decisión del Comité OTC, página 48.

<sup>113</sup> Carta de la República Dominicana al Jefe de la Secretaría del CMCT (25 de abril de 2014), Prueba documental DR-46.

<sup>114</sup> Véase el informe de experto de G. Fong, Prueba documental AUS-14, párrafo 333 y 334.

<sup>115</sup> Véase la comunicación de la OMS y el CMCT.

reglamento nacional varía inevitablemente, lo que menoscaba el objetivo de armonización de las condiciones del comercio internacional.

147. Las Directrices del CMCT carecen de la precisión necesaria para ser una norma internacional. Por ejemplo, las prescripciones en materia de embalaje no especifican términos normalizados respecto del tipo de letra, el color de la letra y el tamaño de la letra para el nombre de marca y variante; el color de fondo del embalaje, la ubicación del nombre de marca y variante en el embalaje; el tamaño o forma del embalaje; el tipo de mecanismo de apertura; y los materiales que deben utilizarse (por ejemplo, cajetilla dura o blanda). Respecto de los puros individuales, las directrices no son específicas respecto del tipo de letra, el color de la letra y el tamaño de la letra para el nombre de marca, variante y país; y el color de fondo de la vitola. Por último, sin que haya *ninguna* directriz del CMCT que recomiende la prohibición del uso de nombres de marca y variante en los cigarrillos, Australia, no obstante, ha prohibido su uso.

148. *Tercero*, aunque las Directrices del CMCT fuesen normas internacionales, las medidas de empaquetado genérico no "están en conformidad" con estas porque falta el alto grado de correspondencia necesario entre un reglamento técnico de un Miembro y una norma internacional.<sup>116</sup> Un reglamento técnico está "en conformidad con" una norma internacional si "*incorpora*[ ] la norma internacional *en su totalidad* y, a efectos prácticos, la *convierte* en una norma interna".<sup>117</sup> El texto del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige que sea un "reglamento técnico" y no algún elemento de este, el que esté "en conformidad con" una norma internacional. Por consiguiente, contrariamente al argumento de Australia, no es adecuado descomponer un reglamento técnico en elementos que están en conformidad con una norma internacional y elementos que no lo están.

149. Como se ha explicado *supra*, las Directrices del CMCT dejan un margen discrecional muy amplio a los reguladores nacionales al aplicar dichas directrices en sus países. Además, las medidas de empaquetado genérico prohíben el uso de nombres de marca en cigarrillos, lo que no forma parte de las directrices. En consecuencia, las medidas de empaquetado genérico no están en conformidad con las Directrices del CMCT.

150. Por tanto, habida cuenta de que Australia no ha demostrado que las Directrices del CMCT sean "normas internacionales" o que las medidas de empaquetado genérico estén "en conformidad con" ellas, no puede beneficiarse de una presunción refutable de cumplimiento del párrafo 2 del artículo 2.

151. Aunque el Grupo Especial discrepara, la República Dominicana ha refutado la presunción que prevé el párrafo 5 del artículo 2. Contrariamente al argumento de Australia, la presunción se refiere a los factores que deben analizarse en el marco del análisis del párrafo 2 del artículo 2, incluidos el grado de restricción del comercio de las medidas impugnadas, su contribución al objetivo que persigue, el riesgo que crearía no alcanzarlo y la existencia de alternativas que estén razonablemente disponibles. No obstante, la naturaleza y el contenido precisos de la presunción derivada en un caso determinado dependen de si una norma internacional determinada aborda los factores del párrafo 2 del artículo 2 y cómo lo hace. En la presente diferencia, en el mejor de los casos, las Directrices del CMCT abordan la cuestión de si las medidas de empaquetado genérico "contribuyen" al logro de sus objetivos.<sup>118</sup> No obstante, respecto de la contribución, el expediente del Grupo Especial confirma que la Conferencia de las Partes en el CMCT carecía de base probatoria suficiente para apoyar la conclusión de que el empaquetado genérico probablemente reduciría el tabaquismo: como ya se ha señalado, en el momento en que se adoptaron las Directrices del CMCT, la base científica de las directrices comprendía un solo estudio sobre el empaquetado genérico compuesto de una sola página con resultados variados.<sup>119</sup> Además, toda prueba predictiva a que se recurriera al elaborar estas directrices ha sido superada por las pruebas posteriores a la aplicación de mayor valor probatorio presentadas por los reclamantes en esta diferencia. Respecto de la disponibilidad razonable de alternativas, las Directrices del CMCT no

<sup>116</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 163.

<sup>117</sup> Véase la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafos 310 y 311, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 170 y 171. (sin cursivas en el original)

<sup>118</sup> Véanse *infra* los párrafos 152-163.

<sup>119</sup> Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 544. Véase también el informe de experto de G. Fong, Prueba documental AUS-14, párrafos 333 y 334.



tienen en cuenta ni sopesan *en absoluto* los fundamentos relativos de las medidas de empaquetado genérico y las medidas alternativas propuestas. De hecho, sería un anatema para los objetivos del CMCT identificar las medidas que tendrán los efectos *menos* restrictivos en el comercio de productos de tabaco, porque el CMCT trata de poner fin al comercio de productos de tabaco *maximizando* los efectos restrictivos en el comercio.

### 3. Las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2<sup>120</sup>

152. El párrafo 2 del artículo 2 exige sopesar y confrontar holísticamente los siguientes factores en un análisis de la "necesidad": a) el grado de restricción del comercio de la medida impugnada; b) la contribución que la medida hace al objetivo legítimo; c) los riesgos que crearía no alcanzar dicho objetivo; y d) las medidas alternativas razonablemente disponibles.<sup>121</sup> Habida cuenta de que muchos de estos factores se han examinado en el análisis de las alegaciones formuladas al amparo del artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, la República Dominicana se centra ahora en los aspectos distintos del análisis previsto en el párrafo 2 del artículo 2.

#### a. Las medidas de empaquetado genérico son sumamente restrictivas del comercio<sup>122</sup>

153. En el marco del párrafo 2 del artículo 2, "restricción del comercio" se refiere a una limitación de las oportunidades de competencia respecto de los bienes objeto de comercio internacional. La evaluación debe tener en cuenta las oportunidades respecto de "la situación anterior a la promulgación de" las medidas impugnadas. Las obligaciones contraídas en el marco de la OMC no protegen las corrientes comerciales existentes, sino las oportunidades de participar en el comercio internacional, incluidas las oportunidades futuras de desarrollar y ampliar las exportaciones.<sup>123</sup> Por tanto, para llegar a demostrar una "restricción del comercio", un reclamante no tiene que probar los efectos reales de una medida en el comercio, sino más bien la existencia de una limitación en las oportunidades de competencia. El efecto de una medida en las oportunidades de competencia se determinará con referencia a su diseño, arquitectura, estructura y funcionamiento.

154. Según Australia, una limitación de las oportunidades de competencia requiere que haya una disminución *general* del volumen real de importaciones de productos de tabaco *en su conjunto*. Australia ilustra su argumento con una referencia a un reglamento técnico que afecta a diferentes segmentos de automóviles.<sup>124</sup> Según el ejemplo, un reglamento técnico que *elimina completamente* las oportunidades de competencia en el segmento de mercado *más valioso* no restringe el comercio, porque las ventas "compensatorias" de coches más baratos hacen que los volúmenes de comercio generales no disminuyan.

155. La República Dominicana discrepa. El párrafo 2 del artículo 2 obliga a los Miembros a asegurar que *ninguno* de los bienes sujetos a un reglamento técnico sea objeto de una restricción innecesaria del comercio. Por tanto, si un Miembro impone una restricción innecesaria del comercio sobre algunos de los bienes sujetos a un reglamento técnico, no puede "compensar" ese trato inadecuado imponiendo restricciones no innecesarias al comercio de otros bienes sujetos a ese reglamento, o creando oportunidades de competencia respecto de esos otros bienes. Una nota elaborada por el Comité OTC de la OMC apoya la interpretación de que un efecto en el comercio

<sup>120</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 952-954; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 922 y 923; respuestas de la República Dominicana a las preguntas 117, 118, 121 y 165 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre las respuestas de Australia a las preguntas 151 y 152 del Grupo Especial.

<sup>121</sup> Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 318, 320 y 322; *Estados Unidos - EPO*, párrafos 374 y 376.

<sup>122</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 957-963; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 924-961; respuestas de la República Dominicana a las preguntas 152 y 153 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre las respuestas de Australia a las preguntas 152, 154 y 165 del Grupo Especial; primera declaración oral de la República Dominicana, párrafos 59-62; segunda declaración oral de la República Dominicana, párrafos 34-36.

<sup>123</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Alcohol*, párrafos 112 y siguientes.

<sup>124</sup> Véase la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 385-396.

puede medirse con referencia al efecto de una medida en "un producto determinado, [ ]un grupo de productos o [ ]productos en general".<sup>125</sup>

156. Australia aduce también que, pese a que las restricciones del comercio que afectan a segmentos de mercado determinados no están bajo la disciplina del párrafo 2 del artículo 2, si entrañan discriminación por motivos de origen están bajo la disciplina del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.<sup>126</sup> No obstante, tanto si una medida restringe el comercio de bienes en el mercado general como si lo hace en segmentos particulares, la restricción puede prohibirse según las normas de la OMC por ser discriminatoria con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 o por ser innecesaria con arreglo al párrafo 2 del artículo 2. No hay fundamento para concluir que los redactores pretendieron prohibir las restricciones en el comercio de bienes que se venden en segmentos de mercado particulares cuando las restricciones son discriminatorias, y permitir esas restricciones cuando son innecesarias.

157. Si se aplica el criterio jurídico correcto, las medidas de empaquetado genérico son restrictivas del comercio porque limitan las oportunidades de competencia de todos los productos de tabaco, en particular la oportunidad de los productores de diferenciar las ofertas que compiten en el mercado, lo que repercute en la fidelidad del consumidor y en su disposición a pagar un recargo por un producto diferenciado.

158. Aunque no es necesario, la República Dominicana ha presentado también pruebas empíricas indiscutidas que muestran los efectos desfavorables en el comercio que conlleva esta pérdida de oportunidades de competencia. En particular, las medidas de empaquetado genérico han llevado a los consumidores a sustituir productos de tabaco más caros por productos más baratos (es decir, cambio a productos de menor precio). Una medida que limita la capacidad de comerciar productos de tabaco más caros es una restricción, basada en el valor, del comercio internacional de esos bienes. Los países quieren maximizar los ingresos de las exportaciones y una medida que induce a los consumidores a pasar a consumir productos más baratos da lugar a una contención de los ingresos de las exportaciones. Por tanto, si fuese obligatorio mostrar los efectos en el comercio, la República Dominicana ha establecido que las medidas de empaquetado genérico han tenido esos efectos.

*b. Las alternativas que propone la República Dominicana son menos restrictivas del comercio que las medidas de empaquetado genérico*<sup>127</sup>

159. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, un reclamante debe mostrar que una alternativa propuesta es "menos restrictivas del comercio" que la medida impugnada (a diferencia de menos restrictiva de la "*marca* de fábrica o de comercio" según establece el artículo 20). Si el Grupo Especial llegara a analizar las alternativas, habría discrepado de los reclamantes en que las medidas de empaquetado genérico no contribuyen a reducir el hábito tabáquico. Sobre la base de esta presunción, la pérdida de oportunidades de competencia que conllevan las medidas de empaquetado genérico da lugar a *dos* tipos distintos de efectos de restricción del comercio: 1) una reducción de las ventas generales de productos de tabaco debido a una presupuesta repercusión en los consumidores que o bien dejarán de fumar o no empezarán a fumar; y 2) una reducción de las ventas de productos de tabaco más caros en favor de otros más baratos (es decir, cambio a productos de menor precio basado en el valor), que se deriva de la repercusión en los consumidores que siguen fumando, pero fuman cigarrillos más baratos.

160. Cada una de las alternativas es menos restrictiva del comercio que las medidas de empaquetado genérico. Respecto de los efectos sobre el volumen, las medidas de empaquetado genérico y las alternativas reducirían las ventas del tabaco en una medida *equivalente* o, según sea necesario, las alternativas podrían calibrarse para que fuera así.<sup>128</sup> Por lo que respecta a los efectos sobre el valor (o cambio a productos de menor precio), las alternativas serían menos

<sup>125</sup> Véase, por ejemplo, G/TBT/W/2/Rev.1 (21 de junio de 1995), página 7, y G/TBT/M/2 (4 de octubre de 1995).

<sup>126</sup> Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 154 del Grupo Especial, párrafo 57 y siguientes.

<sup>127</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 972-978; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 966-990; respuesta de la República Dominicana a las preguntas 63, 151, 152, 153, 157 y 165 del Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre las respuestas de Australia a las preguntas 151, 152, 154 y 158 del Grupo Especial.

<sup>128</sup> Véanse *supra* en los párrafos 153-158 un análisis de la República Dominicana sobre el grado de restricción del comercio de las medidas de empaquetado genérico.

restrictivas del comercio: la edad mínima legal de compra no conlleva que los fumadores habituales sustituyan los productos de tabaco más caros por otros más baratos; un aumento de la tributación tiene un efecto menor en el cambio a productos de menor precio, y Australia no ha demostrado lo contrario; la propaganda social no da lugar al cambio a productos de menor precio; y un escrutinio previo daría lugar a un menor cambio a productos de menor precio porque se eliminarían del empaquetado menos elementos de distinción. Por último, por lo que respecta al trato al amparo del acuerdo abarcado, mientras que las medidas de empaquetado genérico están sometidas a disciplinas como un reglamento técnico que restringe el comercio internacional y "complican el uso de las marcas de comercio y de fábrica", el aumento de la tributación, la edad mínima legal de compra y las campañas sociales no son restrictivas del comercio o de la propiedad intelectual con arreglo a ninguna de las disciplinas de los acuerdos abarcados.

- c. *Las medidas de empaquetado genérico son más restrictivas del comercio de lo necesario "teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo que persiguen]"<sup>129</sup>*

161. El párrafo 2 del artículo 2 exige que el Grupo Especial tenga en cuenta los "riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo que persiguen]", lo que exige un análisis: primero, de la naturaleza de los riesgos en cuestión; y, segundo, de la gravedad de las consecuencias que se derivarían en caso de no alcanzar el objetivo legítimo.<sup>130</sup> Por sus propios términos, la naturaleza de los riesgos se refiere a i) la posibilidad o probabilidad de que ii) se produzca un suceso negativo, es decir, que no se alcance, en la totalidad o en parte, el objetivo deseado. La gravedad de los riesgos se refiere a la gravedad de las consecuencias que se derivan de la materialización del suceso negativo.

162. Respecto de la naturaleza de los riesgos en el marco de las medidas de empaquetado genérico, los datos económicos muestran que las medidas de empaquetado genérico no han reducido el tabaquismo y, por tanto, no han alcanzado su objetivo; las pruebas de la NPPTS indican también que las medidas de empaquetado genérico ni siquiera tienen los efectos pretendidos sobre los mecanismos mediante los que se supone que las medidas de empaquetado genérico en última instancia reducirán el tabaquismo. Por tanto, en el mejor de los casos, sigue habiendo un *riesgo considerable de no alcanzar* el objetivo de reducir el tabaquismo debido a las incertidumbres de si las medidas de empaquetado genérico reducirán en algún momento el tabaquismo. Por contra, las medidas alternativas propuestas por la República Dominicana colectivamente no conllevan *ningún riesgo* de no alcanzar el objetivo, sino más bien conllevan la *certidumbre* de que reducirán el hábito tabáquico en la población en general y entre los jóvenes en particular, tanto a corto como a largo plazo.

163. Respecto de la gravedad de los riesgos de no alcanzar el objetivo, Australia no discute que la gravedad de los riesgos derivada de las medidas de empaquetado genérico y de las alternativas es idéntica.

### III. SOLICITUDES DE CONSTATAIONES

164. En conclusión, la República Dominicana solicita respetuosamente al Grupo Especial que constate que las medidas de empaquetado genérico de Australia infringen el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y las siguientes disposiciones del *Acuerdo sobre los ADPIC*: el párrafo 4 del artículo 15, el párrafo 1 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 1 del artículo 2 (y el artículo 10*bis* del *Convenio de París*), el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24. La República Dominicana solicita que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, el Grupo Especial recomiende al Órgano de Solución de Diferencias que solicite a Australia que ponga sus medidas de empaquetado genérico en conformidad con las obligaciones que le corresponden con arreglo al *Acuerdo sobre los ADPIC* (incluidas las disposiciones sustantivas del *Convenio de París*, incorporadas en el *Acuerdo sobre los ADPIC*) y el *Acuerdo OTC*.

<sup>129</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 1025-1031; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 991-1011; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 65 del Grupo Especial.

<sup>130</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II*, párrafo 321. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21)*, párrafo 5.215.



## ANEXO B-3

### RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE CUBA\*

#### I. INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA DE LA PRESENTE DISPUTA PARA CUBA

1. La presente disputa constituye el primer procedimiento de solución de diferencias iniciado por Cuba contra otro Miembro de la OMC. La decisión de presentar esta demanda contra Australia fue resultado de una profunda reflexión y análisis por parte de las autoridades cubanas.

2. El Gobierno cubano concede gran importancia a la salud pública y acepta plenamente que el consumo de tabaco tiene graves consecuencias para la salud pública. Cuba no desea interferir indebidamente en la capacidad de los Miembros de la OMC de adoptar acciones eficaces en materia de control del tabaco, pues considera que cada país tiene el derecho soberano y el deber primordial de aplicar medidas dirigidas a preservar la salud de su población.

3. Sin embargo, al mismo tiempo, cada Miembro de la OMC debe respetar los compromisos que ha contraído multilateralmente, además de tener en cuenta adecuadamente las implicaciones socioeconómicas que estas tendrán para las economías pequeñas y vulnerables en desarrollo, antes de ser implementadas. La demanda de Cuba no está dirigida a cuestionar el derecho de Australia a proteger la salud de su población, sino a demostrar que el Empaquetado Genérico ("EG") constituye una restricción injustificada e innecesaria al comercio que contraviene la protección marcaria reconocida en los convenios internacionales de propiedad intelectual, en tanto dificulta la identificación y caracterización de los productos por los consumidores y prohíbe el uso de signos distintivos, sellos de garantía y denominación de origen del producto.

4. Cuba se opone a la medida de "EG" que Australia estableció el 1º de diciembre de 2012 (las medidas de EG) porque considera que no hay evidencia convincente de que se ha generado, o se van a generar, beneficios tangibles para la salud pública en Australia, ya que es una medida desproporcionada y tiene un efecto perjudicial significativo en la industria cubana del tabaco, así como en la propiedad intelectual que Cuba ha construido a través de generaciones.

5. La aplicación de estas medidas representa la total dilución de las características distintivas de las marcas identificadoras de los productos de la industria tabacalera al uniformar la apariencia del envase. Se dificulta, por tanto, la diferenciación y caracterización de los productos por los consumidores sobre la base de la preferencia marcaria, anulándose funciones de una marca como: "distinción del producto o servicio de otro", "indicación de origen" e "identificación de calidad".

6. Es por ello que Cuba ha iniciado la presente disputa. Cuba basa su demanda en la defensa de los puros grandes hechos a mano (*large hand made*, en adelante puros LHM) por el impacto social, histórico, cultural y económico que tiene para el país. Los puros Premium cubanos atesoran un caudal de conocimientos tradicionales, cultura, historia y cubanía que deviene en sí mismo como un sector, un baluarte, identitario del país y asociado a una historia de más de cinco siglos. A este sector se vinculan gran cantidad de mujeres, personas de la tercera edad, campesinos, etc., de los que dependen económicamente otros familiares, y constituye el eje económico esencial en varias regiones de Cuba como la provincia de Pinar del Río. Asimismo, se ha tenido en cuenta la singularidad de este producto, identificado a través de signos distintivos de Propiedad Industrial, como producto emblemático de Cuba, la marca geográfica y la denominación de origen Habanos, el sello de garantía de la República de Cuba y las marcas tabacaleras, algunas con un siglo de existencia y también protegidas como obras de arte, históricamente vinculadas a ese mismo origen geográfico.

7. El tabaco torcido, desde los inicios de su cultivo en Cuba con anterioridad a la propia colonización, forma parte de nuestras tradiciones históricas y culturales. Resulta ser el único hábito que documentaron los primeros españoles sobre la población indígena de la Isla, al momento de su llegada en 1492. Los vegueros (cosecheros de tabaco torcido), que probablemente fueron el primer gremio en lograr representación social en Cuba, protagonizaron las primeras

---

\* Original español.

jornadas de protestas y levantamientos contra el régimen colonial español en una fecha tan temprana como el siglo XVII. Las despalladoras y los torcedores han protagonizado importantísimas jornadas de luchas que se inscriben en la historia del movimiento obrero y sindical cubano. La actividad de cultivo de tabaco torcido ha estado tan enraizada en la vida cultural de Cuba que ha merecido atención privilegiada por investigadores sociales y antropólogos. El más grande de ellos, Fernando Ortiz, al cual se conoce como el tercer descubridor de Cuba por sus aportes invaluable en el estudio sobre las tradiciones afrocubanas, escribió el clásico ensayo "Contrapunteo cubano del azúcar y el tabaco" en la primera mitad del siglo XX. En el mismo, el autor expone y analiza los factores sociales y culturales asociados a estos dos productos cubanos.

8. El puro LHM cubano fue presentado a la UNESCO en el año 2009 como patrimonio intangible de la nación cubana y las Lecturas de Tabaquería constituyen Patrimonio Cultural de la nación cubana al ser "muestra del diálogo cultural permanente entre obreros de la industria tabacalera y la sociedad que lo circunda, reconocidas como una importante expresión del patrimonio cultural inmaterial de la nación".

9. Las corporaciones cubanas tienen 50 marcas independientes que están registradas en Australia en la clase 34 de la Clasificación Internacional (la clase que se refiere a los productos de tabaco) (las Marcas cubanas clase 34). Una lista completa de estas 50 marcas registradas se establece en el anexo 1 de la primera comunicación escrita de Cuba. Muchas de estas marcas han estado en uso desde mediados del siglo XIX y se asocian con una considerable buena voluntad. De hecho, varias han sido reconocidas como "marcas notoriamente conocidas" por los tribunales de jurisdicciones tan variadas como de la República Dominicana, Francia, España, México y los Estados Unidos.

10. Cuba ha desarrollado también una indicación geográfica para sus productos puros LHM. La "Denominación de Origen Protegida (DOP) Habanos" (la IG Habanos) que es una marca compuesta de color consistente en la palabra "Habanos" el sufijo "DOP" y una imagen de galones que forman una hoja. La IG Habanos está protegida en los principales mercados de exportación. La marca compuesta actual ha estado en uso desde 1994, pero el término Habanos ha sido usado y protegido durante un período mucho más largo. Una descripción más detallada de la evolución de esta indicación geográfica se establece en el anexo 1 a la PCE de Cuba. La IG Habanos se utiliza para designar los cigarros que: 1) se han producido en Cuba de acuerdo con estrictos estándares de calidad e integrales; y 2) contienen determinadas variedades de tabaco negro cubano cultivado en regiones específicas de Cuba.

11. Las normas de calidad aplicables, y el uso de las IG Habanos, están reguladas actualmente por el "Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Habanos". El Consejo Regulador actúa en virtud de la Resolución N° 201/2009, promulgada por el Ministerio de la Agricultura de la República de Cuba. Los estrictos requisitos impuestos por el Consejo Regulador están destinados a garantizar que la calidad auténtica y especial reclamada por los puros LHM cubanos esté presente en cada producto que lleva la IG Habanos. Al igual que muchas indicaciones geográficas, la IG Habanos se utiliza para designar un producto que refleja el patrimonio cultural del lugar en que se produce y que está hecho de materiales naturales, de acuerdo con los métodos tradicionales.

12. Cuba también requiere que un sello oficial sea fijado en todos los productos de tabaco exportados de Cuba (el sello de garantía del Gobierno cubano). El sello de garantía del Gobierno cubano se utilizó por primera vez en 1889 después de un Real Decreto español. El diseño actual se remonta a la legislación promulgada por la República de Cuba en 1912. Se ofrece una garantía de autenticidad para los consumidores y también permite el seguimiento y rastreo de los exportadores cubanos. Al igual que las Marcas comerciales cubanas clase 34 y las 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.

13. Para una fácil visualización, el sello de garantía y la IG Habanos se reproducen a continuación:



IG Habanos



Sello de garantía

14. Los puros LHM cubanos tienen una reputación sin igual por su calidad. Por lo general poseen un precio significativamente más elevado al de la competencia de productos de tabaco y se clasifican con regularidad por la crítica entre los mejores puros del mundo.

15. Esa reputación es un producto de la inversión colectiva del pueblo cubano durante varias generaciones; surge de una combinación del entorno natural de Cuba y el *know-how* y las técnicas usadas por los cultivadores de tabaco y los tabaqueros cubanos. Cuba ha mantenido con gran esfuerzo un método de producción en el que los puros LHM son hechos totalmente a mano por trabajadores altamente calificados. Las implicaciones económicas de seguir los métodos tradicionales de producción son significativas: en términos generales, una fábrica de cigarros hechos a máquina que emplea a 100 personas podría producir 670.000 cigarros al día, mientras que una fábrica equivalente de cigarros cubanos hechos a mano solamente produciría 9.000 cigarros en el mismo plazo.

16. El hecho de que los consumidores de todo el mundo estén dispuestos a pagar una prima por la larga experiencia de Cuba en la elaboración de sus puros LHM, hace que el uso de estos métodos tradicionales de fabricación valgan la pena. Sin embargo, con la distorsión que se ocasiona a la propiedad intelectual de Cuba (en particular, a las Marcas cubanas clase 34, las IG Habanos y el sello de garantía del Gobierno cubano), las medidas de Australia afectarán la capacidad de la industria cubana de cobrar esa prima, conservar la lealtad de los clientes y mantener su compromiso con estos métodos de fabricación.

17. La réplica de las medidas de EG de Australia en los principales mercados de exportación, como la Unión Europea, limitará la capacidad de los exportadores cubanos de competir sobre la base de la calidad, lo cual tendrá un impacto negativo considerable en la industria cubana del tabaco. Al propio tiempo, cualquier efecto adverso en la industria cubana del tabaco tendrá efectos negativos significativos sobre la economía cubana en su conjunto, toda vez que:

- a. Los productos de tabaco representan más del 5% del total de exportaciones de Cuba (en valor). Como economía pequeña y vulnerable, con oportunidades de exportación limitadas, Cuba se verá afectada de manera significativa por la pérdida de estas exportaciones. El tabaco es uno de los pocos cultivos agrícolas que pueden ser cultivados de manera rentable en Cuba. Esto es debido a la adición de valor que se hace a nivel local y por el valor significativo que es inherente a la propiedad intelectual cubana asociada a estos productos.
- b. Cuba tiene 465 unidades de producción de tabaco y emplea a más de 200.000 personas en el sector del tabaco. Expresado como porcentaje, el sector del tabaco representa el 4% de la población económicamente activa en Cuba. Para poner esta cifra en contexto, una proporción similar de la población económicamente activa en Suiza se dedica al sector de la banca.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Asociación Suiza de Banqueros - La importancia económica del centro financiero suizo, Anexo CUB-14, primera comunicación escrita de Cuba.

- c. Los empleados de las fábricas de cigarros hechos a mano que participan en la producción de puros han dedicado años de esfuerzo para la adquisición de habilidades especializadas. Estos empleados no podrán transferir sus habilidades a otros sectores si, como resultado del EG y en una situación donde los productos del tabaco cubano se perciben como indistinguibles de los productos del tabaco de otros orígenes, los consumidores en el extranjero no están dispuestos a pagar una prima por las exportaciones cubanas.
- d. La población de ciertas regiones como la de San Luis, en la provincia de Pinar del Río y la región de Florencia, en la provincia Ciego de Ávila, dependen en gran medida del sector del tabaco. El tabaco se ha cultivado en esas regiones durante cientos de años.
- e. Los beneficios obtenidos de las exportaciones de tabaco también generan ingresos fiscales y económicos para el Gobierno cubano. Esos ingresos permiten al Gobierno cubano satisfacer las necesidades de la población cubana en su conjunto.
- f. Cuba se ve actualmente imposibilitada de abandonar la industria del tabaco torcido, que es en estos momentos una de las ofertas exportables más importantes, especialmente en el contexto de la aplicación por los Estados Unidos de América, de la política de bloqueo económico, comercial y financiero que impide el acceso a mercados de bienes, servicios y créditos para impulsar el desarrollo económico del país.

18. Australia responde a estas preocupaciones sobre protección de la propiedad intelectual alegando que sigue protegiendo las marcas cubanas porque: 1) se pueden inscribir en el Registro de marcas australiano en su forma original; y 2) los titulares de marcas cubanas mantienen la capacidad de impedir que terceros utilicen marcas cubanas de productos de tabaco. Pero esa respuesta no llega ni remotamente a abordar el verdadero problema. Los terceros no pueden usar las marcas cubanas en su forma original en los paquetes de tabaco porque eso equivaldría a una violación de las leyes de EG australianas. De ello se desprende que Australia concede un derecho de los titulares de marcas cubanas que es totalmente ilusorio, porque los propietarios de marcas cubanas no pueden beneficiarse de esas marcas mediante el uso de las mismas en su forma original y reconocible. El régimen de Australia ha sido creado con el único fin de mantener la apariencia de que Australia sigue protegiendo las marcas de productos de tabaco, pero realmente no proporciona una verdadera protección a dichas marcas.

## II. EFECTIVIDAD DEL EMPAQUETADO GENÉRICO

19. Cuba cuestiona las teorías esotéricas invocadas por Australia sobre el impacto que el EG puede tener en el comportamiento del consumidor, culminando en la "*teoría de heurística de afectación*" y en el "*impulso de reactividad condicionado*" de las marcas de tabaco. No es apropiado que el Grupo Especial se apoye en dichas teorías, en particular en un contexto en el que los datos muestran que el EG no contribuyó a una disminución de la prevalencia del hábito de fumar. Además, Cuba entiende que se puede desarrollar una teoría sobre el comportamiento para justificar cualquier conclusión (incluidas conclusiones claramente contradictorias entre sí). Por ello, el Grupo Especial debería ser muy cauteloso a la hora de valorar dichas teorías. La sencilla cuestión ante el Grupo Especial es si resulta menos probable que el empaquetado mostrado a continuación en la fotografía 1 (un empaquetado de puros LHM con una advertencia sobre la salud, pero sin el efecto de otros aspectos de las medidas de EG) logre el objetivo de salud pública de Australia que el empaquetado de la fotografía 2 (Empaquetado de puros LHM con una advertencia sanitaria y con el efecto de las medidas de EG). La cuestión es si la diferencia entre los dos es suficientemente importante como para justificar las medidas de EG.

**Figura 1:**



**Figura 2:**



20. La respuesta evidente es "no". Cuba sostiene que las advertencias sanitarias gráficas dominantes y poco atractivas (que obligatoriamente deben ser colocadas en todos los envases de tabaco) erradicarían efectivamente el atractivo estético de los envases. De ello se deduce que cualquier homogenización adicional de la aparición de los paquetes de tabaco (en la porción residual que, por ejemplo, ocupa el 25% de la cara delantera y el 10% de la cara posterior de los paquetes de cigarrillos) no puede tener un efecto disuasorio en la decisión de involucrarse en un comportamiento que es a la vez arriesgado y un tema de desaprobación social generalizado en Australia.

21. El Grupo Especial solamente podría dar la razón a Australia si los datos y las pruebas fueran abrumadores y claramente a su favor. Sin lugar a dudas, no es el caso. Los datos posteriores a la aplicación sobre la prevalencia y el consumo en el mercado de Australia establecen que el EG no ha reducido las tasas de tabaquismo después de su introducción en diciembre de 2012.

22. Diferentes tipos de análisis sobre varias fuentes de información indican que el EG ha fracasado en la reducción del índice de tabaquismo y del consumo. El único efecto que ha tenido el EG ha sido la aceleración de la tendencia actual hacia el *down-trading* (es decir migración de los consumidores hacia productos o marcas de más bajos precios) en ciertos segmentos del mercado australiano de tabaco. Esta es una consecuencia no prevista de las medidas de EG, lo cual, lejos de reducir los índices de tabaquismo y consumo, trae consigo un riesgo verdadero de generar consecuencias adversas para la salud pública. La aceleración del *down-trading* es consistente con las preocupaciones de Cuba en relación con el futuro efecto del EG.

23. Por otra parte, los estudios sobre los cuales se basa Australia no constituyen una base sólida para concluir que las medidas de EG reducirán el uso de tabaco. Ninguno de estos estudios mide el consumo real de tabaco de individuos y, en lugar de ello, utilizan variables sustitutas. Esta deficiencia está explícitamente reconocida en el llamado Informe Chantler. Adicionalmente, estos estudios utilizaron diseños de investigación que dejan considerables dudas acerca de la confiabilidad de cualquier conclusión alcanzada. La mayoría predominante de estos estudios no evalúan el impacto del EG en el mundo real.

24. Consecuentemente, las medidas de EG no pueden "justificar" la total "complicación" impuesta a las marcas de fábrica de Cuba a los efectos del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. En la misma línea, las medidas de EG son mucho más restrictivas de lo necesario para lograr el objetivo de Australia de reducir la prevalencia del hábito de fumar y, por lo tanto, infringen el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.

25. En su segunda comunicación escrita, Australia continúa sugiriendo que el uso de marcas de fábrica e indicaciones geográficas en los puros LHM hechos en Cuba resulta atractivo para niños y adolescentes. En este sentido, Cuba quiere destacar que las autoridades australianas están facultadas para prohibir bebidas alcohólicas con un atractivo especial para menores. No obstante, ninguna autoridad australiana ha sugerido en ningún momento que las marcas de fábrica e indicaciones geográficas en bebidas alcohólicas de gama alta ya no puedan mostrarse, por ejemplo, en las botellas de la marca de champagne mostrada a continuación:

**Figura 3:**



### **III. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO Y SU IMPACTO EN LOS PUROS LHM DE CUBA**

26. Cuba desea llamar la atención del Grupo Especial sobre el reciente fenómeno de las llamadas importaciones paralelas de puros LHM cubanos en Australia. Esto ha sido posible por la retirada obligatoria del sello de garantía del Gobierno cubano que deben llevar todos los puros LHM exportados desde Cuba. Antes de las medidas de EG, los consumidores que compraban puros LHM cubanos solamente adquirirían productos con un sello de garantía auténtico e intacto. Normalmente, los consumidores nunca comprarían puros LHM cubanos sin el sello de garantía porque los puros LHM cubanos son productos Premium de lujo, que conllevan un alto precio por unidad. Sin embargo, las medidas de EG han hecho imposible comercializar el producto con el sello de garantía, permitiendo que comerciantes paralelos compren puros LHM cubanos fuera de Australia y

los vuelvan a empaquetar ellos mismos en envases que cumplen con las medidas de EG, pero, sin el sello de garantía. Antes de la existencia de medidas de EG no ocurrían importaciones paralelas de forma significativa, puesto que estas siempre requieren un nuevo empaquetado de los puros y, por tanto, la ruptura del sello de garantía sin la posibilidad de incluir uno nuevo. Mientras que los consumidores no comprarían normalmente puros LHM cubanos sin un sello de garantía intacto, todos los puros LHM cubanos se comercializan actualmente en Australia sin el sello de garantía, lo que ha creado la oportunidad de que surjan importaciones paralelas.

27. Existe un importante riesgo de que la manipulación del producto por terceros que no están sujetos a ningún control por parte de la industria cubana y que no se encuentra sujeta a sus estrictos estándares de calidad, afecte la calidad de los puros, y con seguridad afectará a la presentación de los puros dentro del paquete. Además, esta práctica supondrá una reducción de los precios al consumidor (puesto que la capacidad de ofrecer precios inferiores a los consumidores es la razón de ser del comercio paralelo).

#### **IV. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO INFRINGEN EL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

28. Las medidas de EG adoptadas por Australia violan el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC porque complican injustificadamente, mediante el establecimiento de exigencias especiales, el uso de marcas de fábrica relativas a los productos de tabaco, en el curso de operaciones comerciales. Dicha disposición establece límites a la capacidad de los Miembros de la OMC de restringir el uso por parte de agentes comerciales, de marcas de fábrica en el curso de operaciones comerciales.

##### **A. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO CONSTITUYEN UNA EXIGENCIA ESPECIAL**

29. Las medidas de EG imponen una serie de condiciones que deben ser cumplidas por los agentes comerciales involucrados en la fabricación y distribución de productos de tabaco en Australia. Las medidas de Australia, por lo tanto, imponen "requisitos".

30. Las obligaciones derivadas de las medidas de EG son "especiales", ya que solo afectan a las marcas utilizadas en productos de tabaco. No se aplican requisitos equivalentes a las marcas en general o de las marcas comerciales utilizadas en relación con otros tipos de productos.

##### **B. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO COMPLICAN EL USO DE UNA MARCA RELACIONADA CON PRODUCTOS DE TABACO EN EL CURSO DE OPERACIONES COMERCIALES NORMALES**

31. El sentido corriente relevante del término "complicar" es "obstaculizar, impedir, actuar como un freno o restricción". Las complicaciones tienen el efecto de restringir la visualización de una marca y limitar su capacidad para distinguir productos de los productos competidores.

32. Ese es precisamente el efecto de las restricciones impuestas por Australia en la presentación de las marcas comerciales. Estas restricciones implican "impedimentos", "freno" y "restricciones" en el uso y exhibición de las marcas por los propietarios de marcas y limitan la capacidad de las marcas para distinguir productos de tabaco específicos de otros productos de tabaco.

33. Las medidas de EG prohíben el uso de marcas de fábrica en el punto de venta. En la medida en que se permite el uso de determinadas marcas comerciales (por ejemplo, marca y nombres de variedad), las medidas de EG requieren que el uso de dichas marcas tenga una forma y una fuente específicas. Se trata de "*exigencias especiales*" del uso de una marca de fábrica "*de una forma que menoscaba su capacidad de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas*". Esto implica la imposición de una complicación al uso de las marcas de fábrica "*en el curso de operaciones comerciales*".

34. Australia manifiesta que las medidas de EG no afectan al uso de marcas de fábrica "*en el curso de operaciones comerciales*" porque Australia es un "mercado oscuro" y, por tanto, el empaquetado no es visible hasta la conclusión de la operación. Dicha interpretación es inaceptablemente limitada y no se ajusta al significado ordinario del término (conforme se utiliza en otros artículos; por ejemplo, el artículo 16.1 del Acuerdo sobre los ADPIC y en el subapartado 3 del artículo 10*bis* del Convenio de París). En su lugar, el término "*en el curso de operaciones comerciales*" se refiere más ampliamente a cualquier uso "en comercio" o a cualquier "uso comercial" de la marca.



35. La correcta interpretación del artículo 20 requiere que una vez establecido que una medida impone requisitos especiales que limitan el uso de una marca de fábrica, la carga de justificar dichos requisitos especiales pasa al Miembro de la OMC que la implementa. Esto es así porque: i) la imposición de complicaciones al uso de una marca de fábrica solamente debería permitirse en circunstancias excepcionales; y ii) no es adecuado requerir que un reclamante identifique y rebata una justificación, de la que pueda no tener conocimiento o no ser individualizada.

### **C. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INJUSTIFICABLES**

#### **1. Las medidas de EG no hacen ninguna contribución al objetivo de Australia de reducir el índice de tabaquismo**

36. Cuba sostiene que los requisitos especiales impuestos por Australia en el uso de marcas de tabaco son ineficaces porque no pueden alcanzar el objetivo legítimo de causar una reducción en la prevalencia del tabaquismo. Cuba se basa principalmente en los datos del mercado australiano posteriores a la implementación del EG, los cuales demuestran que las medidas de Australia no han tenido el efecto deseado. Además, Cuba va más allá y demuestra que la medida de Australia no se basa en un razonamiento convincente y sólido.

37. Cuba ha explicado detalladamente en la sección IV.A de su PCE que las evidencias postaplicación establecen que las medidas de EG, entre ellas las restricciones de marcas, no han causado ninguna reducción apreciable en las tasas de prevalencia (o los niveles de consumo de tabaco) en Australia. En particular, no han dado lugar a cambios importantes en la prevalencia o el consumo en relación con las tasas observadas en Nueva Zelanda, y que no han alterado las tasas de prevalencia de fumar a los menores o adultos jóvenes. Por otra parte, las ventas de puros LHM como se evidencia en los datos de Pacific Cigar Co. Ltd. (PCC) se han mantenido estables y las tasas de fumadores de cigarrillos, según los datos de la encuesta de Roy Morgan, no han sido alteradas por la aplicación de las medidas de EG.

38. Las pruebas acreditan que los "requisitos especiales" establecidos por las medidas de EG no han sido efectivos en relación con el uso del tabaco de forma general. Además, incluso aunque dichas pruebas estuvieran disponibles, es inverosímil que la prohibición al uso de marcas de fábrica de titularidad cubana, tales como Cohíba y Habanos en puros LHM, tuviera un impacto sobre la prevalencia del hábito de fumar en Australia.<sup>2</sup>

39. Por otro lado, Cuba sostiene que la justificación de Australia de las restricciones de marcas adolece de defectos materiales.

40. En primer lugar, la literatura ofrecida en apoyo de las medidas de Australia consiste en estudios que sufren de una serie de limitaciones horizontales.

41. La afirmación de Australia de que el EG reducirá el atractivo de los envases y por lo tanto alterará las decisiones de los fumadores, adolece de una serie de deficiencias. La afirmación de Australia de que el EG aumentará la eficacia de las Advertencias Gráficas Sanitarias (AGS) y con ello reducirán las tasas de tabaquismo, también es errónea. Por último, la afirmación de que el EG reduce la capacidad de los envases de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos del tabaco, no puede justificar las medidas de EG de Australia. Por todas estas razones, Cuba sostiene que las restricciones a las marcas son ineficaces, ya que no son compatibles con una lógica defendible. En consecuencia, y por esta razón, son injustificables.

42. Finalmente, Cuba desea mencionar que el 26 de febrero de 2016, Australia notificó al Grupo Especial los resultados de su revisión interna posterior a la implementación de las medidas de EG (en inglés "Post-Implementation Review"). La revisión de Australia concluye que las medidas de EG sí están cumpliendo su objetivo de mejorar la salud pública en Australia. El 21 de marzo de 2016, Cuba informó al Grupo Especial que se suscribía a los comentarios presentados por Honduras en relación con la revisión de Australia postimplementación. Dichos comentarios, en esencia, indican que la conclusión presentada en la revisión postimplementación está basada en cierta evidencia cuya falta de validez ya ha sido demostrada por los reclamantes en el presente litigio.

---

<sup>2</sup> Habanos es una marca de fábrica así como una indicación geográfica.



**2. Australia tenía a su disposición medidas alternativas menos restrictivas que le hubieran permitido alcanzar su objetivo**

43. Si el Grupo Especial concluye, en contra de la posición de Cuba, que las restricciones a las marcas han sido eficaces en la reducción de las tasas de prevalencia y los niveles per cápita de consumo en Australia, tales cambios pueden ser obtenidos a través de medidas alternativas que compliquen en menor medida el uso de las marcas.

44. Dichas medidas alternativas son las siguientes:

- a. Un aumento en el nivel de los impuestos especiales sobre productos de tabaco. Ello sería suficiente para reducir las tasas de prevalencia y los niveles de consumo per cápita en las modestas cantidades que las medidas de EG podrían eventualmente lograr. Es evidente que la subida de impuestos sobre consumos específicos no afecta la capacidad de los titulares de marcas de tabaco de hacer uso de sus derechos.
- b. Una investigación previa de las características del diseño del empaquetado. Ello sería suficiente para replicar los beneficios del EG. No hay evidencia de que todas las características de diseño de los envases de productos de tabaco y de las marcas causan cambios en el comportamiento de fumar, y sería, por lo tanto, adecuado identificar y eliminar por medio de un régimen de investigación previa solo aquellas características específicas de embalaje que puedan afectar el hábito de fumar (sin restringir severamente la capacidad de los fabricantes para distinguir sus productos de los distintos productos de diferentes fuentes a través de las marcas).
- c. Un aumento de la edad en que los productos de tabaco se pueden comprar legalmente tendría al menos una contribución equivalente a la reducción de las tasas de prevalencia y la eliminación de los productos del tabaco de las redes sociales de los adolescentes, y sería particularmente eficaz en la reducción de la prevalencia entre los jóvenes.
- d. Mejores campañas sociales sobre el control del tabaco. Para ello sería necesario remediar los defectos presentes en las actuales campañas sociales de mercado en Australia y no tendría ningún impacto en los derechos de propiedad intelectual de los titulares de marcas de tabaco.

**D. AUSTRALIA NO LOGRÓ REFUTAR EL CASO *PRIMA FACIE* DE CUBA EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

45. Australia argumenta que "el ámbito de los 'requisitos especiales' en cuestión [en el artículo 20] no incluye los aspectos en los que la medida de EG del tabaco prohíbe el uso de determinadas marcas de fábrica en el empaquetado y en los productos de comercio minorista del tabaco". Según Australia, el artículo 20 solamente impide medidas que impongan obligaciones positivas sobre el propietario de la marca de fábrica, pero no impide medidas en forma de prohibiciones de uso.

46. El argumento de Australia es erróneo. 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, la medida de EG impone 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 una fuente específicos. Por lo tanto, la medida de EG establece una serie de requisitos positivos y negativos sobre el uso de marcas de fábrica.

47. Australia argumenta también de forma errónea que el papel de las marcas de fábrica está limitado a la identificación del fabricante. Mientras que una de las funciones principales de una marca de fábrica es garantizar el origen de las mercancías y de los servicios, este no es su único objetivo. El conjunto de la jurisprudencia internacional de marcas de fábrica indica claramente que las marcas de fábrica tienen una serie de funciones importantes que van mucho más allá de la simple indicación del origen del producto (como la distinción de las mercancías del propietario de la marca de fábrica, de las de otros comerciantes). Esto es aplicable concretamente a las marcas de lujo Premium, tales como los puros LHM cubanos comercializados en Australia.

48. Las marcas de fábrica tienen importantes funciones de calidad, comunicación e inversión, además de su función de origen. En el caso de puros cubanos, su prestigio es comunicado por la marca y por su asociación con Cuba. Finalmente, las marcas de fábrica tienen una función de inversión. La función de inversión consiste en el uso de la marca de fábrica para adquirir o preservar una reputación que mantiene la lealtad de los consumidores durante un prolongado período de tiempo.

49. Los argumentos de Australia pasan por alto estas funciones esenciales y más amplias de las marcas de fábrica. En su lugar, se centran y limitan el papel de las marcas de fábrica a su estrecha e histórica función de simple elemento de diferenciación del propietario de la marca de fábrica, de otros productores en términos de distinción de origen.

50. Australia intenta argumentar que sus medidas de EG son "justificables" haciendo una distinción entre lo que denomina la "*función de identificación de fuente esencial*" de una marca de fábrica y lo que denomina la "*función de publicidad*" de marcas de fábrica. Según Australia, las medidas de EG respetan la "*identificación de fuente esencial*" porque permiten el uso del nombre de la marca (en una fuente estandarizada y sin elementos gráficos) y simplemente prohíben "*publicidad inaceptable*".

51. Cuba discrepa totalmente con Australia cuando manifiesta que el uso en el empaquetado de un producto de marcas de fábrica con elementos y colores figurativos no se encuentra protegido por el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Ambos tipos de marcas de fábrica (esto es, aquellas que solamente contienen texto y aquellas que incluyen elementos figurativos) se encuentran independientemente protegidas por el Acuerdo sobre los ADPIC (artículos 15.1, 22 y 23 del Acuerdo sobre los ADPIC). Es también evidente que una marca de fábrica que no puede ser usada no es capaz de realizar su *función de identificación de fuente esencial* -de este modo, las medidas de EG impiden la función primaria de una marca de fábrica-. Muchos Miembros de la OMC regulan o prohíben la publicidad de productos tales como bebidas alcohólicas, productos sanitarios y tabaco. No obstante, ningún Miembro de la OMC distinto de Australia ha implementado una prohibición sobre el uso de marcas de fábrica en el empaquetado de un producto.

52. Además, los elementos gráficos juegan un papel fundamental en la identificación de la fuente. A modo de ejemplo, la versión completa de la marca de fábrica Cohíba hace referencia al pueblo indígena de Cuba, a los indios Taínos fumando la "cuaba", lo cual era una ceremonia ancestral previa a la llegada de Cristóbal Colón. El elemento gráfico de la marca de fábrica, que alude a la herencia cultural en la que el producto se encuentra arraigado es, al menos, tan importante para la función de identificación de fuente, si no más, que el propio nombre.

53. No es razonable asumir que la presencia de este elemento figurativo en una caja de puros con un 75% y un 90% de advertencias sanitarias vaya a afectar negativamente al objetivo de salud pública de Australia (y ciertamente no en un contexto en el que las pruebas acreditan que las medidas de EG no han aumentado la efectividad de las advertencias sanitarias y que no han tenido impacto alguno en el comportamiento real del hábito de fumar).

54. Además, el uso de una marca de fábrica completa (esto es, con elementos figurativos) en una caja de puros con un 75% y un 90% de advertencias sanitarias gráficas nunca puede ser considerado como inadecuado o sujeto a "complicaciones justificadas" en un contexto de la OMC. El comercio solamente puede tener lugar si es posible un nivel mínimo de comunicación a través de la cual el vendedor pueda informar al comprador de las cualidades y del origen de su producto, así como de las diferencias con otros productos. En un "mercado oscuro" la exhibición de la marca de fábrica en el paquete es la única forma de comunicar esta información al consumidor. Australia describe esto como "*promoción*" en lugar de comunicación, pero este hecho ignora lo que realmente ocurre cuando un puro cubano es colocado en el mercado con una marca de fábrica en el paquete, especialmente en el contexto de la regulación existente en Australia, que restringe la visualización de marcas de fábrica a un espacio muy pequeño en los paquetes. En estas circunstancias, el vendedor busca principalmente comunicar al comprador la calidad, el origen, la tradición y las características del producto, así como las diferencias con otros productos similares. Este es el motivo real por el que las marcas de fábrica y las indicaciones geográficas se han creado y se encuentran protegidas por las normas de la OMC. No obstante, y tal y como ha explicado la propia Australia, el efecto y el objetivo de las medidas de EG es precisamente suprimir toda variabilidad entre el empaquetado de diferentes productos del tabaco y "*eliminar*" la oportunidad de que un fabricante diferencie sus productos a través del empaquetado de tabaco. Al hacerlo,

Australia invalida la función esencial de protección de la marca de fábrica en el contexto del comercio internacional. Lo que no hace la visualización de marcas de fábrica en el limitado espacio que resta en el paquete de tabaco es incitar al hábito de fumar.

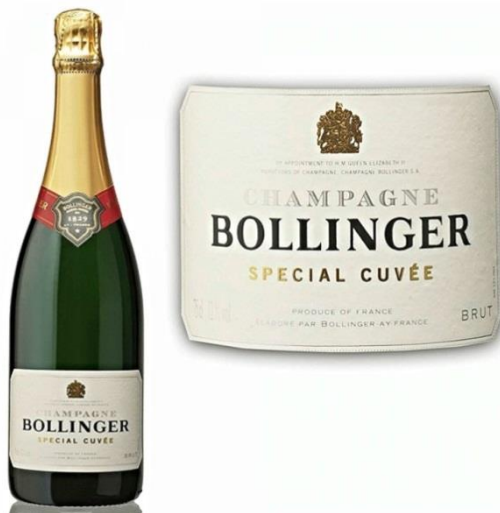
**E. LAS MARCAS DE FÁBRICA TIENEN UNA IMPORTANCIA ESENCIAL PARA LA CREACIÓN DE LA IMAGEN DE MARCA Y PARA LA DIFERENCIACIÓN DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO PREMIUM**

55. Los puros LHM de Cuba no son productos del tabaco de baja calidad "estandarizados". Los puros LHM son productos de lujo, y junto a otros productos de lujo, la creación de imagen de marca a través del uso de marcas de fábrica es fundamental para el prestigio comercial y para el valor económico.

56. Tal como Cuba ha explicado, la incomparable reputación y la prestigiosa posición de marca de los puros LHM de Cuba se derivan de una inversión colectiva del pueblo cubano durante muchas generaciones. Surgen de una combinación del entorno natural de Cuba y del *know-how* y las técnicas utilizadas por los productores cubanos de tabaco, así como los fabricantes de puros altamente calificados, quienes los fabrican totalmente a mano.

57. Se han implementado normas y estándares estrictos, que son aplicados escrupulosamente para mantener la calidad de los puros LHM de Cuba. Por ello, los consumidores en todo el mundo consideran correctamente a los puros cubanos como un producto de máxima calidad, posición que los fabricantes cubanos de puros han tratado de proteger invirtiendo sustancialmente en la creación de la imagen de la marca de puros LHM, durante un prolongado período y con determinadas marcas de fábrica que se llevan utilizando desde hace más de un siglo (por ejemplo, Partagás - 1845; Hoyo de Monterrey - 1865; Romeo y Julieta - 1875; Bolívar - 1902).

58. En este sentido, Cuba considera que es útil visualizar el impacto devastador que medidas similares, aun sin advertencias sanitarias, tendrían en otros productos de gama alta, tales como el Champagne. La **figura 4** siguiente, muestra una etiqueta con una marca de fábrica y una indicación geográfica. La **figura 5** muestra cómo quedaría la etiqueta bajo las medidas de EG.



**Figura 4:** Etiqueta de champagne Bollinger Special Cuvée.

En esta etiqueta la marca de fábrica es "Bollinger Special Cuvée" y la indicación geográfica es "champagne".



**Figura 5:** Etiqueta que tendría el de champagne Bollinger Special Cuvée si estuviera sujeta a la medida de EG (menos la advertencia sobre la salud).

59. Cualquier Miembro de la OMC que fuera a introducir semejantes medidas de EG se enfrentaría a una fuerte oposición de una serie de Miembros de la OMC desarrollados, sobre todo de la Unión Europea, pero también de Australia y de los Estados Unidos. Argumentarían que es impensable que dicha medida cumpliera en modo alguno con el Acuerdo sobre los ADPIC puesto que perjudicaría la esencia de lo que el Acuerdo sobre los ADPIC trata de lograr. Cuba está de acuerdo con esto e insiste firmemente en que la conclusión debería ser la misma en el supuesto que nos ocupa. Esa conclusión no puede ser diferente simplemente porque los productos afectados por este caso sean puros LHM de gama alta, en lugar de bebidas alcohólicas de gama alta, y porque el país con una posición líder en el mercado sea un pequeño país en desarrollo como Cuba.

60. La propia Australia ha reconocido el segmento de valor superior que ocupan los puros LHM de Cuba y ha comentado en su primera comunicación escrita, que los puros se encuentran "cada vez más asociados con un estatus de alto nivel, lujo, riqueza, sofisticación y estilo". La percepción del consumidor de los puros cubanos como un producto de alto nivel y de lujo no ha ocurrido por casualidad; el valor y la calidad percibidos de estos puros derivan de la inversión realizada por años en marcas de fábrica y del importante fondo de comercio y utilidad asociados a estas marcas de fábrica.

61. En este contexto, es totalmente erróneo y también incoherente que Australia argumente que las marcas de fábrica no distinguen productos en términos de su "calidad, características y reputación". Por el contrario, la esencia de estas marcas de fábrica es comunicar las tradiciones, cultura e inversión que contribuyen a la calidad de los mundialmente conocidos puros cubanos. Los consumidores no pagan un precio sustancialmente 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.

62. Esta "complicación" de gran envergadura es injustificada porque no es necesaria, razonable ni racional a la luz del objetivo de salud pública de Australia de reducir la prevalencia del hábito de fumar. Las medidas de EG son ineficaces, existen medidas alternativas que serían más eficaces y no implicarían ninguna complicación a las marcas de fábrica, tales como: un aumento del impuesto sobre el consumo, la investigación previa de características de diseño de empaquetado o un incremento de la edad mínima de compra.

## **V. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO INFRINGEN EL ARTÍCULO 24.3 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

63. Cuba afirma que las medidas de EG infringen el artículo 24.3 del Acuerdo sobre los ADPIC puesto que tienen el efecto de disminuir el nivel de protección otorgado a indicaciones geográficas cubanas, comparado con el nivel de protección que existía en Australia antes del 1º de enero de 1995. En concreto, Cuba destaca que el uso de la indicación geográfica Habanos en el empaquetado para el comercio minorista de puros LHM cubanos estaba permitido al amparo de la ley local australiana antes del 1º de enero de 1995, mientras que el uso de dicha indicación geográfica específica en el empaquetado para el comercio minorista se encuentra actualmente prohibido.

64. Contrario a las alegaciones de Australia, Cuba ha acreditado que la indicación geográfica Habanos se ha ganado desde 1968 una reputación en Australia que queda cubierta bajo la protección contra fraude por imitación ("passing off") al amparo del derecho común del daño, y Australia ha admitido que podría implicar la protección de indicaciones geográficas a los efectos del apartado 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>3</sup>

65. Cuba observa que el artículo 24.3 impone una obligación sobre Australia y otros Miembros de no reducir el nivel de protección proporcionado a indicaciones geográficas específicas, comparado con el nivel de protección existente antes de la conclusión del Acuerdo sobre los ADPIC. Dada esta obligación, Cuba mantiene que en la medida en que la protección preexistente en un Miembro incluya el derecho al uso de indicaciones geográficas, el Miembro no puede reducir posteriormente la protección mediante la prohibición del uso de indicaciones geográficas.

---

<sup>3</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 70 y 71.

**VI. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL ARTÍCULO 10BIS DEL CONVENIO DE PARÍS, LEÍDO CONJUNTAMENTE CON EL ARTÍCULO 2.1 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

66. Cuba ha presentado un caso *prima facie* de que las medidas de EG violan el artículo 10bis del Convenio de París, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC por su artículo 2.1. El artículo 10bis 1) requiere que los Miembros proporcionen una "protección efectiva frente a la competencia desleal" resultante del uso de marcas en productos.

67. En concreto, al amparo del artículo 10bis 3) i) los Miembros deben prohibir "todos los actos de tal naturaleza que generen confusión por cualquier medio con el establecimiento, los productos o las actividades industriales o comerciales de un competidor"; y al amparo del artículo 10bis 3) iii) prohibir "todos los actos que en el transcurso de la actividad comercial sean responsables de inducir a error al público" en relación con la naturaleza y características de los productos. La medida de empaquetado genérico de Australia retira todos los elementos distintivos del empaquetado de tabaco con la excepción de la marca y el nombre de variante, los cuales solamente pueden ser impresos con el tipo y tamaño de fuente prescritos. Como consecuencia, la medida de EG de Australia requiere que las empresas sigan las prácticas contrarias a la competencia que Australia viene obligada a impedir al amparo del artículo 10bis del Convenio de París. El EG genera deliberadamente confusión y la posibilidad de inducir a error al público, aspectos estos que los Miembros tienen la obligación de impedir.

68. Las medidas de EG además violan el artículo 10bis porque requieren que los comerciantes generen una creencia errónea entre los consumidores de que productos diferentes son similares. Debido a las grandes semejanzas en la apariencia del empaquetado y del producto, los consumidores tendrán dificultades para identificar productos del tabaco Premium y probablemente lleguen a la errónea conclusión de que todos los puros (ya sean hechos industrialmente o a mano) y todos los cigarrillos son intercambiables. La situación resultante perjudica a los productores de productos Premium porque, a pesar de haber realizado importantes inversiones en calidad, es muy poco probable que se vean recompensados por los consumidores por la realización de dichas inversiones. Esto es especialmente injusto en el caso de los beneficiarios de indicaciones geográficas, tales como los productores cubanos de puros LHM, pues las inversiones sociales, económicas y culturales efectuadas durante largos años quedarán sin recompensa.

69. Las medidas de EG generan competencia desleal porque ponen en peligro la capacidad de los productores cubanos de protegerse frente al comercio de mercancías falsificadas. Para garantizar la autenticidad de sus exportaciones, Cuba exige que cada caja de puros: 1) cuente con una etiqueta con la indicación geográfica 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. Al impedir el uso de estas protecciones, las medidas de EG facilitan que los falsificadores vuelvan a embalar puros cubanos falsos o puros no cubanos como auténticos puros cubanos, y de este modo desviar mercancías afectando a Cuba.

70. Tal y como se ha comentado más arriba, el sello de garantía del Gobierno cubano es una característica distintiva de los puros cubanos con una historia que se remonta a 1889. Además de jugar un papel único e irremplazable para garantizar la autenticidad de los puros LHM cubanos, el sello de garantía del Gobierno cubano es también una indicación geográfica dentro del significado del apartado 1 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, puesto que su función es garantizar el origen cubano. En consecuencia, todos los argumentos expuestos por Cuba en relación con las indicaciones geográficas en este procedimiento, son también de aplicación al sello de garantía del Gobierno cubano.

71. La postura de Cuba en este aspecto se encuentra, además, apoyada por el informe del Grupo Especial en *México - Telecomunicaciones*. En ese asunto, el Grupo Especial examinó la obligación de un Miembro de la OMC de adoptar "medidas adecuadas" para impedir "prácticas contrarias a la competencia".

**VII. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO VIOLAN EL ARTÍCULO 2.2 DEL ACUERDO OTC**

72. Las medidas de EG son incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC dado que constituyen un reglamento técnico más restrictivo de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo.

**A. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON RESTRICTIVAS DEL COMERCIO A LA LUZ DE SU DISEÑO, ESTRUCTURA Y OPERACIÓN**

73. Las medidas de EG son restrictivas del comercio, lo cual se evidencia a partir del diseño, estructura y operación de las propias medidas. Tal y como se ha explicado, los puros cubanos son productos de lujo para los que las marcas de fábrica y su asociación con Cuba, a través de la indicación geográfica, son esenciales. Australia explica en su segunda comunicación escrita que las medidas de EG tratan de eliminar la oportunidad de que los fabricantes utilicen el empaquetado de tabaco para promocionar sus productos y retirar toda variabilidad entre el empaquetado de tabaco. La consecuencia inevitable es que los consumidores cambiarán de productos Premium de lujo a productos estandarizados de inferior calidad.

74. Australia parece argumentar que dicho efecto restrictivo significativo en las oportunidades competitivas para los puros cubanos no importa (y que no es restrictivo del comercio), si la demanda pasa a orientarse a otros productos importados. Pero, obviamente, sí es importante y es muy evidente el efecto restrictivo del comercio para nuestro país. Cuba no conoce ningún principio en las normas de la OMC que permita que una restricción fáctica del comercio con un país, se justifique mediante un aumento de las importaciones de otro país. Esto no sorprende puesto que dicho principio entraría en conflicto con el principio de nación más favorecida. Por lo tanto, la interpretación expuesta por Cuba deja completamente intacta la distinción entre el apartado 1 del artículo 2.1 y el apartado 2 del artículo 2. La posición de Cuba en este sentido se encuentra respaldada además por las recomendaciones del Comité OTC aprobadas el 4 de octubre de 1995.

75. Cuba afirma que Australia se equivoca al manifestar que para ser restrictivas del comercio sus medidas de EG deben tener un "efecto limitante sobre el comercio en general" de productos del tabaco. La cuestión relevante a la hora de valorar la restricción al comercio es si la medida ha tenido un efecto adverso sobre las oportunidades competitivas de productos importados, desincentivando las exportaciones a Australia y creando incertidumbres a los exportadores. Como lo establece el profesor Damien Neven, las medidas de EG tienen un impacto negativo sobre esta variable.

76. Además, para poder acceder al mercado australiano, las medidas de EG obligan a los exportadores a adaptar sus procesos de producción a lo específicamente exigido y a los requisitos detallados; esto implica unos importantes costes de adaptación y cumplimiento, lo que inherentemente supone una restricción al comercio. Esto se encuentra también respaldado por el Comité OTC en sus recomendaciones relativas al concepto de efecto significativo sobre el comercio.

77. Un cambio especialmente significativo en el proceso de producción requerido por las medidas de EG es que ya no puede adherirse el sello de garantía del Gobierno cubano en las cajas de puros LHM cubanos comercializadas en Australia. Como se ha explicado por Cuba, el cumplimiento de las medidas de EG requiere que la caja original precintada producida en Cuba sea abierta con el fin de que los puros se vuelvan a empaquetar en cajas que cumplan con las medidas de EG, luego de haber manipulado los puros para sustituir también las vitolas. Naturalmente, esto también implica que ya no sea posible garantizar que el producto no haya sido manipulado entre el momento en que abandonó la fábrica en Cuba y el momento en que el consumidor abra la caja.

78. Además, el Grupo Especial debería tener en consideración el diseño, la estructura y la operación de las medidas de EG a la hora de valorar la naturaleza restrictiva del comercio de las medidas de EG. La propia Australia ha explicado que las medidas de EG tienen como objetivo eliminar la oportunidad de que un fabricante utilice productos del tabaco para promocionar sus productos y suprimir toda variabilidad entre el empaquetado de tabaco. Dicha medida es inherentemente restrictiva del comercio. En el caso de productos de lujo, tales como los puros LHM cubanos, dicha medida tendrá consecuencias desastrosas, pues las marcas de fábrica y las

indicaciones geográficas son esenciales para destacar la asociación de los productos con Cuba y con su historia como país fabricante y exportador de puros, así como para diferenciar estos productos del resto. Esto es especialmente importante en el contexto de un "mercado oscuro", tal y como ocurre en el caso de productos del tabaco en Australia.

79. En este sentido, debemos destacar que no es una coincidencia que el artículo 23 del Acuerdo sobre los ADPIC introduzca una protección adicional a las indicaciones geográficas de vinos y bebidas alcohólicas. Dicha protección es especialmente importante para vinos y bebidas alcohólicas porque pertenecen a una categoría de productos en los que los consumidores valoran la diferenciación de producto en forma de origen geográfico, calidad y tradición mucho más que en el resto de productos. Los puros LHM cubanos forman parte de la misma categoría y una medida cuyo objetivo específico sea eliminar toda variabilidad entre el empaquetado de tabaco y la última oportunidad de comunicar tradición y calidad es inherentemente restrictiva del comercio para Cuba.

80. Finalmente, debemos destacar que la propia Australia reconoció que las medidas de EG son restrictivas del comercio (y que no se basan en ninguna norma internacional relevante) cuando las notificó al amparo del artículo 2.9.2 del Acuerdo OTC.

## **B. LAS MEDIDAS DE EG RESTRINGEN EL COMERCIO MÁS DE LO NECESARIO DADO QUE AUSTRALIA TENÍA A SU DISPOSICIÓN MEDIDAS ALTERNATIVAS**

81. El argumento de Cuba es que las medidas de EG son inefectivas dado que no son capaces de reducir los índices de tabaquismo en Australia. Cuba incorpora en esta sección sus argumentos previos esgrimidos en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC en relación con las razones por las que las medidas de EG no contribuirán al objetivo de Australia.

82. Aun en caso que el Grupo Especial concluya que las medidas de EG sí logran alguna contribución al objetivo de Australia, Cuba sostiene que Australia tenía a su disposición diversas medidas alternativas que alcanzarían ese mismo grado de contribución. Las medidas alternativas son las mismas que fueron explicadas previamente en el reclamo de Cuba bajo el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Para recordar, dichas medidas alternativas son: i) un incremento de impuestos especiales sobre productos de tabaco; ii) una investigación previa de las características del diseño del empaquetado; iii) un aumento de la edad mínima para comprar legalmente productos de tabaco; y iv) mejores campañas sociales de marketing del control del tabaco.

83. Cuba quisiera recordar que la Oficina de Mejores Prácticas Regulatorias de Australia ("OBPR" por sus siglas en inglés) no encontró ninguna justificación con respecto a las medidas de EG. De hecho, el 23 de abril de 2009, en una carta al Departamento de Salud y Envejecimiento de Australia ("DHA" por sus siglas en inglés), la OBPR no solamente informó al DHA que la Declaración de Impacto Regulatorio no cumplía con los principios establecidos por el Manual de Buenas Prácticas de Australia, sino que también estableció que estaba "*teniendo problemas para determinar cuál es el problema y su importancia. El segundo párrafo menciona 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. Parece que los programas actuales están logrando sus objetivos y que no existen motivos evidentes para la adopción de otras iniciativas*".<sup>4</sup>

## **C. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO NO SE HAN ADOPTADO DE ACUERDO CON LAS CORRESPONDIENTES NORMAS INTERNACIONALES**

84. Australia trata de basarse en el artículo 2.5 del Acuerdo OTC, que establece que cuando exista una norma técnica aprobada, con un objetivo legítimo, de conformidad con los correspondientes estándares internacionales, habrá una presunción rebatible de que el obstáculo al comercio internacional no es innecesario. No obstante, las Directrices CMCT no constituyen una norma internacional relevante, en primer lugar porque no se ajustan a la definición de "norma" y, en segundo lugar, porque la Conferencia de las Partes (COP por sus siglas en inglés) del CMCT no es un organismo de normalización internacional reconocido.

---

<sup>4</sup> Australian Government, Office of Best Practice Regulation, *Draft RIS for the Tobacco Control Act* (23 de abril de 2009), Anexo HON-12, página 3.

## 1. Las Directrices CMCT no son normas

85. Para que las Directrices equivalgan a una norma deben cumplir con la definición establecida en el Anexo 1.2 del Acuerdo OTC, la cual indica que las normas deben proporcionar "*directrices o características para productos o procesos y métodos de producción conexos*" para un "*uso común y repetido*". Por supuesto, esto hace referencia a un "*uso común y repetido*" por parte de los productores y a la naturaleza no vinculante frente a productores. Un ejemplo excelente de lo anterior lo constituyen las normas ISO, que son adecuadas para un "*uso común y repetido*" por los productores y que no son vinculantes, pero que permiten que un productor logre de una "forma estandarizada" un determinado nivel de calidad, seguridad o compatibilidad técnica. Un ejemplo representativo es la norma ISO 3394 sobre dimensiones de cajas rígidas rectangulares de transporte, citada previamente por Honduras.

86. A diferencia de esas normas, las Directrices CMCT son completamente diferentes y tratan de animar a las autoridades a que impongan normas técnicas vinculantes para los productores. Las Directrices 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 CMCT tampoco son precisas ni prescriptivas: son recomendaciones normativas para reguladores y legisladores, no guías técnicas detalladas para productores.

## 2. La COP del CMCT no cuenta con actividades de normalización reconocidas

87. Cuba y Australia están de acuerdo en que hay dos requisitos que un organismo debe cumplir para ser calificado como un organismo con "*actividades de normalización reconocidas*". En primer lugar, la normalización deberá ser una de las funciones del organismo en cuestión (Australia se refiere a esto como la "*dimensión normativa*"). En segundo lugar, los Miembros de la OMC deberán ser conscientes o tener motivos para esperar que el organismo internacional en cuestión se dedique a actividades de normalización (Australia se refiere a esto como la "*dimensión fáctica*").

88. La COP del CMCT no es un organismo de normalización en el sentido normativo porque el marco documental que la fundamenta no dice nada en relación a que sea un organismo de normalización. Además, no se puede afirmar que los Miembros de la OMC sean conscientes o tengan motivos para esperar que la COP del CMCT se dedique a actividades de normalización. El texto del CMCT deja claro que se trata de un "convenio marco" sobre el que incluso los Estados escépticos están de acuerdo en entender que no los compromete a adoptar ninguna acción específica.

89. Por estas razones, es improcedente la invocación por parte de Australia de la presunción rebatible contenida en el artículo 2.5 del Acuerdo OTC.

## VIII. LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO SON INCOMPATIBLES CON EL ARTÍCULO IX.4 DEL GATT DE 1994

90. Cuba sostiene que las medidas de EG son incompatibles con el artículo IX.4 del GATT de 1994 puesto que, al impedir que los puros LHM cubanos desplieguen la indicación geográfica "Habanos", dichos productos sufren una reducción sustancial de su valor.

91. La reducción sustancial del valor se debe a que la indicación geográfica "Habanos" forma parte de la información que ayuda a otorgar certeza al consumidor sobre la autenticidad del producto; es decir, asegura al consumidor que el producto es genuino y no de origen ilícito. Las medidas de Australia impiden desplegar cierta información, lo cual crea incertidumbre en el consumidor sobre si el producto que pretende adquirir es auténtico. Este es un beneficio conocido de la indicación geográfica "Habanos".

92. Adicionalmente, la reducción sustancial del valor también se debe a que, al impedir que los puros LHM cubanos desplieguen la indicación geográfica "Habanos", las medidas de Australia limitan la habilidad de los exportadores cubanos de mantener el sobreprecio (*price premium*) respecto de estos productos.

93. Cuba sustentó debidamente estas afirmaciones de hecho mediante diversas pruebas, entre las cuales se encuentran las Pruebas documentales CUB-10, CUB-31, CUB-34, CUB-36 y JE-24(50).



94. Australia se equivoca al alegar que el artículo IX.4 del GATT de 1994 exige una carga probatoria particular. Tal como Cuba ha aclarado a lo largo de este litigio, la demostración de un caso *prima facie* de violación bajo el artículo IX.4 sigue las mismas reglas generales establecidas por el Órgano de Apelación, conforme a las cuales "[u]na acreditación *prima facie* de las alegaciones tiene que basarse en 'pruebas y argumentos jurídicos' aportados por la parte reclamante".<sup>5</sup>

95. Cabe mencionar que, en opinión de Cuba, el "valor" de un producto puede ser reducido ya sea de manera cuantitativa o de manera cualitativa. Cuba ya ha establecido las razones por las que el valor del producto es reducido en términos cuantitativos. En relación con la reducción del valor en términos cualitativos, Cuba observa que el sentido corriente del término "valor" es "[g]rado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite".<sup>6</sup> Conforme a este significado, el valor de la indicación geográfica "Habanos" puede también medirse en términos cualitativos debido a su importante utilidad para satisfacer una necesidad específica, esto es, su utilidad como una herramienta importante para determinar la autenticidad del producto. La afectación de este "valor" de la indicación geográfica "Habanos" en términos cualitativos también sustentaría el reclamo de Cuba conforme al artículo IX.4 de que las medidas de EG reducen sustancialmente el valor de los puros LHM cubanos.

96. La indicación geográfica "Habanos" es uno de los elementos principales de la reputación de los puros LHM cubanos como productos de alta calidad con una larga tradición. Tal y como ha establecido en su declaración oral inicial en la segunda reunión del Grupo Especial, Cuba entiende que el impacto de una prohibición en el uso de la indicación geográfica "Habanos" es similar a la prohibición del uso del término "champagne" para el vino de la región de Champagne. Nadie cuestionaría que dicha prohibición en el término "champagne" tendría un impacto sustancial y considerable en los precios superiores que poseen los vinos champagne comparados con otros vinos espumosos. Incluso aunque el impacto en los precios no tuviera lugar de forma inmediata, ocurriría inevitablemente con el paso del tiempo. La intención específica de las indicaciones geográficas utilizadas para demostrar la calidad y tradición de productos de lujo es diferenciar estos productos de otros productos "estándar".

97. La sustitución de la indicación geográfica Habanos por las palabras "Hecho en Cuba", "Hecho a mano" y "Pacific Cigar Company", que es el texto que aparece actualmente en el EG de los puros cubanos en Australia, es claramente insuficiente para comunicar la asociación con el origen cubano y con la larga tradición de crecimiento del tabaco y de fabricación de puros que es transmitida mediante el uso de la indicación geográfica Habanos.

98. Además, no todos los puros cubanos reúnen los requisitos para que pueda utilizarse la indicación geográfica Habanos -la indicación geográfica Habanos está reservada exclusivamente para los mejores puros cubanos que cumplen con estrictos estándares de calidad-. Por el contrario, las expresiones "Hecho en Cuba", "Hecho a mano" y "Pacific Cigar Company" que aparecen actualmente en el EG de puros cubanos en Australia cubren una categoría de puros mucho más amplia que la de aquellos que reúnen los requisitos para ser incluidos en la indicación geográfica Habanos. En consecuencia, estos términos son incapaces de comunicar la misma información sobre origen, tradición y calidad que la indicación geográfica Habanos.

## **IX. OTROS RECLAMOS LEGALES**

99. Cuba también ha hecho suyas las siguientes alegaciones presentadas por los otros codemandantes:

- a. Artículo 15.4 del Acuerdo sobre los ADPIC, el cual indica que la naturaleza del producto o servicio al que la marca ha de aplicarse no será en ningún caso obstáculo para el registro de la marca.
- b. Artículo 16.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, el cual establece que el titular de una marca registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros utilicen, sin su autorización, signos idénticos o similares para bienes o servicios idénticos o similares.

<sup>5</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 140 (citando el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas*, página 19).

<sup>6</sup> Diccionario de la Real Academia Española, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=bJelXWG>.

- c. Artículo 16.3 del Acuerdo sobre los ADPIC, el cual establece una protección aumentada para marcas notoriamente conocidas, respecto de las cuales el titular de la marca tiene el derecho de prevenir un uso no autorizado aun cuando la marca es utilizada en bienes no similares.
- d. Artículo 22.2 b) del Acuerdo sobre los ADPIC, el cual indica que, con respecto a las indicaciones geográficas, los Miembros de la OMC arbitrarán 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* del Convenio de París (1967).
- e. Artículo 6*quinquies* del Convenio de París (en relación con el artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC), el cual indica que toda marca registrada en el país de origen será admitida para su depósito y protegida tal cual es en los demás países de la Unión.

## **X. DEFENSA DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994**

100. Australia no puede invocar la defensa del artículo XX del GATT de 1994, puesto que las medidas de EG no pueden ser calificadas como "necesarias" para el logro del objetivo de salud pública de Australia de reducción de la prevalencia del hábito de fumar. De conformidad con la jurisprudencia consolidada de la OMC, para que una medida sea "necesaria" se requieren una serie de factores, incluidos: i) la "contribución de la medida a la consecución de los fines que busca"; y ii) la disponibilidad de medidas alternativas acordes con la OMC, que razonablemente podría esperarse que fueran aplicadas por Australia. En relación con el primer factor, las pruebas acreditan que las medidas de EG no han contribuido a la reducción del hábito de fumar durante los tres años siguientes a la implementación. En cuanto al segundo factor, existen, tal y como se ha comentado en el párrafo 44, medidas alternativas que podrían ser efectivas en el logro del objetivo de Australia.

## **XI. CONCLUSIÓN**

101. Por las razones antes expuestas, Cuba reitera su solicitud de que el Grupo Especial concluya que:

- a. Las medidas de EG violan el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.
- b. Las medidas de EG violan el artículo 24.3 del Acuerdo sobre los ADPIC.
- c. Las medidas de EG violan el artículo 10*bis* del Convenio de París (léase con el apartado 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC).
- d. Las medidas de EG violan el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.
- e. Las medidas de EG violan el artículo IX.4 del GATT de 1994.
- f. Las medidas de EG infringen 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 (léase con el apartado 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC).

102. Cuba solicita que el Grupo Especial recomiende, de conformidad con el artículo 19.1 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, que el Órgano de Solución de Diferencias pida que Australia ponga las medidas en cuestión de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo OTC y el GATT de 1994 en un plazo razonable.

**ANEXO B-4****RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE INDONESIA****I. INTRODUCCIÓN**

1. El 1º de diciembre de 2012, Australia prohibió o en algunos casos restringió severamente el uso de cualesquiera marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, colores distintivos y otras características de diseño en los productos de tabaco y en el empaquetado de esos productos. También exigió que i) las partes del paquete de tabaco que no estuviesen ya ocupadas por grandes advertencias sanitarias gráficas llevaran un acabado mate uniforme, de color marrón oscuro apagado; y que ii) los nombres de la marca (por ejemplo, "Marlboro") y de la variante (por ejemplo, mentol) figuraran en el paquete con un tipo y tamaño de letra, color y ubicación uniformes. Estas prescripciones, denominadas de "empaquetado genérico", son extremas y no tienen precedentes. Ningún otro Miembro de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") ha exigido nunca a un fabricante de un producto legal que elimine sus marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, presentaciones comerciales, logotipos y otros elementos de identidad de la marca de los productos antes de su venta al por menor.

2. Indonesia tiene sumo interés en este asunto. Inició el procedimiento porque el empaquetado genérico constituye una amenaza para las oportunidades de exportación de su rama de producción de cigarrillos, en particular la de cigarrillos de clavo de olor. Esta rama de producción representa aproximadamente el 1,66% del producto interno bruto total del país. Los cigarrillos de clavo de olor son esenciales para la economía indonesia. Es la segunda rama de producción más importante de Indonesia y emplea a más de 6 millones de personas. Más de la mitad de los ciudadanos de Indonesia vive en zonas rurales en las que la agricultura y la actividad de fabricación de cigarrillos de clavo de olor son las principales fuentes de ingresos. Indonesia exporta sus cigarrillos a todo el mundo, con inclusión de Australia, y en 2013 exportó productos de tabaco por valor de aproximadamente 700 millones de dólares. Indonesia plantea esta diferencia para proteger sus intereses en estas exportaciones.

3. La OMC deja a los Miembros mucho margen para defender objetivos legítimos de política pública, como la prevención del tabaquismo. En consecuencia, ninguno de los reclamantes en estas diferencias impugna el derecho de Australia a restringir la publicidad de los productos de tabaco, sus prescripciones en materia de etiquetado, restricciones en los puntos de venta y advertencias sanitarias obligatorias, ni las muchas otras medidas adoptadas por ese país para reducir el consumo<sup>1</sup> de productos de tabaco y las tasas de prevalencia del tabaquismo<sup>2</sup> dentro de sus fronteras. En particular, Indonesia no impugna las prescripciones relativas a las advertencias sanitarias gráficas. De hecho, Indonesia ha adoptado recientemente un conjunto de normas propias que exigen mostrar advertencias sanitarias gráficas en los productos de tabaco.<sup>3</sup>

4. La cuestión sometida al Grupo Especial no es si el tabaco es perjudicial o si debe estar sujeto a reglamentación. Antes bien, la cuestión es si las modificaciones introducidas en la imagen y el aspecto del empaquetado del tabaco (es decir, la pequeña parte del paquete de cigarrillos aún no cubierta por las advertencias sanitarias gráficas en Australia) y de los cigarros (puros) y cigarrillos sueltos son compatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en el marco de la OMC.

---

<sup>1</sup> El "consumo" de tabaco indica la cantidad total de tabaco que se consume, por lo general expresada en función del número de "cigarrillos" vendidos.

<sup>2</sup> La "prevalencia" del tabaquismo corresponde al número de personas que fuman en una población determinada y suele expresarse como porcentaje.

<sup>3</sup> Véase Australian Broadcasting Commission News, "Indonesia pushes for graphic health warnings on cigarettes" (Indonesia promueve las advertencias sanitarias gráficas en los paquetes de cigarrillos), (25 de junio de 2014).

## II. ANTECEDENTES DE HECHO

### A. La reglamentación de los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos en Australia anterior al 1º de diciembre de 2012

5. Es importante considerar el empaquetado genérico a la luz del marco normativo vigente cuando se adoptaron las medidas y del abanico de restricciones a la comercialización del tabaco que ya estaban en vigor en el momento en que se puso en marcha el empaquetado genérico. Ninguna de esas otras políticas de control del tabaco es objeto de la presente diferencia.

6. Australia es un "mercado oscuro", es decir, uno en que se prohíbe toda forma de publicidad y promoción del tabaco.<sup>4</sup> En 1973, el Gobierno australiano comenzó a eliminar de manera gradual la publicidad de los productos de tabaco en la televisión y la radio, y esta prohibición pasó a ser total el 1º de septiembre de 1976. En diciembre de 1990 entró en vigor la prohibición de la publicidad en los medios impresos (periódicos y revistas), en el marco de la *Ley de anuncios sobre productos de tabaco (prohibición)*. La *Ley de prohibición de la publicidad del tabaco* de 1992 estableció restricciones adicionales, por ejemplo, la prohibición de anuncios mediante películas, publicidad exterior y patrocinio.

7. Desde 1973, Australia exige que los paquetes de tabaco contengan advertencias sanitarias.<sup>5</sup> En 1985 se implantaron advertencias sanitarias adicionales, que eran más prominentes. Conforme al *Reglamento de prácticas comerciales (Normas de información al consumidor sobre los productos) (tabaco) de 2004* los envases de la mayor parte de los productos de tabaco (excepto, por ejemplo, los cigarrillos (puros) envueltos individualmente) debían llevar advertencias sanitarias gráficas y una serie de mensajes rotativos sobre los riesgos del tabaquismo para la salud.<sup>6</sup>

8. A partir del 1º de marzo de 2006 se exigió que todos los envases llevaran advertencias sanitarias ilustradas que ocupasen el 30% de la cara anterior y el 90% de la cara posterior del paquete. En paralelo con las medidas encaminadas a adoptar el empaquetado genérico, Australia aumentó de forma sustancial el tamaño de sus advertencias sanitarias gráficas en el marco de la *Norma de información en materia de competencia y protección al consumidor (tabaco) de 2011* (la "Norma de información"). En el caso de los paquetes de cigarrillos, el tamaño de los textos e imágenes de advertencia prescrito pasó de representar el 30% a representar el 75% de la superficie frontal.<sup>7</sup> En el caso de los tubos para cigarrillos, los textos de advertencia deben ocupar el 95% de la longitud total de la superficie exterior y abarcar al menos el 60% de la circunferencia de dicha superficie.<sup>8</sup>

9. Australia también ha aplicado a escala estatal y local prohibiciones al consumo de los productos de tabaco en determinadas zonas y en determinadas circunstancias ("prohibiciones de fumar"), por lo general en espacios públicos. Los estados y territorios australianos en los que rigen esas prohibiciones abarcan más del 99% de la población total de Australia, medido en función de la residencia.<sup>9</sup>

10. En Australia, los productos de tabaco están sometidos a una carga tributaria muy elevada. Entre 1999 y marzo de 2010, el impuesto especial aumentó dos veces al año, conforme al nivel general de inflación, y pasó de 0,18872 a 0,26220 centavos por cigarrillo. Además, el 1º de agosto de 2013, Australia anunció aumentos adicionales de los impuestos sobre el tabaco en los años siguientes. Se anunciaron cuatro impuestos especiales adicionales, del 12,5% cada uno, para 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.<sup>10</sup>

11. También son frecuentes en Australia las campañas de lucha contra el tabaquismo en los medios de comunicación.<sup>11</sup> Entre ellas se cuentan las campañas de mercadotecnia social, que

<sup>4</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54.

<sup>5</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 57.

<sup>6</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 57.

<sup>7</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 58.

<sup>8</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 58.

<sup>9</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 62.

<sup>10</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 67.

<sup>11</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 69.

consisten en mensajes de los servicios públicos dirigidos a segmentos concretos de la población que se difunden a través de distintos medios (por ejemplo, la televisión, la radio, la prensa, las redes sociales y de salud, y los medios digitales).

12. Para tratar de justificar la necesidad de regular el empaquetado del tabaco, Australia ha reiterado preocupaciones relativas a dicho empaquetado que datan de decenios atrás.<sup>12</sup> En la sección 1.3 del examen posterior a la aplicación se repiten estas afirmaciones, y se mencionan documentos y prácticas de empresas tabacaleras que se remontan a hace más de 20 años.<sup>13</sup> Lo que no se menciona en ese examen es que como resultado de muchas de las políticas antes descritas, un gran número de estos problemas ya habían dejado de tener pertinencia cuando se adoptó el empaquetado genérico.

## **B. Panorama general del empaquetado genérico en Australia**

### **1. La Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco y su correspondiente reglamento**

13. La *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011* ("*Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*") fue aprobada por ambas Cámaras del Parlamento el 21 de noviembre de 2011 y obtuvo sanción real el 1º de diciembre de 2011.<sup>14</sup> El *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2011* ("*Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*") fue promulgado el 7 de diciembre de 2011.<sup>15</sup> Según los términos de las medidas de empaquetado genérico, a partir del 1º de octubre de 2012 todos los paquetes de tabaco debían fabricarse conforme a las prescripciones en materia de empaquetado genérico.<sup>16</sup> Los establecimientos minoristas dispusieron de dos meses adicionales para agotar sus existencias de paquetes no conformes, pero a partir del 1º de diciembre de 2012 todos los productos de tabaco que estuvieran a la venta en esos establecimientos debían cumplir las medidas de empaquetado genérico.<sup>17</sup>

#### **a. Prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio y prescripciones relacionadas con las marcas**

14. El artículo 20 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* prohíbe el uso de cualquier marca o marca de fábrica o de comercio en el empaquetado de los productos de tabaco destinados al comercio minorista, a excepción de las expresamente permitidas. Se regulan de forma estricta la apariencia de la marca, el nombre comercial, el nombre de la empresa o el nombre de la variante, y se establecen condiciones pormenorizadas en relación con la posición y el aspecto.<sup>18</sup> El *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco* estipula que en el empaquetado destinado al comercio minorista pueden figurar los siguientes elementos: marcas de origen, marcas de calibración, una marca de medida y una descripción comercial, un código de barras, una declaración de riesgo de incendio, una declaración de producto de fabricación local, y un nombre y dirección.<sup>19</sup>

15. El artículo 26 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* prohíbe el uso de marcas de fábrica o de comercio y de marcas en cualquier lugar de un producto de tabaco, a excepción de los lugares permitidos por el Reglamento. El artículo 3.1.2 del *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco* permite que los cigarrillos lleven como único signo un código alfanumérico. En la sección 3.2 de dicho Reglamento se establecen prescripciones similares aplicables a los cigarrillos (puros) y bidis.

<sup>12</sup> Observaciones de Indonesia sobre el examen posterior a la aplicación, párrafo 8.

<sup>13</sup> Departamento de Salud y Geriátrica de Australia, "*Post - Implementation Review: Tobacco Plain Packaging 2016*" ("*PIR*") ("*Examen posterior a la aplicación: empaquetado genérico del tabaco, 2016*" ("*examen posterior a la aplicación*") (marzo de 2016), Prueba documental AUS-624, párrafos 20-22.

<sup>14</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 73.

<sup>15</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 73.

<sup>16</sup> Véanse la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 2; y el *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 1.1.2.

<sup>17</sup> *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 2.

<sup>18</sup> *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 21.

<sup>19</sup> *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*, sección 2.3.

## b. Prescripciones en materia de formato/aspecto

16. El artículo 18 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* establece prescripciones destinadas a uniformar la forma o las características físicas de los envases de los productos de tabaco para la venta al por menor. Estos no deben tener "bordes decorativos, relieves, protuberancias u otras irregularidades formales o de textura, así como ningún otro elemento ornamental, a excepción de los permitidos por la reglamentación".<sup>20</sup> Los paquetes y cartones de cigarrillos solo pueden ser de cartón, deben ser rígidos y perfectamente rectangulares, y no poseer características distintivas.<sup>21</sup> El modo de apertura de los paquetes y cartones también está sujeto a reglamentación, ya que se eliminan los diseños alternativos para la apertura de los productos.<sup>22</sup> Además, el *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco* estipula las gamas de dimensiones a que deben ajustarse los paquetes de cigarrillos.<sup>23</sup> En el caso de los cigarros, los tubos deben ser cilíndricos y rígidos, con ambos extremos cónicos o redondeados.<sup>24</sup>

17. El artículo 19 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* establece limitaciones estrictas respecto del color y el acabado del empaquetado de los productos de tabaco destinados a la venta minorista. El *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco* también normaliza la apariencia de los productos de tabaco. De conformidad con el artículo 3.1.1(1), todos los cigarrillos, con independencia de su marca, deben tener un aspecto similar.<sup>25</sup>

## 2. Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio

18. Junto con la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, el Parlamento australiano aprobó la *Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio (empaquetado genérico del tabaco) de 2011* ("*Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio*"). Esta Ley confiere amplias facultades a la autoridad de reglamentación prevista en la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* para modificar la legislación australiana sobre marcas de fábrica o de comercio y permite que la reglamentación invalide protecciones específicas en esa esfera en relación con los productos de tabaco, cuando esas protecciones son por lo demás de aplicación general a las marcas de fábrica o de comercio de todos los productos distintos del tabaco.

## 3. Objetivo que se persigue con el empaquetado genérico

19. Según Australia, el objetivo general que se persigue con el empaquetado genérico es contribuir a "reducir al 10% la tasa {prevalencia} de tabaquismo en la población australiana a más tardar en 2018 y reducir dicha tasa a la mitad en la población aborigen e isleña del Estrecho de Torres".<sup>26</sup> En consecuencia, el objetivo del empaquetado genérico es proteger la salud mediante la reducción de la tasa de prevalencia del tabaquismo. Australia considera que el empaquetado genérico contribuirá a lograr estos objetivos del siguiente modo:

El Parlamento se propone contribuir al logro de los objetivos enunciados en el párrafo 1) mediante la reglamentación del empaquetado y el aspecto de los productos de tabaco destinados a la venta minorista a fin de:

- a) reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores;
- b) aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias que aparecen en el empaquetado de los productos de tabaco destinados a la venta minorista; y

<sup>20</sup> *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 18(1); véase también el *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 2.1.6.

<sup>21</sup> *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 18(2)(a)-(c). *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 2.1.2.

<sup>22</sup> En el caso de los paquetes de cigarrillos, la única abertura permitida es una tapa abatible, articulada en la parte posterior del paquete. *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 2.1.2.

<sup>23</sup> Véanse el *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 2.1.1(1) y la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 18(3)(b)-(d).

<sup>24</sup> *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 2.1.4.

<sup>25</sup> *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 3.1.3. El artículo 3.1.3 de dicho Reglamento exige igualmente que el filtro sea blanco.

<sup>26</sup> Documento de consulta sobre el anteproyecto de Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco, página 1.

- c) reducir la posibilidad de que el empaquetado de los productos de tabaco destinados a la venta minorista induzca a error al consumidor por lo que respecta a los efectos perjudiciales del tabaquismo o del consumo de productos de tabaco.<sup>27</sup>

20. Tras adoptar posiciones contrapuestas sobre la cuestión, Australia confirmó que estos "mecanismos" no son en sí mismos objetivos de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*.<sup>28</sup>

21. Asimismo, más recientemente, en el examen posterior a la aplicación, Australia ha indicado que otro de los objetivos que se persiguen con el empaquetado genérico es cumplir determinadas "prescripciones" supuestamente estipuladas en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT).<sup>29</sup> El CMCT no obliga a las Partes a adoptar medidas de empaquetado genérico y, con toda seguridad, no las obliga a adoptar medidas de ese tipo que prohíban el uso de cualesquiera marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, presentaciones comerciales, logotipos y demás elementos de identidad de la marca en los propios productos de tabaco, además de en el empaquetado de esos productos. Antes bien, el artículo 11 permite que en los paquetes se promocionen los productos de tabaco siempre que no se sea de manera "falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error". El artículo 13 exige a las Partes que procedan a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.

22. En las Directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 simplemente se recomienda a las Partes en el Convenio que "*consider[en] la posibilidad de adoptar*" el empaquetado genérico, pero no se exige que lo hagan. El hecho de que no se incluya el empaquetado genérico en la evaluación que realiza la OMS de la observancia del CMCT por los países pone de manifiesto el carácter no vinculante de esas recomendaciones.<sup>30</sup> Es más, en 2011, *antes* de que Australia pusiera en marcha el empaquetado genérico, la OMS otorgó al país la puntuación máxima (10 puntos) por su cumplimiento de las prohibiciones directas e indirectas de la publicidad, el patrocinio y la promoción.<sup>31</sup> Por consiguiente, la adopción del empaquetado genérico no promueve el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Australia en el marco del CMCT.

### C. Prescripciones al 1º de diciembre de 2012

23. Entre 1991 y 2010, la prevalencia del tabaquismo en Australia entre los fumadores diarios mayores de 14 años pasó del 24,3% al 15,1%, lo que representa una reducción de casi 10 puntos porcentuales.<sup>32</sup> La prevalencia del tabaquismo observada disminuyó de forma sostenida a partir de 2006, a un ritmo anual de unos 0,59 puntos porcentuales. El Consejo contra el Cáncer de Victoria (Cancer Council Victoria) determinó que una combinación de aumentos impositivos con un incremento del gasto destinado a campañas en los medios de comunicación social y otras medidas de control del tabaco reduciría la prevalencia del hábito tabáquico a algo menos del 10% para 2020, incluso *sin* poner en marcha el empaquetado genérico.<sup>33</sup>

24. Australia se precipitó a adoptar el empaquetado genérico, dado que la tendencia de las tasas de prevalencia indicaba claramente que se alcanzaría el objetivo fijado para el empaquetado genérico en el mismo período. En rigor, teniendo en cuenta el efecto bien documentado de los aumentos de impuestos sobre las tasas de prevalencia, y los cuatro aumentos adicionales aplicables a partir del 1º de diciembre de 2013, indudablemente Australia habría podido superar sus objetivos sin recurrir al empaquetado genérico.

<sup>27</sup> *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 3(2) (sin cursivas en el original).

<sup>28</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 1 de la República Dominicana.

<sup>29</sup> Observaciones de Indonesia sobre el examen posterior a la aplicación, párrafos 10-13.

<sup>30</sup> La observancia del CMCT se incluye en los Perfiles de país en materia de control del tabaco elaborados por la OMS. Organización Mundial de la Salud, "FCTC Surveillance and Monitoring" (Vigilancia y seguimiento del CMCT), Prueba documental IND-34. Estos perfiles abarcan la evaluación de varias medidas previstas en el CMCT, entre ellas, las advertencias sanitarias en los productos de tabaco y las prohibiciones relativas a la publicidad, el patrocinio y la promoción.

<sup>31</sup> Organización Mundial de la Salud, "Report on the Global Tobacco Epidemic, 2011: Country Profile - Australia" (Informe de 2011 sobre la epidemia mundial de tabaquismo: Perfil de país - Australia) (2011), Prueba documental IND-35.

<sup>32</sup> Véase la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109 y cuadro VI.1 de dicho párrafo: Principales datos y cifras sobre el tabaquismo.

<sup>33</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 111.

**D. Prevalencia del tabaquismo en Australia desde que comenzaron a aplicarse las prescripciones en materia de empaquetado genérico el 1º de diciembre de 2012**

25. En el momento de su aprobación, el empaquetado genérico fue recibido por sus partidarios como un "paso fundamental" en la lucha de Australia contra el tabaquismo.<sup>34</sup> Se dijo a los australianos y a la comunidad del comercio internacional que gracias al empaquetado genérico "se reducirían drásticamente las tasas de tabaquismo ... se avanzaría de forma considerable en la reducción de las tasas de inicio del hábito de fumar y de consumo de tabaco ... [y habría] enormes posibilidades de reducir las tasas de tabaquismo".<sup>35</sup>

26. Han pasado más de tres años desde que entraron en vigor las medidas de empaquetado genérico del tabaco, un tiempo considerable en el que cabría esperar razonablemente que, si el empaquetado genérico fuera a tener como efecto la reducción de las tasas de prevalencia, ese efecto ya se hubiera producido.

27. Desde que se puso en práctica el empaquetado genérico, se han llevado a cabo numerosos estudios cuantitativos en los que se ha examinado su repercusión en la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco. Estos estudios: 1) estuvieron a cargo de equipos de investigadores independientes; 2) emplean varias técnicas econométricas de uso corriente; y 3) se basan en los distintos conjuntos de datos a gran escala y largo plazo que abarcan, respectivamente, datos sobre la prevalencia, el consumo y las ventas en los períodos anterior y posterior a la aplicación.

28. En ninguno de los estudios en los que se comparan datos sobre la prevalencia antes y después de la aplicación del empaquetado genérico se ha constatado que este haya contribuido de forma importante a reducir la prevalencia del tabaquismo. No solo el empaquetado genérico no se ha traducido en una disminución sostenida de la prevalencia, sino que, según indican algunos estudios realizados a nivel estatal, la prevalencia del tabaquismo en los estados en que se realizaron esos estudios ha *umentado*. Conforme a todas las evaluaciones analíticas realizadas, el empaquetado genérico no ha hecho *ninguna* contribución apreciable a la reducción de la prevalencia del tabaquismo en Australia. A lo que contribuye es a que el consumo se desplace de productos de tabaco de marca, más caros, a productos más baratos e ilícitos.

29. Australia encomendó la realización del Estudio nacional de seguimiento del empaquetado genérico ("NPPTS", por sus siglas en inglés) con el objetivo expreso de evaluar la eficacia de sus medidas de empaquetado genérico.<sup>36</sup> El NPPTS fue un "estudio nacional de seguimiento mensual de fumadores y ex fumadores recientes, que llevó a cabo el Centro de investigación conductual sobre el cáncer del Consejo contra el Cáncer de Victoria ("CCV"), con financiación del Departamento de Salud y Geriátrica.<sup>37</sup> El Gobierno australiano consideraba que el NPPTS era el "estudio clave" para el examen posterior a la aplicación.<sup>38</sup>

30. En abril de 2015, la Profesora Wakefield y los cinco coautores del CCV que integraban su equipo publicaron una serie de artículos en *Tobacco Control*, en los que expusieron los resultados del NPPTS. En esos artículos se presentaban resultados y conclusiones favorables respecto de la repercusión que habían tenido las medidas de empaquetado genérico en los antecedentes de la conducta tabáquica postulados.<sup>39</sup>

31. En el curso de la presente diferencia, se concedió a los expertos de los reclamantes acceso irrestricto al conjunto de datos del NPPTS y al código informático de los autores. Esos expertos señalaron varios errores graves en el análisis realizado por los coautores de los artículos publicados, entre otros "un patrón de resultados *desfavorables*" que la Profesora Wakefield y los

<sup>34</sup> Memorando explicativo del *Proyecto de Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011*.

<sup>35</sup> D. Hill, "Tobacco Industry has much to Fear: Plain Packaging will Slash Smoking Rates - and Cigarette Makers Know It" (La industria tabacalera tiene mucho que temer: el empaquetado genérico reducirá las tasas de tabaquismo y los fabricantes de cigarrillos lo saben), *The Sydney Morning Herald* (8 de abril de 2011).

<sup>36</sup> Informe técnico sobre el NPPTS, Prueba documental DOM-307, página 6; examen posterior a la aplicación, párrafo 69.

<sup>37</sup> Examen posterior a la aplicación, párrafo 69.

<sup>38</sup> *Commonwealth* de Australia, *Proof Committee Hansard*, Comisión de legislación sobre administración y finanzas, Estimaciones (26 de mayo de 2015 y 2 de junio de 2015), Prueba documental DOM-371, página 85.

<sup>39</sup> Observaciones de Indonesia sobre el examen posterior a la aplicación, párrafo 14.



coautores de su equipo decidieron sencillamente no comunicar en los artículos.<sup>40</sup> Una inmensa parte de los resultados no comunicados indicaba que las medidas de empaquetado genérico tenían escasa o nula repercusión a largo plazo en las variables analizadas. Incluso se observaba una *disminución* leve, aunque estadísticamente significativa, de los intentos de abandono del hábito tabáquico. Habida cuenta de estos errores, se llegó a la conclusión de que los artículos publicados "ofrecían un *panorama inexacto y equívoco* de los resultados [del NPPTS]", y adolecían de una grave omisión de información.<sup>41</sup>

32. Como reacción a estas constataciones, Australia adoptó la sorprendente estrategia de verter duras críticas contra su propio estudio NPPTS, alegando que era poco idóneo para evaluar la repercusión de las medidas de empaquetado genérico, opinión que anteriormente no habían expresado ni Australia, ni las entidades que reunieron los datos, ni los autores que hicieron uso de los conjuntos de datos en publicaciones con revisores externos.<sup>42</sup> Muy oportunamente, Australia sigue juzgando que el conjunto de datos del NPPTS resulta adecuado para evaluar la repercusión de las medidas de empaquetado genérico en las escasas variables que *sí* revelan la existencia de una repercusión, y que ese conjunto de datos constituye incluso un "instrumento poderoso" para tal fin.<sup>43</sup> No obstante, actualmente se considera que el estudio resulta adecuado para evaluar la repercusión de la inmensa mayoría de las variables del NPPTS, casi ninguna de las cuales se ve afectada por las modificaciones relativas al empaquetado.<sup>44</sup> Como ha explicado tan diestramente la República Dominicana, "Australia pagó 3 millones de dólares australianos por un estudio que supuestamente no resultaba adecuado para analizar la inmensa mayoría de las variables que tenía por objeto analizar".<sup>45</sup>

33. Pese a las propias vacilaciones de Australia sobre la idoneidad del NPPTS para evaluar la eficacia real del empaquetado genérico, el examen posterior a la aplicación se apoya en gran medida en los cuestionables resultados de dicho estudio, así como en los resultados de otros estudios que a lo largo de esta diferencia los reclamantes han refutado en cuanto al fondo.<sup>46</sup> Indonesia observa que en los resultados presentados en el examen posterior a la aplicación no hay nada nuevo. Australia sigue deformando los datos de los estudios por todos los medios necesarios a fin de apuntalar su predecible conclusión de que el empaquetado genérico funciona.

### III. ALEGACIONES DE DERECHO

#### A. Las medidas de Australia de empaquetado genérico infringen el Acuerdo sobre los ADPIC

34. Las medidas australianas de empaquetado genérico son incompatibles con varias de las obligaciones que corresponden a Australia en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. Un aspecto de especial importancia para apreciar la protección que otorga el Acuerdo sobre los ADPIC es el modo en que funcionan las marcas de fábrica o de comercio y el papel central del uso en la protección de dichas marcas.

##### 1. Las marcas de fábrica o de comercio y los ADPIC

35. Con arreglo a la definición de "marca de fábrica o de comercio" que figura en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, "{p}odrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". Pueden desempeñar la función de marca de fábrica o de comercio las palabras, las letras, los nombres, los logotipos, las imágenes, los colores, los números, la forma de los bienes o su embalaje, los sonidos, y cualquier combinación de estos

<sup>40</sup> Observaciones de Indonesia sobre el examen posterior a la aplicación, párrafo 15.

<sup>41</sup> Primer informe de réplica de los expertos en relación con los datos, Prueba documental DOM/IDN-6, párrafo 3. (sin cursivas en el original)

<sup>42</sup> Observaciones de Indonesia sobre el examen posterior a la aplicación, párrafo 17.

<sup>43</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 198 del Grupo Especial, párrafo 291.

<sup>44</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 224 y 225. Véase también el primer informe de réplica de los expertos en relación con los datos, Prueba documental DOM/IDN-6, párrafos 8, 9 y 36-38.

<sup>45</sup> Observaciones de Indonesia sobre el examen posterior a la aplicación, párrafo 17.

<sup>46</sup> Examen posterior a la aplicación, párrafos 69-98.

elementos.<sup>47</sup> En realidad, un producto puede llevar varios de estos signos, y cada uno de ellos puede registrarse individualmente como marca de fábrica o de comercio.

36. A los efectos de las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC, nos referiremos a dos categorías de marcas de fábrica o de comercio. La primera comprende las marcas verbales, que incluyen las letras o los caracteres que componen el nombre de una marca. La segunda categoría abarca las marcas no verbales, que incluyen las marcas visuales, figurativas o estilizadas, como los logotipos, y las marcas combinadas, que contienen letras estilizadas, marcas de configuración y marcas de color.

37. Se entiende que las marcas de fábrica o de comercio tienen la función de distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otra 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.<sup>48</sup>

38. El Grupo Especial que entendió en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* destacó el vínculo existente entre 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" y el interés legítimo del titular de una marca de fábrica o de comercio en "preservar ese carácter distintivo, o capacidad para distinguir" de la marca de fábrica o de comercio "de modo que pueda cumplir" su función.<sup>49</sup> Dicho de otra manera, una marca de fábrica o de comercio que no se puede utilizar no puede seguir cumpliendo su función de "distinguir los bienes o servicios de las empresas en el curso de operaciones comerciales".<sup>50</sup> Esto es exactamente lo que hacen las medidas de Australia de empaquetado genérico: al limitar severamente el uso de las marcas de fábrica o de comercio, el empaquetado genérico desbarata la función de estas marcas y, en consecuencia, deniega la protección garantizada por el Acuerdo sobre los ADPIC.

**a. Las marcas de fábrica o de comercio sirven para diferenciar productos y fomentar la competencia**

39. Como queda reflejado en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, la función principal de una marca de fábrica o de comercio es diferenciar los bienes y servicios de una empresa de los de otra. Dicho llanamente, las marcas de fábrica o de comercio tienen la función distintiva de comunicar la calidad y otras características cualitativas de los productos. Australia afirma que las marcas verbales son por sí solas capaces de distinguir los bienes a los que se aplican.<sup>51</sup> Sin embargo, estas marcas se *usan* muy poco, por no decir nunca, en el formato genérico en el que han sido registradas. Siempre aparecen junto con elementos como el carácter tipográfico, el color, el tamaño, la ubicación y otros elementos de diseño que contribuyen al carácter distintivo del producto. Contrariamente a lo aducido por Australia, la función distintiva está protegida respecto de *todas* las marcas de fábrica o de comercio, incluso las marcas puramente figurativas.

40. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* también reconoció que la posibilidad de distinguir es importante tanto para los titulares de las marcas de fábrica o de comercio *como* para los consumidores. El Grupo Especial observó que "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".<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 128.

<sup>48</sup> Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664.

<sup>49</sup> Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664.

<sup>50</sup> Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664.

<sup>51</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 100.

<sup>52</sup> Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.675. (sin cursivas en el original)

41. Australia sostiene que las marcas de fábrica o de comercio desempeñan una función alternativa, de carácter subversivo, que es la publicidad y la promoción.<sup>53</sup> Aduce que como las marcas se utilizan en la publicidad y la promoción, y los Miembros pueden restringir la publicidad y la promoción de un producto que sean potencialmente nocivas para el consumidor, Australia también puede restringir el uso de las marcas de fábrica o de comercio *en los productos mismos*.<sup>54</sup>

42. Sin embargo, Australia mezcla indebidamente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado con la publicidad o la promoción. De hecho, "en el ámbito de la mercadotecnia, la idea de considerar el embalaje con marca como un medio publicitario específico *no* goza de aceptación general, y con gran razón".<sup>55</sup> El embalaje con marca, "si se lo compara con un instrumento publicitario, carece de aspectos fundamentales, como la función, el alcance, la versatilidad, el tamaño y la interactividad".<sup>56</sup> Por ello, los profesionales de la mercadotecnia consideran que el embalaje con marca forma parte del propio producto, y no constituye publicidad o promoción.<sup>57</sup>

#### **b. El papel central del uso en las marcas de fábrica o de comercio**

43. Para que una marca de fábrica o de comercio pueda desempeñar su función distintiva es fundamental que su titular tenga la posibilidad de utilizarla. Por consiguiente, el uso es la piedra angular de la protección de las marcas de fábrica o de comercio. En este aspecto, las marcas de fábrica o de comercio son un caso único en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. Una patente, por ejemplo, tiene valor para su titular aun si permanece archivada en una estantería, sin usar. El titular de una patente puede detener una acción infractora sin necesidad de demostrar que ha utilizado la patente. En cambio, el uso desempeña un papel fundamental en el caso de las marcas de fábrica o de comercio, ya que "el titular de una marca de fábrica o de comercio ... registra la marca principalmente para poder utilizarla".<sup>58</sup> Privada del uso, una marca de fábrica o de comercio carece de valor económico o social y con el tiempo perderá su carácter distintivo y ya no podrá ser objeto de protección.

44. Aunque el registro de una marca de fábrica o de comercio confiere determinada protección, la razón de ser de una marca de fábrica o de comercio es su posibilidad de distinguir bienes, y ello se logra mediante el uso.<sup>59</sup> La importancia del uso se pone de manifiesto en el papel central que este desempeña en el registro y la protección de una marca de fábrica o de comercio. Algunos países, como los Estados Unidos, cuentan con un sistema de registro basado en el uso, en el que se exige haber utilizado la marca antes de registrarla. Otros países, como Australia, disponen de un sistema basado en el registro, en el que no se exige el uso previo para proceder al registro. Sin embargo, incluso en los sistemas basados en el registro, el uso cumple una función importante en el derecho de marcas, como ocurre en el caso de la legislación de Australia en materia de marcas.<sup>60</sup> Conforme al artículo 17 de la *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, por marca de fábrica o de comercio se entiende "un signo utilizado o destinado a ser utilizado para distinguir los bienes o servicios de las operaciones comerciales de una persona o se suministren en ellas de los bienes o servicios que sean objeto de las operaciones comerciales de cualquier otra persona o se suministren en ellas".<sup>61</sup> Por consiguiente, el solicitante del registro de una marca de fábrica o de comercio debe utilizar la marca o tener la intención de hacerlo. En Australia, la falta de uso de una marca de fábrica o de comercio constituye motivo de anulación del registro.<sup>62</sup> Australia reconoció la importancia del uso en su sistema e incluyó una disposición en la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* que elude sus propias prescripciones en materia de registro y permite registrar las marcas de fábrica o de comercio del tabaco pese a la imposibilidad de utilizarlas.<sup>63</sup>

<sup>53</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 24, nota 31.

<sup>54</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 210 y 211.

<sup>55</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 27.

<sup>56</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 27.

<sup>57</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 27.

<sup>58</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 137.

<sup>59</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 138.

<sup>60</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 141.

<sup>61</sup> *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995: Ley relativa a las marcas de fábrica o de comercio* N° 119 de 1995, modificada ("*Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*").

<sup>62</sup> *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, artículos 27(1) y 92(4).

<sup>63</sup> *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, artículo 28.

45. El uso también cumple una función importante por lo que se refiere al alcance de la protección y la observancia de las marcas de fábrica o de comercio. Los tribunales australianos han señalado repetidas veces la importancia del uso en las acciones por infracción.<sup>64</sup> Al determinar si una marca infringe una marca registrada, los tribunales australianos consideran la forma en que de hecho se utilizan ambas marcas en el mercado y el modo en que los consumidores perciben esas marcas. En consecuencia, la posibilidad de utilizar una marca de fábrica o de comercio aumenta las posibilidades del titular de hacer respetar el derecho al uso exclusivo frente a terceros que utilicen sus marcas sin autorización.

46. Por los motivos expuestos, Indonesia sostiene que el Acuerdo sobre los ADPIC prevé una posibilidad *mínima* de utilizar una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.<sup>65</sup> Esta posibilidad mínima de uso se basa en el texto del Acuerdo sobre los ADPIC y está respaldada por el texto, el contexto y el objeto y fin del Acuerdo, y no es ilimitada. Sin embargo, sin ella, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a las marcas de fábrica o de comercio carecerían de todo sentido. Como analizará Indonesia más adelante en el contexto de los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el uso es fundamental para la observancia de los derechos privados que los Miembros de la OMC deben conferir a los titulares de marcas de fábrica o de comercio en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Ello es cierto incluso en jurisdicciones, como Australia, en las que el "derecho a hacer uso" de una marca de fábrica o de comercio no está amparado explícitamente por la legislación.<sup>66</sup>

47. El hecho de que en el Acuerdo sobre los ADPIC no se ofrezca a los titulares de las marcas un "derecho a hacer uso" absoluto no disminuye la importancia del uso para la protección de los derechos de propiedad intelectual. Una marca de fábrica o de comercio registrada que no tiene ninguna posibilidad de uso en el mercado carece de valor.<sup>67</sup> El objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, tal como se expresa en su preámbulo, es proveer "normas y principios adecuados relativos a la existencia, alcance y *ejercicio* de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio".<sup>68</sup> Una interpretación de los derechos conferidos a los titulares de las marcas de fábrica o de comercio registradas que no comprenda la posibilidad de usar la marca de fábrica o de comercio en relación con los bienes y los servicios que esta pretende distinguir está totalmente en contradicción con el objeto y fin del Acuerdo.

**c. La frase "*in the course of trade*" ("en el ejercicio del comercio" y "en el curso de operaciones comerciales") abarca una amplia gama de usos**

48. La frase "*in the course of trade*" es pertinente para varias de las alegaciones planteadas por Indonesia, dado que figura en el párrafo 3 del artículo 10*bis* del Convenio de París (en el texto español, "en el ejercicio del comercio"), así como en el párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC (en el texto español, "en el curso de operaciones comerciales").<sup>69</sup> Australia ha aducido que el sentido de dicha frase es limitado y se acaba en el punto de venta.<sup>70</sup> La interpretación que hace Australia de esta frase se basa en una distinción artificial entre el uso de una marca de fábrica o de comercio "antes de la venta" y su uso "después de la venta", que es en esencia incompatible con el texto, el contexto y el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>71</sup>

49. La frase "*in the course of trade*" se refiere a actividades realizadas en un contexto comercial, por oposición a un uso privado. *No* se acaba en el punto de venta. El uso de una marca registrada en una valla publicitaria, en un anuncio televisivo o en correspondencia promocional constituiría uso de una marca de fábrica o de comercio "en el ejercicio del comercio"/"en el curso de operaciones comerciales", aunque esas actividades comerciales no impliquen una transacción de

<sup>64</sup> Véase la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 16 y sección II.D.

<sup>65</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 13.

<sup>66</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 71.

<sup>67</sup> Como señaló el asesor jurídico de Indonesia durante la primera reunión sustantiva, las marcas de fábrica o de comercio adquieren valor con el uso en el mercado, mientras que las patentes conservan su valor incluso si están guardadas bajo llave en un armario y sus titulares no las utilizan.

<sup>68</sup> Sin cursivas en el original.

<sup>69</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 28 y 29.

<sup>70</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 311.

<sup>71</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 270.

venta inmediata. A este respecto, Indonesia coincide con la declaración formulada por la Unión Europea en su comunicación en calidad de tercero.<sup>72</sup>

50. Incluso si Australia tuviera razón en que el uso de una marca de fábrica o de comercio "en el ejercicio del comercio"/"en el curso de operaciones comerciales" termina en el punto de venta, *no* ha tenido en cuenta el hecho de que "se hace uso" de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado *desde el punto de fabricación*, y las medidas de empaquetado genérico australianas aplican restricciones al uso de las marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y el empaquetado de esos productos en todas las etapas de la cadena de valor, con inclusión de la "venta o suministro", la "compra", el "empaquetado" y la "fabricación".<sup>73</sup>

## **2. El Acuerdo sobre los ADPIC no contiene una excepción general relativa a las medidas de salud pública**

51. Australia exagera en reiteradas ocasiones el nivel de deferencia que el Acuerdo sobre los ADPIC otorga a las medidas de salud pública. Al hacerlo, resta importancia al mandato de que las medidas de salud pública deben equilibrarse con las obligaciones previstas en dicho Acuerdo y los intereses de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

### **a. El párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC**

52. Australia adujo que los Miembros tienen el "derecho soberano a regular el uso de las marcas de fábrica o de comercio para alcanzar objetivos de política general pública (como se reconoce en el principio establecido en el párrafo 1 del artículo 8)".<sup>74</sup> Esto es a todas luces incorrecto. El texto claro del párrafo 1 del artículo 8 prescribe que las medidas de salud pública deben ser *tanto* necesarias como compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC. Australia invocó el párrafo 1 del artículo 8, por lo que le corresponde la carga de demostrar que el empaquetado genérico es "necesario" para proteger la salud pública. Si bien ha alegado que sus medidas de empaquetado genérico contribuirán a su objetivo sanitario de reducir el tabaquismo, Australia no ha presentado argumentos y pruebas suficientes para demostrar que esas medidas cumplen los criterios para ser consideradas "necesarias" para proteger la salud pública. Por consiguiente, a juicio de Indonesia no resulta claro que deba presuponerse que en este caso es aplicable el párrafo 1 del artículo 8 en absoluto. E incluso si fuera aplicable esta disposición, Australia ha caracterizado erróneamente el sentido que debería darle el Grupo Especial. En el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, el derecho de un Miembro a reglamentar la salud pública debe equilibrarse con la obligación de proteger los derechos de propiedad intelectual, como las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas.

### **b. El párrafo 1 del artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC**

53. Australia ha afirmado que el artículo 19 le permite regular, e incluso prohibir, el uso de marcas de fábrica o de comercio.<sup>75</sup> Contrariamente a la interpretación de Australia, el párrafo 1 del artículo 19 tiene por objeto proteger las marcas de fábrica o de comercio de invalidación. Estas marcas solo se pueden invalidar si no se utilizan durante tres años como mínimo, y únicamente si la falta de uso no obedece a medidas que regulan el producto de que se trate. El ejemplo muchas veces citado del tipo de medida contemplada en el artículo 19 es el de un producto farmacéutico cuya venta aún no haya sido autorizada.<sup>76</sup> El Acuerdo *no* contempla el supuesto de que un Miembro decida manifiestamente regular las marcas de fábrica o de comercio *en lugar de* restringir la venta de un producto potencialmente peligroso para el consumidor.<sup>77</sup> Por consiguiente, Australia se equivoca al invocar el párrafo 1 del artículo 19 como defensa de su prohibición de utilizar determinadas marcas de fábrica o de comercio.

<sup>72</sup> Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 23.

<sup>73</sup> Véase la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, Prueba documental JE-1, artículos 31-35.

<sup>74</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 374.

<sup>75</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 44.

<sup>76</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 45.

<sup>77</sup> Respuesta de Indonesia a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 23.

### c. La Declaración de Doha

54. A juicio de Australia, "en la Declaración [de Doha] se afirma que el Acuerdo sobre los ADPIC 'no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública', y se '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'".<sup>78</sup> Indonesia observa que esta afirmación guarda coherencia con texto del párrafo 1 del artículo 8 y no amplía el grado de deferencia que debe otorgarse a las medidas de salud pública en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. La Declaración de Doha simplemente tiene por objeto subrayar el hecho de que el Acuerdo sobre los ADPIC, en su redacción inicial, da amplio margen a los Miembros para adoptar medidas destinadas a proteger la salud pública que sean compatibles con las obligaciones establecidas en dicho Acuerdo.

#### 2. El empaquetado genérico infringe el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC

55. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, Australia debe cumplir lo dispuesto en el artículo 10*bis* del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1967). Esta disposición del Convenio de París obliga a Australia a proporcionar una protección eficaz contra la competencia desleal. Australia infringe el artículo 10*bis* al exigir mediante sus medidas de empaquetado genérico una conducta que está obligada a prohibir. En concreto, Australia crea confusión entre los productos de tabaco de los competidores e induce a los consumidores a error en cuanto a las características de los productos de tabaco.

56. El párrafo 1 del artículo 2 incorpora al Acuerdo sobre los ADPIC determinadas disposiciones del Convenio de París. Los Miembros de la OMC deben cumplir esas obligaciones incluso si no son Partes en el Convenio de París.<sup>79</sup> Con arreglo al artículo 10*bis*, incorporado en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros de la OMC tienen la obligación general de proporcionar "una protección eficaz contra la competencia desleal". Dicha disposición describe la competencia desleal como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". 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 que se describen en el artículo 10*bis*, incluidos el de crear confusión respecto de los productos o la actividad comercial de un competidor y el de inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación o las características de los productos.

57. Australia hace exactamente lo contrario. El empaquetado genérico obliga a los competidores a utilizar una presentación comercial idéntica para sus productos, mediante palabras descriptivas limitadas. Así, fuerza a los competidores a presentar sus productos de una manera que crea confusión. Por ejemplo, hay toda una serie de marcas verbales similares correspondientes a los productos de tabaco que ya se han registrado en Australia. Las marcas verbales por sí solas son en muchos casos insuficientes para diferenciar una marca de otra. Indonesia facilitó una lista ilustrativa de esas marcas verbales en su primera comunicación escrita.<sup>80</sup>

58. El hecho de que las marcas verbales por sí solas son insuficientes para diferenciar productos competidores es especialmente cierto en el marco de las medidas de Australia de empaquetado genérico, que exigen que todas las marcas verbales se presenten en un formato idéntico. Excepcionalmente el uso de marcas verbales, en virtud de las medidas de empaquetado genérico los envases para la venta minorista quedan desprovistos de toda característica distintiva y, las propias marcas verbales, despojadas de todo rasgo de estilo distintivo, lo que resulta especialmente problemático teniendo en cuenta que Australia es un mercado oscuro, en el que los consumidores tienen escasas oportunidades de examinar minuciosamente el empaquetado del tabaco.<sup>81</sup>

59. La confusión entre marcas creada por el empaquetado genérico frustra la finalidad del artículo 10*bis* de proteger a los competidores contra la competencia desleal, en especial en los segmentos de precio intermedio y calidad superior del mercado. Privados de los medios para distinguir sus productos de los de los competidores, los fabricantes carecen de incentivos para

<sup>78</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 382.

<sup>79</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 152.

<sup>80</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 166.

<sup>81</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 49.

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"<sup>82</sup> proporcionado por el empaquetado que lleva la marca de fábrica o de comercio y todos los elementos que componen la marca.

60. Además, el aspecto casi idéntico de los productos de tabaco competidores tiende a inducir a los consumidores a creer erróneamente que todos los productos de tabaco del mercado son iguales en cuanto a su calidad, características y prestigio. De hecho, ese era el propósito que se perseguía expresamente con las medidas de Australia de empaquetado genérico. Australia eligió las prescripciones específicas en materia de empaquetado previstas en sus medidas de empaquetado genérico precisamente porque transmiten a los consumidores el mensaje de que todos los productos de tabaco son, en palabras del estudio realizado por GfK Bluemoon, de la "calidad más baja".<sup>83</sup>

61. En síntesis, las medidas de Australia sobre el empaquetado genérico privan a los fabricantes de tabaco de la posibilidad de distinguir sus productos sobre la base de la calidad y "comoditizan" el mercado del tabaco. Australia trató de asegurarse de que los fabricantes *no puedan* distinguir sus productos o competir sobre la base de la percepción de calidad de los consumidores. Por ello, el empaquetado genérico infringe el párrafo 1 del artículo 2, al no proporcionar una protección eficaz contra la competencia desleal, jurídicamente obligatoria.

### **3. El empaquetado genérico infringe el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC**

62. El párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC impone a los Miembros de la OMC la obligación positiva de no impedir el registro de marcas de fábrica o de comercio basándose en la naturaleza del producto o servicio al que se aplicará la marca.<sup>84</sup> Esta prescripción se comprende claramente si se la analiza en el contexto del artículo 15 y teniendo en cuenta el alcance de dicho artículo.<sup>85</sup>

63. En el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, el Órgano de Apelación afirmó que el párrafo 1 del artículo 15 "contiene una definición de lo que puede constituir una marca de fábrica o de comercio".<sup>86</sup> Conforme a esta disposición, los Miembros deben garantizar que los signos que sean "distintivos" "puedan registrarse como marcas de fábrica o de comercio con arreglo a su legislación interna". La disposición también 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". Ello no obstante, en el párrafo 1 del artículo 15 no se exige que de hecho se registren todos los signos "que puedan registrarse". El registro puede estar sujeto a otras condiciones sobre la base del texto de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 15.<sup>87</sup> Con arreglo al párrafo 2 del artículo 15, los Miembros pueden denegar el registro de una marca de fábrica o de comercio (aun si esta posee un carácter distintivo) por "otros motivos", "siempre que estos no contravengan las disposiciones del Convenio de París (1967)". En virtud del párrafo 3 del artículo 15, los Miembros también pueden supeditar al uso la posibilidad de registro. Sin embargo, el párrafo 4 del artículo 15 deja claro que la denegación del registro por "otros motivos" con arreglo al párrafo 2 del artículo 15 no se puede justificar a partir de "la naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse".

64. En vista de este marco, Australia no ha cumplido debidamente las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC. Mediante su *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, Australia exige supeditar al uso la posibilidad de registro de marcas que no sean intrínsecamente distintivas.<sup>88</sup> De conformidad con dicha Ley, se denegará el registro de marcas que no sean intrínsecamente distintivas si "con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud, el solicitante no ha *hecho uso* de la marca de fábrica o de comercio en tal medida

<sup>82</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 168.

<sup>83</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 174.

<sup>84</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 185.

<sup>85</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 186.

<sup>86</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 154.

<sup>87</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafos 155-164.

<sup>88</sup> *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, Prueba documental JE-6, artículos 41(1)-(3).

que de hecho la marca distinga los bienes o servicios descritos como propios del solicitante".<sup>89</sup> La Ley define el uso con respecto a los productos como el uso de la marca "en los productos o en alguna relación física o de otro tipo con estos".<sup>90</sup>

65. Al mismo tiempo, en el marco de las medidas sobre el empaquetado genérico, Australia prohíbe el uso de signos que no sean intrínsecamente distintivos en relación con los productos de tabaco. Cuando un Miembro exige el uso previo para poder registrar marcas que no sean intrínsecamente distintivas, como hace 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 este adquiriera carácter distintivo, infringe el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC. Australia ha creado un "obstáculo para el registro de la marca" en relación con la "naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse".

66. Australia ha aducido que: i) el párrafo 4 del artículo 15 no crea un "derecho a hacer uso" de un signo en relación con cualquier producto<sup>91</sup>; ii) la interpretación de los párrafos 1 y 4 del artículo 15 que hacen los reclamantes reduciría la posibilidad de que los Miembros regulen la promoción y venta de productos peligrosos, y llevaría a desbaratar casi todas las medidas de control del tabaco adoptadas por los Miembros de la OMC en todo el mundo<sup>92</sup>; y iii) los signos que no sean intrínsecamente distintivos y no hayan logrado el carácter distintivo mediante el uso no son "marcas de fábrica o de comercio que puedan registrarse" y, por lo tanto, no están sujetas a las disciplinas del párrafo 4 del artículo 15.

67. Indonesia coincide con Australia en que el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC no crea un "derecho a hacer uso" de una marca de fábrica o de comercio. Además, observa que el párrafo 4 del artículo 15 no obstaculiza la posibilidad de que los Miembros regulen los *productos* en sus respectivos territorios. Sin embargo, cuando un Miembro decide supeditar al uso la posibilidad de registro de las marcas de fábrica o de comercio (como se le permite en virtud del párrafo 1 del artículo 15), está obligado, conforme al párrafo 4 del artículo 15, a no prohibir el uso de tales marcas de fábrica o de comercio basándose en la naturaleza de los bienes a los que se aplican. Esto es precisamente lo que Australia ha hecho en su *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, como la propia Australia reconoce.<sup>93</sup>

68. En consecuencia, las medidas de Australia de empaquetado genérico infringen el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.

#### **4. El empaquetado genérico infringe el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC**

69. El párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que los Miembros deben ofrecer protección a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas frente al uso no autorizado de esas marcas por terceros. Los Miembros solo deben conceder a los titulares de marcas de fábrica o de comercio protección frente al uso no autorizado cuando i) la marca del titular está válidamente registrada de conformidad con la legislación nacional; ii) la marca del tercero se está utilizando en relación con bienes idénticos o afines; y iii) la marca del tercero se está utilizando de una manera que es probable que cree confusión.<sup>94</sup> El Acuerdo sobre los ADPIC no establece un criterio respecto de la "probabilidad de confusión" y, por lo tanto, se deja que cada Miembro de la OMC ponga en práctica la obligación en su legislación interna.

70. Conforme a la jurisprudencia de Australia, la probabilidad de confusión queda demostrada cuando las marcas son engañosamente similares, de modo que un consumidor no es capaz de recordar la diferencia entre dos marcas.<sup>95</sup> La comparación "basada en la impresión" no prevé una comparación en paralelo, sino una evaluación de lo que una persona razonable recordaría sobre una marca de fábrica o de comercio. El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada en

<sup>89</sup> *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, Prueba documental JE-6, artículos 41(2) y 41(3).

<sup>90</sup> *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, Prueba documental JE-6, artículo 7(4).

<sup>91</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 299 y 300.

<sup>92</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 306 y nota 498.

<sup>93</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 307.

<sup>94</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 205.

<sup>95</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 207-212.



Australia que desee impedir el uso no autorizado por un tercero basándose en la existencia de una similitud engañosa debe demostrar que un consumidor de inteligencia normal tendría dificultades para distinguir las dos marcas, por separado, basándose en el recuerdo que guarda de ellas.

71. Las medidas de Australia de empaquetado genérico socavan la posibilidad de que el titular de una marca de fábrica o de comercio evite una "probabilidad de confusión" con marcas casi idénticas. Además, reducen el carácter distintivo de las marcas y, por consiguiente, la posibilidad de que sus titulares impidan el uso de marcas similares o idénticas en relación con bienes similares o idénticos. En esos casos, "se da mucha importancia" a las "pruebas de confusión real" basadas en el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el mercado".<sup>96</sup> De hecho, los titulares de marcas de fábrica o de comercio que puedan demostrar que los consumidores se ven en realidad confundidos por usos similares de las marcas tienen muchas más probabilidades de hacer valer sus derechos "exclusivos" en comparación con los titulares de marcas de fábrica o de comercio que no puedan proporcionar tales pruebas. Incluso si no se dispone de esas pruebas, los tribunales de Australia extraerán conclusiones sobre el modo en que podrían utilizarse las marcas de fábrica o de comercio en el mercado en condiciones normales. Al prohibir el uso de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco, el empaquetado genérico crea un sesgo jurídico muy real en contra de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de tabaco que deseen ejercer sus derechos "negativos" de exclusión.

72. Indonesia ha aducido por separado que las medidas de Australia de empaquetado genérico exigen que las marcas de fábrica o de comercio autorizadas en el empaquetado del tabaco aparezcan de una manera que es probable dé lugar a confusión, lo que constituye una infracción de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 16.<sup>97</sup> Los titulares de marcas de fábrica o de comercio de productos de tabaco registradas se ven obligados jurídicamente a presentar sus marcas de fábrica o de comercio de una manera que es engañosamente similar a la de otras marcas de tabaco. Las medidas de Australia de empaquetado genérico aumentan el riesgo de confusión del consumidor que el párrafo 1 del artículo 16 tiene por objeto evitar mediante el derecho privado de acción.

73. La *única* réplica que hace Australia es que las medidas de empaquetado genérico no exigen que determinadas marcas verbales figuren de una manera que es probable dé lugar a confusión porque "el Registrador ha determinado que esas marcas de fábrica o de comercio son de hecho capaces de distinguir los bienes del solicitante de una marca de fábrica o de comercio de los bienes de otras personas".<sup>98</sup> Sin embargo, el hecho de que una marca de fábrica o de comercio haya sido registrada no impide que se utilice de una manera que podría dar lugar a confusión con otra marca registrada. En virtud de la *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, el Registrador tiene la facultad de revocar el registro de una marca de fábrica o de comercio si "es razonable revocar el registro, atendiendo a todas las circunstancias"<sup>99</sup>, con inclusión de "cualquier *uso* que se haya hecho de la marca de fábrica o de comercio", así como "cualesquiera procedimientos legales anteriores, en curso o previstos en relación con la marca de fábrica o de comercio".<sup>100</sup> Por consiguiente, el mero hecho de que se haya efectuado el registro de una marca de fábrica o de comercio no excluye la posibilidad de que más adelante sea revocado a causa de un *uso* de esta que induzca a confusión.

74. Además, la manera y el contexto en que se utilizan 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.<sup>101</sup> En el marco del criterio del "recuerdo imperfecto", los tribunales australianos extraen conclusiones acerca de lo que un consumidor *recordaría* sobre las marcas y comparan el modo en que las marcas *se utilizan o están destinadas a ser utilizadas* en el mercado.<sup>102</sup> En el caso de las marcas verbales, los tribunales australianos han aplicado la presunción judicial de que "según la experiencia común, por lo general la gente no lee las palabras

<sup>96</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 81.

<sup>97</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 214-219.

<sup>98</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, página 66, cuadro V.1.

<sup>99</sup> *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, artículo 84(1)(b), Prueba documental JE-6, página 83.

<sup>100</sup> *Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995*, artículo 84(3)(a)-(b), Prueba documental JE-6, páginas 83 y 84 (sin cursivas en el original).

<sup>101</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 97.

<sup>102</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 76.

detenidamente y no las pronuncia de forma precisa".<sup>103</sup> Dado que las medidas de empaquetado genérico tienden a crear una probabilidad de confusión, Australia infringe el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

#### **5. El empaquetado genérico infringe el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC**

75. Conforme al párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros deben conceder a los titulares de marcas de fábrica o de comercio el derecho privado de acción cuando i) una marca registrada, notoriamente conocida; ii) sea utilizada por un tercero no autorizado; iii) en relación con bienes o servicios que no sean similares; iv) ese uso indique una conexión con el titular de la marca; y v) sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca. Esta protección comprende rehusar o invalidar el registro de las marcas infractoras y prohibir su uso.

76. 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, lo que por lo general se considera una protección frente a la dilución. La 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".<sup>104</sup>

77. Australia adujo que sus medidas de empaquetado genérico no han menoscabado los derechos otorgados a los titulares de marcas notoriamente conocidas en el marco del párrafo 3 del artículo 16, porque esos derechos son únicamente "negativos", y que no está obligada a abstenerse de adoptar medidas que tendrían repercusiones en la condición de notoriamente conocidas de las marcas.<sup>105</sup> Australia no ofreció ningún argumento de réplica para la alegación de los reclamantes de que el párrafo 3 del artículo 16 obliga a los Miembros a proteger las marcas notoriamente conocidas contra la dilución<sup>106</sup>, y no refutó la afirmación de los reclamantes respecto de la jurisprudencia australiana en relación con el proceso por el cual una marca adquiere la condición de notoriamente conocida.

78. Por consiguiente, el Grupo Especial debería constatar que las medidas de Australia de empaquetado genérico 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.

#### **6. El empaquetado genérico infringe el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC**

79. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC prohíbe a los Miembros adoptar "exigencias especiales" que "compliquen" el uso de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales" sin que ello esté justificado.

##### **a. Las medidas de Australia sobre el empaquetado genérico son "exigencias especiales"**

80. Las "exigencias especiales" son requisitos obligatorios que: 1) se aplican a una clase limitada de productos; 2) se aplican solo con un fin determinado; o 3) son distintos de los que se aplican generalmente o "habitualmente". Australia no ha negado que las medidas sobre el empaquetado genérico impongan "exigencias especiales".<sup>107</sup> En consecuencia, se satisface este elemento del artículo 20.

<sup>103</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 97.

<sup>104</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 229.

<sup>105</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 325.

<sup>106</sup> Primera comunicación escrita de Australia, nota 517.

<sup>107</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 79, 120 y 121.

**b. Las prescripciones de Australia en materia de empaquetado genérico complican el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales**

81. Como se ha analizado *supra*, las prescripciones de Australia en materia de empaquetado genérico afectan al uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, al establecer exigencias relativas a su uso en todas las etapas de la cadena de valor.<sup>108</sup>

82. Las prescripciones de Australia en materia de empaquetado genérico complican el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales al impedir el uso de marcas figurativas, marcas estilizadas, la mayor parte de las marcas verbales, y marcas que combinan una o más de las anteriores en el empaquetado de los productos de tabaco y los propios productos de tabaco destinados a la venta minorista. Además, las marcas verbales que está permitido figuren en el empaquetado deben hacerlo con un tipo y tamaño de letra, empleo de mayúsculas y color determinados.

83. Australia respondió utilizando un argumento circular, al alegar que la prohibición del uso no puede estar abarcada por el artículo 20 porque no *hay* uso en el curso de operaciones comerciales. Por el contrario, la utilización de la expresión "como por ejemplo" en el artículo 20 deja claro que los ejemplos mencionados no constituyen una lista exhaustiva y que el artículo 20 podría abarcar una amplia gama de exigencias especiales, siempre que estas compliquen el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. No hay apoyo en el texto del artículo 20 para la opinión de que una exigencia especial por la que se prohíbe el uso en el curso de operaciones comerciales está excluida del ámbito de aplicación de dicha disposición.

84. La interpretación de Australia crearía una situación insostenible en la que el Acuerdo sobre los ADPIC daría a los Miembros la libertad absoluta de imponer una prohibición sobre el uso de una marca de fábrica o de comercio sin ninguna justificación o explicación, mientras que los Miembros estarían obligados a proporcionar una justificación y una explicación en el caso de limitaciones del uso de una marca de fábrica o de comercio que implican un grado de intervención mucho menor.<sup>109</sup>

**c. Las prescripciones de Australia en materia de empaquetado genérico complican "injustificablemente" el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales**

85. El artículo 20 prohíbe a los Miembros complicar "injustificablemente" el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. El análisis del carácter "injustificable" en el marco del artículo 20 requiere el uso de una escala móvil: las medidas que imponen un grado de complicación elevado también imponen al demandado una carga más elevada a la hora de justificarlas. Las complicaciones extremas y sin precedentes, como las que establece el empaquetado genérico, requieren más pruebas que demuestren que la carga "se justifica" y "tiene fundamento", mientras que una complicación leve (por ejemplo, el uso junto con una advertencia sanitaria y limitaciones relativas al tamaño y la ubicación) podría justificarse con pruebas menos rigurosas.

86. Además, cada tipo de exigencia especial y la complicación vinculada a ella deben evaluarse y "justificarse" por separado. No sería procedente utilizar pruebas que permitirían fundamentar un tipo de complicación (por ejemplo, una limitación relativa al uso de determinados colores) para justificar la imposición de otro tipo de complicación (la prescripción de utilizar determinado carácter tipográfico) o de una serie de complicaciones globales.

87. Australia ha dado por sentado que *cualquier* elemento de una marca de fábrica o de comercio ubicado en *cualquier lugar* tiene por efecto inducir a la gente a fumar. En todo momento, Australia ha elaborado sus prescripciones en materia de empaquetado genérico para imponer algunas de las complicaciones más severas, sin tomarse la molestia de determinar si con algún otro enfoque, como permitir a los fabricantes que utilizaran el tipo y tamaño de letra de su preferencia, se podían cumplir los objetivos del empaquetado genérico. Este enfoque carece de

<sup>108</sup> Véase la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, artículos 31-35.

<sup>109</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 125.

fundamento y por supuesto no está justificado. No había pruebas creíbles de que las marcas específicas (es decir, las marcas estilizadas, con el carácter tipográfico, el tamaño de letra mayor, etc., con que se habían registrado) utilizadas en los productos de tabaco y en el empaquetado de esos productos destinados a la venta minorista tuvieran ese efecto, ni había *ninguna* prueba creíble de que, de modo más general, todos los elementos de una marca de fábrica o de comercio lo tengan igual.

88. Teniendo en cuenta todos los datos correspondientes a la etapa posterior a la aplicación, no hay pruebas de que el empaquetado genérico esté contribuyendo a disminuir la prevalencia en Australia, y mucho menos en un nivel suficiente como para justificar las complicaciones draconianas y sin precedentes impuestas respecto de las marcas figurativas, las marcas estilizadas y las marcas verbales. En los estudios que han hecho varios investigadores con distintos enfoques analíticos no se han encontrado pruebas empíricas de que las medidas de Australia de empaquetado genérico estén reduciendo la prevalencia en la población general o entre los jóvenes, en los que, según las previsiones, debía influir especialmente el empaquetado genérico. Tras más de tres años, no hay pruebas de que el empaquetado genérico haya influido positivamente en el comportamiento de los consumidores. Ninguna de las previsiones sobre los efectos del empaquetado genérico se ha cumplido. El empaquetado genérico no ha logrado reducir la prevalencia del tabaquismo según predecían sus proponentes. La medida no funciona y no es probable que funcione y, por lo tanto, complica injustificablemente el uso de marcas de fábrica o de comercio, lo que constituye una infracción del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

**7. El empaquetado genérico del tabaco infringe el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC**

89. Indonesia apoya los argumentos expuestos por la República Dominicana y Honduras con respecto a la infracción por Australia del párrafo 2 b) del artículo 22 y del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>110</sup>

**B. El empaquetado genérico infringe el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

90. Varios grupos especiales y el Órgano de Apelación han sostenido que, para establecer la existencia de una infracción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un reclamante debe probar que: 1) el objetivo de la medida impugnada no es "legítimo"; o 2) el reglamento técnico restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar ese objetivo legítimo, teniendo presentes los riesgos que crearía no alcanzarlo. Como el Acuerdo OTC solo se aplica a los reglamentos técnicos, los reclamantes también tienen que demostrar que la medida impugnada es un "reglamento técnico". Indonesia abordará esta cuestión en primer lugar.

**1. Las medidas de Australia sobre el empaquetado genérico son "reglamentos técnicos"**

91. El Órgano de Apelación ha establecido un triple criterio para determinar si una medida es un "reglamento técnico" a tenor del Acuerdo OTC: 1) el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable; 2) el documento debe establecer una o más características del producto, prescritas ya sea de forma afirmativa o negativa; y 3) la observancia de las características del producto debe ser obligatoria.<sup>111</sup>

92. Aunque Australia reconoció que las "prescripciones en materia de formato" (que definen el aspecto físico de los paquetes de tabaco y de los propios productos de tabaco) son reglamentos técnicos que están sujetos a las disciplinas del Acuerdo OTC, alegó erróneamente que las "prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio" (que tratan del uso de las marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y en el empaquetado de esos productos) no lo son.<sup>112</sup> En respuesta, Indonesia replicó que en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC se señala que un reglamento técnico:

---

<sup>110</sup> Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, secciones VI.J y VI.K, y la primera comunicación escrita de Honduras, sección VI.

<sup>111</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 176 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 66-70).

<sup>112</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 211.

... {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*. (sin cursivas en el original)

En una constatación que no fue objeto de apelación, el Grupo Especial de la OMC que entendió en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* aclaró que un documento en el que se establecen prescripciones relativas al etiquetado de un producto establece una característica del producto.<sup>113</sup> Tampoco se discute que la observancia de las prescripciones en materia de empaquetado genérico sea obligatoria.<sup>114</sup> Por consiguiente, todos los aspectos de las medidas de Australia sobre el empaquetado genérico son reglamentos técnicos sujetos al Acuerdo OTC.

## **2. Las medidas de Australia de empaquetado genérico no están en conformidad con una norma internacional pertinente en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

### **a. La Conferencia de las Partes en el CMCT no es una institución internacional con actividades de normalización**

93. Australia ha afirmado, sin aportar pruebas, que la Conferencia de las Partes en el CMCT y las Directrices para la aplicación de dicho Convenio reúnen los requisitos establecidos en *Estados Unidos - Atún II (México)* para ser consideradas, respectivamente, una "organización internacional con actividades de normalización" y "normas internacionales". Existe "norma internacional" cuando hay: i) una norma; ii) adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización; y iii) puesta a disposición del público.<sup>115</sup>

94. Para ser considerada una "organización internacional con actividades normativas/de normalización", una organización debe tener "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización".<sup>116</sup> Al examinar la cuestión de si una institución internacional tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización", son pertinentes pruebas del reconocimiento por los Miembros de la OMC.<sup>117</sup> No existe ese reconocimiento con respecto al CMCT entre los Miembros de la OMC. En total, 19 Miembros de la OMC, de ellos 15 que han firmado o ratificado el Convenio, no están de acuerdo en que las Directrices para su aplicación sean una norma internacional.<sup>118</sup> Contrariamente a lo aducido por Australia, no hay entre los Miembros de la OMC "reconocimiento" de las actividades de normalización del CMCT. Además, ningún documento publicado por las organizaciones pertinentes (la OMS y la OMC) describe la Conferencia de las Partes en el CMCT como una organización de normalización y, si bien en el CMCT se asignaron varias funciones específicas a la Conferencia de las Partes, ninguna de ellas fue la elaboración de normas relativas a los productos.<sup>119</sup>

95. La cuestión de si la institución que adopta una medida observa los principios de transparencia, apertura, imparcialidad y consenso enunciados en la Decisión del Comité OTC 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 (la "Decisión del Comité OTC") también es pertinente para el análisis de si una organización es una institución internacional con actividades de normalización.<sup>120</sup>

96. La Conferencia de las Partes en el CMCT no recomendó el empaquetado genérico "por consenso", como alega Australia.<sup>121</sup> La Conferencia de las Partes solo pudo llegar a un consenso para recomendar que se *considerara la posibilidad* del empaquetado genérico, lo que significa que *no* hubo consenso en recomendar la adopción del empaquetado genérico como parte de las obligaciones de los Miembros en el marco de los artículos 11 y 13.

<sup>113</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 387.

<sup>114</sup> *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, capítulo 5, parte 2, páginas 89-100.

<sup>115</sup> Respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 75.

<sup>116</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 356-359.

<sup>117</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 363.

<sup>118</sup> Véase la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 239 y 240.

<sup>119</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 244.

<sup>120</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 373-378.

<sup>121</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 225.

97. Las Directrices para la aplicación del CMCT no dan lugar a "un uso común o repetido". Una Parte puede "considerar la posibilidad" de adoptar el empaquetado genérico y decidir su adopción o puede "considerar la posibilidad" de adoptar el empaquetado genérico y rechazar esa política. Se trata de resultados muy divergentes que no pueden considerarse de modo alguno un uso "común".

98. Ningún fabricante de tabaco ha adoptado el empaquetado genérico de forma voluntaria. Las prescripciones relativas al empaquetado y la publicidad establecidas en los artículos 11 y 13 del CMCT son obligatorias para las Partes en el Convenio, es decir, no son "de aplicación voluntaria".<sup>122</sup> En las Directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 se formulan recomendaciones sobre el modo en que las Partes deberían aplicar las disposiciones "obligatorias" de los artículos 11 y 13. Hasta la fecha, ha hecho "uso" de las Directrices únicamente Australia, que impuso el empaquetado genérico mediante la adopción de un reglamento técnico obligatorio. Indonesia no tiene conocimiento de un solo caso en que se haya considerado que existe una norma y sin embargo no se haya hecho uso de ella de forma voluntaria en ningún acto de comercio. A este respecto, las Directrices para la aplicación del CMCT difieren notablemente de otras normas internacionales.

99. Por último, la Conferencia de las Partes en el CMCT no es abierta ni transparente.<sup>123</sup> El Reglamento Interior de la Conferencia de las Partes establece los criterios para obtener la condición de observador y dispone que esta solo está abierta a "{o}tras organizaciones no gubernamentales internacionales y regionales cuyos objetivos y actividades estén de conformidad con el espíritu, las finalidades y los principios del Convenio ... ".<sup>124</sup> Las normas de la Conferencia de las Partes relativas a la exclusiva designación de observadores de ideas afines implican que las deliberaciones en las que participan los observadores no se desarrollan de forma abierta, sobre una base no discriminatoria.

100. Además, las Directrices para la aplicación del párrafo 3 del artículo 5 del CMCT (las "Directrices relativas al párrafo 3 del artículo 5") tratan de la interacción con las empresas tabacaleras. Estas Directrices están llenas de advertencias a las Partes para que eviten toda interacción con las empresas tabacaleras, protejan las políticas contra "los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera" y consideren que existe un "conflicto fundamental e irreconciliable entre los intereses de la industria tabacalera y los intereses de las políticas de salud pública".<sup>125</sup> Las Directrices están en directa contradicción con las disposiciones de la Decisión del Comité OTC relativas a la transparencia.<sup>126</sup> No hay un conjunto de directrices análogo en vigor en ninguna otra institución de normalización reconocida que prohíba el trato con la industria.<sup>127</sup>

101. Por último, la Conferencia de las Partes en el CMCT no se asemeja en absoluto a otras organizaciones de normalización, como la Comisión Mixta FAO/OMS del Codex Alimentarius ("Codex") o la Organización Internacional de Normalización ("ISO"). Las Directrices para la aplicación tanto del artículo 11 como del artículo 13 del CMCT, mucho más amorfas, por un lado carecen de fundamento científico o técnico y por otro no son resultado de un proceso de normalización transparente y bien articulado (algo comprensible, dado que no se trata de una organización de normalización, y nunca estuvo destinada a serlo), aspectos ambos necesarios para poder considerar el fruto de su labor como una "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

**b. Las medidas de Australia de empaquetado genérico no están "en conformidad con" las Directrices del CMCT**

102. Por todas las razones expuestas *supra*, el Grupo Especial debería constatar que las Directrices del CMCT para los artículos 11 y 13 no son normas internacionales, y el análisis de las alegaciones de Australia al amparo del párrafo 5 del artículo 2 que realice el Grupo Especial

<sup>122</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 229.

<sup>123</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 230-241.

<sup>124</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 231.

<sup>125</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 236 y 237.

<sup>126</sup> Decisión del Comité OTC, párrafo 1 del artículo 2 (G/TBT/1/Rev.9, página 41). (sin cursivas en el original)

<sup>127</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 248.

debería terminar aquí. Subsidiariamente, si el Grupo Especial concluye que sí existe una norma internacional, Indonesia sostiene que las medidas de Australia de empaquetado genérico no están "en conformidad con" esa norma internacional porque van mucho más allá de lo que se recomienda en las Directrices.

103. En las interpretaciones del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF se ha sostenido que una medida debe "estar en [plena] conformidad con" o "cumplir" todos los aspectos de la norma internacional pertinente, *sin superar* las "reglas, directrices o características" establecidas por la norma.<sup>128</sup> El Órgano de Apelación ha sostenido que una medida que supera las prescripciones de una norma internacional no está en conformidad con esa norma y *no puede beneficiarse de ninguna presunción de conformidad*.<sup>129</sup>

104. Las medidas de Australia de empaquetado genérico no están "en conformidad con" la presunta norma supuestamente establecida en las Directrices para los artículos 11 y 13. En primer lugar, Australia ha informado anteriormente a la OMC, en su notificación al Comité OTC en virtud del artículo 2.9.2, de que sus medidas de empaquetado genérico no están "en conformidad con" una norma internacional.<sup>130</sup> Además, el lenguaje vago de las Directrices del CMCT no proporciona un nivel de especificidad suficiente para que exista el "*grado de correspondencia* [requerido] entre el reglamento técnico del Miembro y la norma internacional, de forma que el reglamento técnico '*incorpora*' la norma internacional *en su totalidad* y, a efectos prácticos, la *convierte* en una norma interna".<sup>131</sup>

105. Asimismo, las medidas de Australia de empaquetado genérico van más allá de las Directrices para los artículos 11 y 13, lo que suprime toda posibilidad de aplicar la presunción prevista en el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Ni las Directrices relativas al artículo 11 ni las relativas al artículo 13 contienen prescripciones como la prohibición de usar el nombre del fabricante en los propios productos de tabaco, la imposición de restricciones respecto de los envoltorios internos de los paquetes de tabaco, o detalles como la ubicación y la orientación de la información que se permite incluir en el empaquetado del tabaco y el número de veces que puede aparecer determinada información en un paquete, elementos todos ellos prescritos por las medidas de Australia de empaquetado genérico.<sup>132</sup> Como las medidas de Australia de empaquetado genérico superan las prescripciones descritas en las Directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13, no gozan de la presunción de compatibilidad prevista en el párrafo 5 del artículo 2 con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

### **3. Las prescripciones de Australia en materia de empaquetado genérico restringen el comercio más de lo necesario y crean un obstáculo innecesario al comercio, lo que infringe el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

106. Indonesia está de acuerdo en que las medidas destinadas a reducir la prevalencia del tabaquismo pueden proteger la salud pública, y no impugna la legitimidad del objetivo que se persigue con las medidas de Australia de empaquetado genérico. En *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que el análisis de la compatibilidad de una medida con el párrafo 2 del artículo 2 entraña un "análisis de la relación" entre: el grado en que el reglamento técnico restringe el comercio; el grado en que contribuye al logro de un objetivo legítimo; y los riesgos que crearía no alcanzarlo.<sup>133</sup> Indonesia sostuvo que las medidas de Australia de empaquetado genérico no contribuyen a ese objetivo legítimo y restringen el comercio, y que hay alternativas disponibles menos restrictivas del comercio, todo lo cual indica que las medidas de Australia sobre el empaquetado genérico restringen el comercio más de lo necesario.

<sup>128</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 255.

<sup>129</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 694. (sin cursivas en el original)

<sup>130</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 256.

<sup>131</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 256.

<sup>132</sup> *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* (JE-1), páginas 22-27.

<sup>133</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II*, párrafo 318, e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 374.

**a. Las prescripciones de Australia en materia de empaquetado genérico restringen el comercio**

107. Las medidas de Australia de empaquetado genérico 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 elevar los precios. Al despojar a las marcas de los elementos que más contribuyen a su identificación (los colores, las formas, los caracteres tipográficos, etc.), el empaquetado genérico "comoditiza" los productos de tabaco, y el precio pasa a ser la principal forma de competir.

108. El hecho de que los fabricantes extranjeros de productos de tabaco no puedan crear su identidad de marca en Australia a fin de competir con los fabricantes nacionales hace que sea difícil vencer la preferencia existente por las marcas nacionales. En consecuencia, las medidas de Australia de empaquetado genérico restringen el comercio porque limitan las oportunidades de competencia en el mercado australiano al imponer restricciones al derecho a hacer uso de 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.

**b. Las medidas de Australia de empaquetado genérico no hacen una contribución significativa al objetivo legítimo de reducir la prevalencia del tabaquismo**

109. El Órgano de Apelación ha aclarado en el contexto del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 que "existe [una contribución] cuando hay *una relación auténtica de fines a medios* entre el objetivo perseguido y la medida en litigio".<sup>134</sup> Al evaluar si ha habido una relación "de fines a medios" entre la reducción de la prevalencia del tabaquismo y las medidas de Australia de empaquetado genérico, es conveniente en primer lugar comprender la evolución de la prevalencia del tabaquismo antes de que se implantara el empaquetado genérico. Los datos sobre salud de la propia Australia indican que entre 2001 y 2010 la prevalencia del tabaquismo había disminuido de forma constante, pasando del 24,3% al 15,1%.<sup>135</sup> Desde 2006, la prevalencia observada se había reducido de forma ininterrumpida a un ritmo anual de 0,59 puntos porcentuales. Para que haya una relación "de fines a medios" entre la reducción de la prevalencia del tabaquismo y las medidas de Australia de empaquetado genérico, habría hecho falta que el empaquetado genérico se tradujera en un porcentaje de reducción de la prevalencia superior al que ya se registraba entonces; en caso contrario, era y es "innecesario".

110. El empaquetado genérico se basa en la convicción de que cualquier elemento de diseño que pueda aparecer en un paquete o en un cigarrillo o cigarro (puro) tiene presumiblemente el efecto de inducir a la gente a fumar, y que en ausencia de esos elementos ello no ocurriría. En el momento en que Australia adoptó el empaquetado genérico no había pruebas creíbles de que los elementos de diseño específicos que se utilizaban en los productos de tabaco y en el empaquetado de esos productos tuvieran ese efecto, y tampoco había pruebas creíbles de que, de modo más general, todo elemento de diseño sujeto a la reglamentación relativa al empaquetado genérico lo tuviera. Los datos correspondientes al período posterior a la aplicación siguen indicando que el empaquetado genérico no ha tenido efecto alguno en las tasas de prevalencia del tabaquismo en Australia, ni siquiera tres años después de su entrada en vigor, y es improbable que tenga algún efecto en el futuro.

**c. Hay alternativas menos restrictivas disponibles**

111. Incluso si el empaquetado genérico hubiera contribuido mínimamente a su objetivo, existen alternativas menos restrictivas del comercio que hacen una contribución al objetivo de reducir la prevalencia equivalente o superior a la del empaquetado genérico. Estas alternativas comprenden los aumentos de los impuestos especiales, el incremento del gasto en campañas de mercadotecnia social, el incremento de la edad legal mínima para la compra y un mecanismo de escrutinio previo.<sup>136</sup>

<sup>134</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil -Neumáticos recauchutados*, párrafo 145. (sin cursivas en el original)

<sup>135</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 408.

<sup>136</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 430-457.



112. Australia ha alegado que las tres primeras alternativas no pueden considerarse "alternativas" porque ya se están aplicando en Australia.<sup>137</sup> Sin embargo, Australia tergiversa las circunstancias del asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*. En ese caso, se constató que determinadas medidas que se proponían como alternativas menos restrictivas no eran "alternativas" válidas porque se habían puesto en marcha como parte de una estrategia global encaminada a hacer frente a un riesgo para la vida y la salud de las personas y de los animales, y para la preservación de los vegetales.<sup>138</sup> Sin embargo, el Grupo Especial no llegó a esta conclusión en abstracto. En ese asunto, el Brasil había aportado al expediente abundantes pruebas fácticas que demostraban que si se autorizaba la importación de neumáticos recauchutados en el mercado brasileño, estos hubieran sustituido al recauchutado local de neumáticos usados, lo que habría revertido en un incremento de los neumáticos de desecho (neumáticos no reciclados) en el Brasil.<sup>139</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que el recauchutado nacional de neumáticos en el Brasil podría haberse visto afectado desfavorablemente de no haber existido la prohibición de las importaciones de neumáticos recauchutados extranjeros. En el caso que nos ocupa, Australia no ha aportado elementos de prueba (y, por supuesto, nada comparable a las pruebas presentadas por el Brasil) que demuestren que los impuestos especiales, las campañas de mercadotecnia social o la edad legal mínima para la compra serían *menos eficaces* de no existir las medidas sobre el empaquetado genérico.

113. Los reclamantes no aducen que las medidas de control del tabaco en vigor, como los impuestos, las campañas de mercadotecnia social o la edad legal mínima para la compra, funcionarían como alternativas en su forma actual. En cada caso, los reclamantes han propuesto modificaciones de esas políticas, de modo que pasarían a ser una nueva medida que actualmente no está en vigor en Australia. Por ejemplo, el hecho de que Australia haya aumentado la edad legal mínima para la compra de los 16 a los 18 años *hace casi 20 años* no tiene relación con los efectos positivos que podría crear aumentarla de los 18 a los 21 *ahora*.<sup>140</sup> Además, realizar las modificaciones estructurales en los programas relativos a las campañas de mercadotecnia social tendría como resultado programas nuevos, más eficaces, que contribuirían en mayor medida a la reducción de la prevalencia.<sup>141</sup>

114. Asimismo, las alternativas menos restrictivas propuestas por los reclamantes restringen menos el comercio que el empaquetado genérico porque no reducen las oportunidades de competencia eliminando la posibilidad de que los fabricantes distingan su producto de los de otros proveedores.

115. Sobre la base del análisis realizado *supra*, las medidas de empaquetado genérico infringen el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

#### IV. SOLICITUD DE CONSTATAIONES

116. Indonesia solicitó al Grupo Especial que constate que la *Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio (empaquetado genérico del tabaco) de 2011*, la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011* y el *Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2011*, tanto colectiva como individualmente, incumplen las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y del párrafo 1 del artículo 2, el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>137</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 703-717.

<sup>138</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 289.

<sup>139</sup> Informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.142.

<sup>140</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 710.

<sup>141</sup> Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 289.

**ANEXO B-5****RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE AUSTRALIA****I. INTRODUCCIÓN**

1. Por las razones expuestas por Australia en sus comunicaciones escritas, declaraciones orales, respuestas a las preguntas del Grupo Especial y observaciones sobre las respuestas de los reclamantes, las alegaciones de los reclamantes de que la medida de empaquetado genérico del tabaco es incompatible con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud de los acuerdos abarcados no tienen fundamento jurídico ni fáctico.

2. Desde el punto de vista jurídico, las alegaciones de los reclamantes o bien se basan en claras distorsiones e interpretaciones erróneas de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo OTC y el GATT de 1994, o no cumplen de alguna otra forma los requisitos jurídicos para establecer una alegación de infracción al amparo de esas disposiciones.

3. Además, incluso si el Grupo Especial constatará que los reclamantes han establecido la aplicabilidad *prima facie* de las disposiciones jurídicas pertinentes, desde el punto de vista probatorio los reclamantes no han demostrado sus alegaciones de infracción.

4. De conformidad con las dos principales disposiciones en cuestión en la presente diferencia -el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC- los reclamantes han asumido la carga de demostrar que la medida de empaquetado genérico del tabaco no hará *ninguna* contribución a sus objetivos de salud pública. Las pruebas cualitativas y cuantitativas presentadas al Grupo Especial y los argumentos contradictorios de los propios reclamantes sobre los efectos de la medida demuestran que los reclamantes no han satisfecho esta carga.

5. Reconociendo esta omisión, los reclamantes han intentado a través de sus comunicaciones trasladar a Australia su carga jurídica, indicando que Australia debe demostrar positivamente que la medida de empaquetado genérico del tabaco ha dado lugar a disminuciones inmediatamente observables y cuantificables en la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco en el limitado período transcurrido desde la implementación de la medida. Este argumento no solo pasa por alto fundamentalmente la naturaleza de la medida de empaquetado genérico del tabaco como una medida de salud pública de largo plazo que forma parte integrante de un conjunto integral de medidas de control del tabaco, y que el consumo de tabaco es por su naturaleza un complejo problema de salud pública que exige una respuesta integral, sino que también constituye un error de derecho adicional que contamina los argumentos de los reclamantes.

6. En vista de que los reclamantes no han demostrado que la medida de empaquetado genérico del tabaco sea incompatible con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud de los acuerdos abarcados, el Grupo Especial debería rechazar las alegaciones de los reclamantes en su totalidad.

**II. RESUMEN DEL CONTEXTO PERTINENTE PARA EVALUAR LA MEDIDA DE EMPAQUETADO GENÉRICO DEL TABACO DE AUSTRALIA**

7. Esta diferencia concierne al derecho de un Miembro a regular la publicidad y promoción del tabaco: un producto singular y sumamente adictivo que mata a la mitad de sus consumidores a largo plazo, es la principal causa a nivel mundial de morbilidad y mortalidad prevenibles, es responsable de casi 6 millones de muertes anuales en todo el mundo, incluidos 600.000 no fumadores expuestos al humo de tabaco ajeno, no tiene un nivel inocuo de consumo ni un nivel inocuo de exposición, y daña a casi todos los órganos del cuerpo.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.A, párrafos 23, 24 y 27-30, y parte II.B, párrafo 32.

8. En Australia, el consumo de tabaco es una de las principales causas de enfermedades y muertes prematuras prevenibles. Más de 15.000 australianos mueren todos los años de enfermedades relacionadas con el tabaquismo.<sup>2</sup>

9. Para combatir la epidemia mundial de consumo de tabaco<sup>3</sup>, el CMCT prescribe estrategias integrales para el control del tabaco, al reconocer que son el medio más eficaz de reducir la incidencia y prevalencia del tabaquismo.<sup>4</sup> Para ser eficaces, esas estrategias integrales deben abarcar todos los aspectos de la oferta y demanda, aplicarse a todos los productos de tabaco, optimizar las sinergias entre medidas complementarias y actualizarse y revisarse continuamente.<sup>5</sup>

10. El conjunto integral de medidas de control del tabaco australianas incluye: medidas que han restringido progresivamente la publicidad de los productos de tabaco, advertencias sanitarias gráficas, aumento de los impuestos especiales, restricciones al acceso de los jóvenes, prohibiciones de exhibición para la venta al por menor y en los puntos de venta, prohibiciones de fumar en lugares públicos, apoyo al abandono del hábito y campañas de mercadotecnia social antitabaco y de educación pública.<sup>6</sup> La medida de empaquetado genérico del tabaco se introdujo con el fin de prohibir una de las últimas vías que quedaban para publicitar y promocionar los productos de tabaco entre los consumidores y posibles consumidores en Australia: el empaquetado de los productos de tabaco destinados al comercio minorista y el propio producto.<sup>7</sup>

11. La medida alcanza este objetivo prohibiendo la exhibición de elementos de diseño en el empaquetado de los productos de tabaco destinados al comercio minorista, incluidas las marcas de fábrica o de comercio (excepto el nombre comercial, de empresa o compañía o el nombre de una variante), logotipos, símbolos, imágenes, colores y texto promocional; la imposición de determinadas restricciones a la forma y el acabado del empaquetado de los productos de tabaco destinados al comercio minorista; y la imposición de algunas otras prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco.<sup>8</sup> Para asegurar que las empresas tabacaleras sigan pudiendo distinguir sus productos de otros productos en el mercado, la medida permite utilizar el nombre comercial, de empresa o compañía y nombres de variantes en el empaquetado de los productos destinados al comercio minorista, incluidos los nombres amparados por una marca de fábrica o comercio, en una forma normalizada.<sup>9</sup> Estas prescripciones se aplican a todos los productos de tabaco.<sup>10</sup>

12. La decisión de Australia de implementar la medida de empaquetado genérico del tabaco se basó en abundantes testimonios científicos<sup>11</sup> y la recomendación expresa de las Directrices del CMCT de adoptar el empaquetado genérico del tabaco como forma de cumplir las obligaciones que corresponden a las Partes en el marco de dicho Convenio.<sup>12</sup> Muchos otros países, incluidos Irlanda, el Reino Unido, Francia, Hungría, Nueva Zelandia, Noruega, Chile y Singapur ya han adoptado o están considerando la posibilidad de adoptar sus propias medidas de empaquetado

<sup>2</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.C, párrafo 34; y declaración inicial de Australia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 7.

<sup>3</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.B, párrafo 31; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 17 y 18.

<sup>4</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.D, párrafos 38 y 46-49; segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 250; declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 8; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafos 34-36.

<sup>5</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.D, párrafos 38-49; declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 9 y 10; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafos 34-36.

<sup>6</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.D.2 y parte II.D.3; segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 552; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 9.

<sup>7</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.D.3.

<sup>8</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.G.2.

<sup>9</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.G.2; segunda comunicación escrita de Australia, parte II.C.5 c); y declaración inicial de Australia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 50-54.

<sup>10</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.G.2 e).

<sup>11</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E.3 y parte II.I.3; y segunda comunicación escrita de Australia, partes II.C.5 b) y III.D.3.

<sup>12</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.F; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 242-245; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 11.

genérico del tabaco, en concordancia con las Directrices del CMCT, con el fin de mejorar la salud pública en sus respectivas jurisdicciones.<sup>13</sup>

13. Las sinergias entre las medidas integrales y complementarias de control del tabaco australianas son fundamentales.<sup>14</sup> Por ejemplo, el empaquetado genérico del tabaco actúa conjuntamente con los aumentos del impuesto especial para afrontar la cuestión del inicio de los jóvenes en cada una de sus etapas, incluidas las primeras etapas de experimentación con el consumo de tabaco.<sup>15</sup> En forma análoga, el empaquetado genérico del tabaco añade eficacia a las campañas de mercadotecnia social de Australia, que de lo contrario se ven contrarrestadas por la mercadotecnia de los productos de tabaco.<sup>16</sup> El empaquetado genérico del tabaco también aumenta la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas, y el realce de estas refuerza los mensajes transmitidos por las campañas de mercadotecnia social contra el tabaco, y lo hacen en un momento especialmente importante, esto es, el momento del consumo.<sup>17</sup> Por lo tanto, tales medidas se complementan y no actúan en sustitución unas de otras.<sup>18</sup>

14. La estrategia integral de control del tabaco de Australia ha dado por resultado una disminución de las tasas de prevalencia del tabaquismo en el país<sup>19</sup>, que en la actualidad son las más bajas registradas en muchas décadas, y se han producido considerables disminuciones en el período en que el empaquetado genérico del tabaco ha estado en vigor.<sup>20</sup>

15. La Encuesta por Hogares de la Estrategia Nacional en materia de Drogas más reciente, que abarca el período 2010-2013, puso de manifiesto una notable disminución de las tasas de prevalencia. Las tasas correspondientes al hábito de fumar diario disminuyeron del 15,9% al 13,3% entre los australianos mayores de 18 años y, algo que resulta significativo, del 15,1% al 12,8% entre los australianos mayores de 14 años.<sup>21</sup> Este descenso de la prevalencia de 2 a 3 puntos porcentuales se traduce en que hay 200.000 fumadores diarios mayores de 14 años menos.<sup>22</sup> De forma análoga, en la Encuesta Nacional de Salud realizada por el Instituto Australiano de Estadística correspondiente a 2014-2015, el porcentaje de fumadores diarios entre los australianos mayores de 18 años era de un 14,5% en 2014-2015, lo que representa un descenso respecto del 16,1% registrado en 2011-2012.<sup>23</sup> Estos resultados concuerdan con otras pruebas presentadas al Grupo Especial que muestran importantes disminuciones en la prevalencia del tabaquismo tras la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco.

16. Datos recientes sobre la prevalencia del tabaquismo extraídos de la encuesta mensual de Roy Morgan confirman una reducción sustancial en la prevalencia. Si bien Roy Morgan utiliza diferentes métodos de encuesta, se observa un patrón significativo y uniforme de rápida disminución de la prevalencia. La prevalencia global correspondiente a los fumadores australianos mayores de 14 años disminuyó del 18,7% registrado en el período de enero a junio de 2012 (antes de la introducción del empaquetado genérico del tabaco) al 16,2% registrado en los seis

<sup>13</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafos 117 y 118; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 245-249; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 11.

<sup>14</sup> Declaración inicial de Australia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 16 y 17; declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 10; respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial, párrafo 73; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 161 del Grupo Especial, párrafos 107-111.

<sup>15</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 161 del Grupo Especial, párrafo 108.

<sup>16</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 161 del Grupo Especial, párrafo 110.

<sup>17</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 10; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 161 del Grupo Especial, párrafo 110.

<sup>18</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 10; segunda comunicación escrita de Australia, parte III.F; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 9, 10, 154 y 155.

<sup>19</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.C, párrafo 36 y gráfico 1; parte II.D, párrafo 53, gráfico 3; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 12-15.

<sup>20</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.C, párrafo 36; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 12-15.

<sup>21</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.C, párrafo 36; respuesta de Australia a la pregunta 199 del Grupo Especial, párrafo 310; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva, párrafo 12.

<sup>22</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 12.

<sup>23</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 199 del Grupo Especial, párrafo 389.

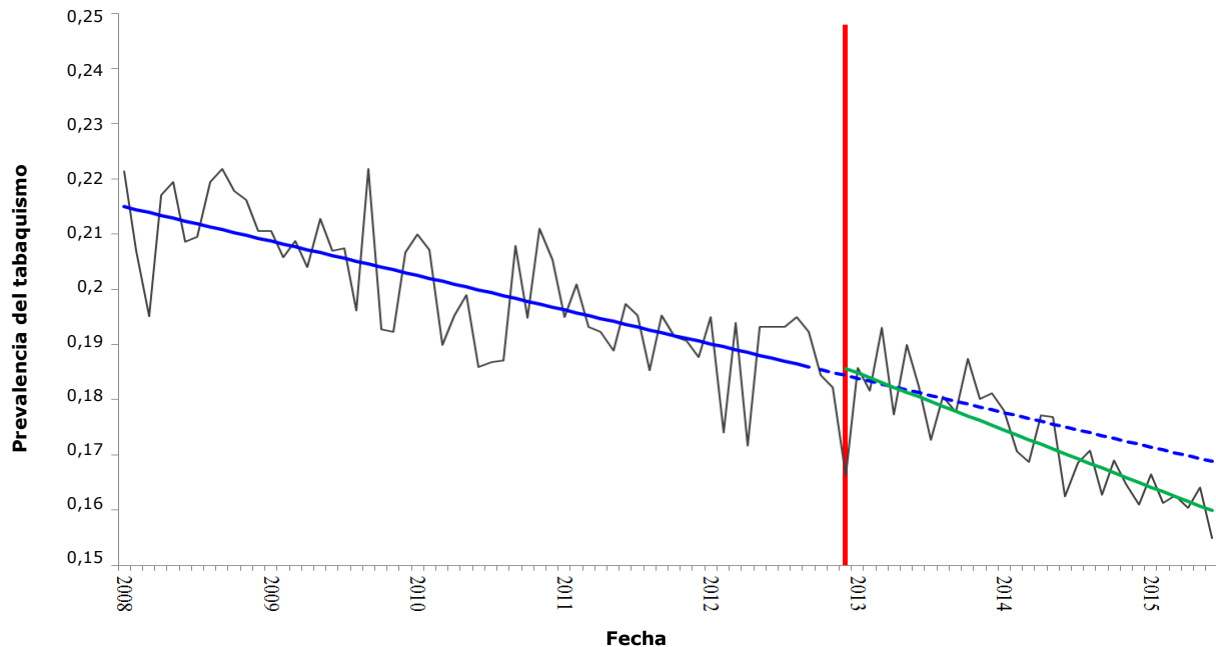
primeros meses de 2015.<sup>24</sup> La prevalencia entre los australianos de entre 14 y 24 años de edad también disminuyó, del 16,7% al 14,1%. Esto se traduce en unos 492.000 fumadores mayores de 14 años menos, de los cuales unos 86.000 son jóvenes y jóvenes adultos.<sup>25</sup>

17. Dado que los reclamantes han asumido la carga de establecer que la medida de empaquetado genérico del tabaco es incapaz de contribuir a los objetivos de salud pública de Australia, deben demostrar que *ninguna* de las importantes disminuciones en la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco ocurridas desde la introducción de la medida puede atribuirse a la medida de empaquetado genérico del tabaco; y que la medida es incapaz de hacer *ninguna* contribución a la reducción del consumo de los productos de tabaco y la exposición a ellos en el futuro.

18. Como Australia ha establecido en sus comunicaciones a lo largo de estas actuaciones, los reclamantes no han satisfecho esta carga en absoluto. Dado que el hecho de que los reclamantes no hayan satisfecho su carga echa por tierra las principales alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, Australia resumirá los argumentos y las pruebas pertinentes sobre la contribución de la medida a sus objetivos de salud pública antes de referirse a otras deficiencias de las alegaciones de los reclamantes.

### III. LOS RECLAMANTES NO HAN DEMOSTRADO QUE LA MEDIDA DE EMPAQUETADO GENÉRICO DEL TABACO SEA INCAPAZ DE CONTRIBUIR A SUS OBJETIVOS

19. Australia ha sido testigo de una aceleración de la importante disminución en la prevalencia del tabaquismo desde la introducción a fines de 2012 del empaquetado genérico del tabaco como parte de un conjunto integral de medidas de control del tabaco, lo cual se muestra en el gráfico que figura a continuación.<sup>26</sup>



<sup>24</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 14.

<sup>25</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 14.

<sup>26</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 222.

20. En el mismo período, el consumo de productos de tabaco también descendió. El promedio de las ventas mensuales per cápita en los 12 meses anteriores a septiembre de 2015 descendió más del 15% en comparación con los 12 meses equivalentes anteriores a la introducción de la medida.<sup>27</sup>

21. No obstante, los reclamantes alegan que no hay pruebas suficientes que den al Grupo Especial certeza de que la medida de empaquetado genérico del tabaco contribuirá alguna vez a sus objetivos de salud pública. Si bien la carga de demostrar este argumento recae en los reclamantes, Australia ha demostrado que, si se analiza debidamente, la mayoría de las pruebas cualitativas y cuantitativas presentadas al Grupo Especial respalda abrumadoramente la conclusión de que la medida es apta para contribuir a reducir el consumo de los productos de tabaco y la exposición al humo del tabaco.

A. LOS RECLAMANTES NO HAN ESTABLECIDO SOBRE LA BASE DE LAS PRUEBAS CUALITATIVAS PRESENTADAS AL GRUPO ESPECIAL QUE LA MEDIDA SEA INCAPAZ DE CONTRIBUIR A SUS OBJETIVOS O SEA INJUSTIFICABLE

22. A lo largo de estas actuaciones, Australia ha presentado abundantes pruebas cualitativas que respaldan la conclusión de que el empaquetado genérico del tabaco es apto para contribuir a la reducción del consumo de los productos de tabaco y la exposición al humo del tabaco. Como Australia ha explicado, hay múltiples hipótesis "verificadas y apoyadas por pruebas suficientes"<sup>28</sup> que justifican la conclusión de que la medida es apta para contribuir a los objetivos de salud pública de Australia.

23. Los reclamantes no han refutado ninguna de estas pruebas. La afirmación de los reclamantes de que el empaquetado genérico del tabaco es incapaz de contribuir a su objetivo equivale, como mucho, a una solicitud de que el Grupo Especial cambie de opinión sobre estas pruebas. Esto es insuficiente, desde el punto de vista jurídico, para establecer que no hay pruebas convincentes que respalden la conclusión de que el empaquetado genérico del tabaco es capaz de contribuir a sus objetivos.

### **1. Los reclamantes no han roto el vínculo claro entre la publicidad y los comportamientos relacionados con el tabaquismo**

24. Las pruebas demuestran que hay un vínculo claro entre la publicidad y los comportamientos relacionados con el tabaquismo y que, debido a que el empaquetado de los productos destinados al comercio minorista representa un medio de publicidad y promoción de los productos de tabaco, la medida de empaquetado genérico del tabaco es capaz de influir en los comportamientos relacionados con el tabaquismo. La clara mayoría de los testimonios científicos respalda la existencia de este vínculo. Esos testimonios datan de los años ochenta e incluyen sucesivos informes autorizados de la Dirección General de Sanidad de los Estados Unidos, la Organización Mundial de la Salud, el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos y el Instituto de Medicina de los Estados Unidos.<sup>29</sup> Estos informes han concluido sistemáticamente que las empresas tabacaleras deliberadamente dirigen a los jóvenes su mercadotecnia y publicidad para "inducirlos a empezar a fumar".<sup>30</sup>

25. No cabe ninguna controversia real en cuanto a que la publicidad aumenta la demanda primaria de productos de tabaco. Si bien los reclamantes han intentado cuestionarlo, sus pruebas verdaderamente no logran refutar la tesis de que la publicidad del tabaco hace que la gente fume.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 146 del Grupo Especial, párrafo 14.

<sup>28</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

<sup>29</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 64; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 217-236, donde se cita el informe pericial de F. Chaloupka, Prueba documental AUS-9.

<sup>30</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E, párrafos 62 y 63, donde se cita a Teague, Prueba documental AUS-69; R.J. Reynolds, Prueba documental AUS-70; y *USA et al v. Philip Morris USA Inc., et al*, Prueba documental AUS-71.

<sup>31</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 621-626; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 214-226.

## 2. El argumento de los reclamantes de que el empaquetado de los productos de tabaco no constituye un medio de publicidad o promoción es inverosímil

26. Australia ha aportado al expediente del Grupo Especial una importante cantidad de pruebas cualitativas que demuestran que en el empaquetado del tabaco destinado al comercio minorista se publicitan y promueven los productos de tabaco.<sup>32</sup> Entre estas pruebas está la teoría y la práctica de la mercadotecnia<sup>33</sup>, así como pruebas de la propia rama de producción de tabaco, que considera el paquete como una "valla publicitaria"<sup>34</sup> y reconoce que las "empresas tabacaleras, al igual que otras empresas de bienes de consumo, ven el empaquetado con marca como una de las herramientas publicitarias".<sup>35</sup> En resumen: el empaquetado con marca funciona como una forma de publicidad y promoción, que aumenta la demanda primaria de productos de tabaco.<sup>36</sup>

27. Los reclamantes han cuestionado esta tesis sobre la base de dos argumentos principales. En primer lugar, que el empaquetado no puede ser un medio de publicidad porque no se ajusta a la definición tradicional del término "promoción". En segundo lugar que, incluso si el empaquetado efectivamente funcionara en general como publicidad, no puede cumplir esta función en el contexto del mercado oscuro de Australia. Ambos argumentos son infundados.

### a) El empaquetado es un medio de publicidad

28. Que el empaquetado con marca influye mucho en la toma de decisiones de los consumidores es una tesis respaldada por pruebas provenientes de la rama de producción de tabaco y de los expertos en mercadotecnia de Australia y los reclamantes.

29. Las abundantes pruebas presentadas al Grupo Especial demuestran que, durante décadas, la rama de producción de tabaco ha perfeccionado y explotado el empaquetado del tabaco como "una de las herramientas publicitarias" de los productos de tabaco<sup>37</sup>, incluidos los cigarros (puros)<sup>38</sup>, para proyectar imágenes positivas que atraen a grupos demográficos específicos, especialmente a los fumadores jóvenes.<sup>39</sup>

30. Australia ha presentado pruebas de expertos en mercadotecnia, entre ellas los informes de los Profesores Dubé y Tavassoli<sup>40</sup>, que explican el papel que desempeña el empaquetado en atraer a los consumidores e influir en sus respuestas, incluido el comportamiento de compra y consumo.<sup>41</sup> La afirmación de los reclamantes de que el empaquetado no funciona como una forma

<sup>32</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E; declaración inicial de Australia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 26-55, y presentación PowerPoint adjunta; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 227-236.

<sup>33</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E.2 b), donde se citan el informe pericial de N. Tavassoli, Prueba documental AUS-10, y el informe pericial de J.P. Dubé, Prueba documental AUS-11.

<sup>34</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E.2 a) y c); y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 231. Véase también, *JT International SA v Commonwealth of Australia*, Prueba documental AUS-84.

<sup>35</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 32, donde se cita a Chantler, Prueba documental AUS-81, párrafo 3.22.

<sup>36</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 70-84; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 227-236.

<sup>37</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E.2, donde se cita a Chantler, Prueba documental AUS-81; Philip Morris, Prueba documental AUS-82; R.J. Reynolds, Prueba documental AUS-83; y *JT International SA v Commonwealth of Australia*, Prueba documental AUS-84; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 227-231; y declaración inicial de Australia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 26-55, y presentación PowerPoint adjunta.

<sup>38</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E.2, párrafos 74 y 82, donde se cita a Hammar, Prueba documental AUS-87, Prueba documental AUS-98 y Prueba documental AUS-99; Swedish Match, Prueba documental AUS-100; Miller *et al*, Prueba documental AUS-102; y Swedish Match, Prueba documental AUS-103.

<sup>39</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 66-86; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 222-230 donde se cita a la Dirección General de Sanidad de los Estados Unidos, Prueba documental AUS-76; y OMS, Prueba documental AUS-80.

<sup>40</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E.2, párrafos 70-72, donde se citan el informe pericial de N. Tavassoli, Prueba documental AUS-10, y el informe pericial de J.P. Dubé, Prueba documental AUS-11.

<sup>41</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E.2, párrafos 70-84, donde se citan el informe pericial de N. Tavassoli, Prueba documental AUS-10; el informe pericial de J.P. Dubé, Prueba documental AUS-11; el informe pericial de P. Slovic, Prueba documental AUS-12; el informe pericial

de publicidad está en contradicción directa con las comunicaciones de los propios reclamantes<sup>42</sup> y el informe pericial del Profesor Steenkamp<sup>43</sup>, quien reconoce que la publicidad influye mucho en la toma de decisiones de los consumidores.<sup>44</sup>

**b) El empaquetado del tabaco funciona como publicidad en el mercado oscuro de Australia**

31. Los reclamantes han afirmado que, incluso si el empaquetado fuera un medio de publicidad, no puede cumplir una función publicitaria debido a que Australia es un "mercado oscuro".<sup>45</sup>

32. Este argumento está en contradicción con las pruebas provenientes de la propia rama de producción de tabaco que demuestran que el empaquetado del tabaco cobró cada vez más importancia como forma de publicitar y promocionar los productos de tabaco precisamente *debido* al mercado oscuro de Australia.<sup>46</sup> En efecto, el examen de los documentos de la rama de producción australiana de tabaco<sup>47</sup> demuestra que esta investigó y adoptó cambios en el diseño del empaquetado porque generan imágenes positivas que atraen a sus mercados objetivo, a pesar de la prohibición general de la publicidad impuesta por Australia. Los reclamantes ni siquiera han intentado responder a estas pruebas.

33. La importancia del empaquetado en un mercado oscuro se ve confirmada por los dictámenes de los expertos, los Profesores Dubé y Tavassoli, que explicaron que el mercado oscuro de Australia probablemente *refuerce*, más que disminuya, la capacidad del empaquetado del tabaco de servir de medio publicitario eficaz.<sup>48</sup> En efecto, a falta de empaquetado genérico del tabaco, las superficies, formas, tamaños, estructuras, materiales y texturas del empaquetado del tabaco<sup>49</sup> podrían cumplir una función de publicidad y promoción, incluso a través de la utilización de elementos de marca, figurativos y de diseño.<sup>50</sup>

34. A juzgar por las tesis y pruebas de los propios reclamantes, la medida de empaquetado genérico del tabaco ha influido claramente en el comportamiento de los consumidores en formas coherentes con el hecho de que el empaquetado de los productos de tabaco funciona como medio de publicidad. Por ejemplo, los reclamantes sostienen que la inexistencia del empaquetado con marca en el mercado oscuro de Australia ya ha alterado el comportamiento de los consumidores al provocar un cambio a productos de menor precio.<sup>51</sup> Según el experto de los reclamantes, el Profesor Steenkamp, esto ha ocurrido porque la eliminación de las marcas reduce la disposición de los consumidores a pagar por los productos de tabaco en general, y por los productos de calidad superior en particular, y también reduce la fidelidad a la marca.<sup>52</sup> El Profesor Steenkamp opina que el empaquetado genérico del tabaco "reduce la contribución de las marcas a los 'beneficios

---

de A. Biglan, Prueba documental AUS-13; y el informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-14. Véanse también, unidad del Centro de Investigación para el Control del Tabaco, Prueba documental AUS-90; Hammond, Prueba documental AUS-91; y Dirección General de Sanidad de los Estados Unidos, Prueba documental AUS-76.

<sup>42</sup> Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 197.

<sup>43</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 41 y 42, donde se cita el informe pericial de J. Steenkamp, Prueba documental DOM/HND-14, párrafo 92.

<sup>44</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafo 390; declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 37-46; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafo 310.

<sup>45</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 8, nota 3: Australia es un "mercado oscuro" porque su marco normativo en materia de publicidad y promoción del tabaco es sumamente restrictivo.

<sup>46</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.E.2, párrafo 83, donde se cita a Philip Morris, Prueba documental AUS-96.

<sup>47</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 83 y 84, véanse también el informe pericial de A. Biglan, Prueba documental AUS-13, párrafos 69-75; el informe pericial de P. Slovic, Prueba documental AUS-12, párrafos 60-83; y el informe pericial de N. Tavassoli, Prueba documental AUS-588, párrafos 42-49.

<sup>48</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 38 y 39, donde se citan el informe pericial de J.P. Dubé, Prueba documental AUS-583, sección VI; y el informe pericial de N. Tavassoli, Prueba documental AUS-588.

<sup>49</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 125-131.

<sup>50</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafos 392-399, donde se cita el informe pericial de N. Tavassoli, Prueba documental AUS-588, párrafos 6-8 y 20-27.

<sup>51</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 409-412.

<sup>52</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 41 y 42, donde se cita el informe pericial de J. Steenkamp, Prueba documental DOM/HND-14, párrafos 96 y 97.



intangibles' [que] tanto en el caso de las marcas de calidad superior como el de las marcas asequibles" pueden transmitirse a los consumidores, particularmente en el caso de los productos de calidad superior.<sup>53</sup>

35. Si el empaquetado con marca (incluso con una advertencia sanitaria gráfica ostensible) tiene el efecto de promocionar los "beneficios intangibles" de un producto del tabaco, al aumentar la disposición de los consumidores a pagar por ese producto y la fidelidad de estos a su marca en el contexto del mercado oscuro de Australia, no hay ninguna discusión seria en cuanto a que el empaquetado del tabaco funciona como publicidad. Además, si como los reclamantes sostienen, estos "beneficios intangibles" ya no pueden transmitirse debido al empaquetado genérico del tabaco, entonces, según ellos mismos admiten, Australia ha eliminado un medio de publicidad de los productos de tabaco.<sup>54</sup>

### **3. Los reclamantes no han refutado que el empaquetado genérico del tabaco es capaz de afectar a los comportamientos relacionados con el tabaquismo mediante la normalización de los productos de tabaco**

36. Si el Grupo Especial queda convencido de que la medida de empaquetado genérico del tabaco ha eliminado una vía de publicitar los productos de tabaco, la abrumadora mayoría de las pruebas que demuestra que la publicidad aumenta el tabaquismo es fundamento suficiente para que el Grupo Especial concluya que la medida es capaz de contribuir a los objetivos de salud pública de Australia y no es injustificable.

37. Sin embargo, y sin perjuicio de la carga de la prueba, Australia ha presentado varios otros fundamentos que permiten al Grupo Especial cerciorarse de que la medida es apta para contribuir a los objetivos de salud pública de Australia. Cada uno de estos fundamentos básicos de indagación científica -a saber, la ciencia del comportamiento, la mercadotecnia y la economía- proporciona distintas hipótesis "verificadas y apoyadas por pruebas suficientes"<sup>55</sup> para llegar a la misma conclusión: que al normalizar el aspecto de los paquetes y productos de tabaco destinados al comercio minorista<sup>56</sup>, la medida de empaquetado genérico del tabaco es capaz de influir en los comportamientos relacionados con el tabaquismo<sup>57</sup> y contribuirá a desalentar el inicio del hábito de fumar y la recaída en él, a alentar el abandono de dicho hábito y a reducir la exposición de las personas al humo de los productos de tabaco.<sup>58</sup>

#### **a) Ciencia del comportamiento**

38. La premisa de la que parte el empaquetado genérico del tabaco es que al reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y eliminar la capacidad del empaquetado de inducir a error, el empaquetado genérico del tabaco dará lugar a un cambio de comportamiento.<sup>59</sup> Esta premisa está respaldada por la psicología conductista<sup>60</sup> y también por las pruebas de los propios reclamantes, que confirman que el empaquetado genérico del tabaco ha reducido el atractivo de los productos de tabaco y aumentado la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas<sup>61</sup>, y que estos efectos son duraderos.<sup>62</sup>

<sup>53</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 40-44, donde se cita el informe pericial de J. Steenkamp, Prueba documental DOM/HND-14, párrafo 93.

<sup>54</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 42.

<sup>55</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

<sup>56</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, parte II.C.5 a) y c).

<sup>57</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.I.4; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 237-255; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 34-46.

<sup>58</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 49-63; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 227-236, 444-459 y 476-481.

<sup>59</sup> *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco*, Prueba documental AUS-1, artículo 3.

<sup>60</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.I.3; segunda comunicación escrita de Australia, parte III.D.3; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 49-63.

<sup>61</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 51; respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 228-233, donde se cita el informe pericial de I. Ajzen *et al*, Prueba documental DOM/IDN-2, cuadro 1A, página 22, y cuadro 2A, página 26; y el informe pericial de I. Ajzen *et al*, Prueba documental DOM/IDN-4, cuadro 1, página 6.

39. Como Australia afirmó en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, estas son importantes admisiones por parte de los reclamantes. Al aceptar que la medida ha reducido el atractivo de los productos de tabaco y aumentado la vistosidad de las advertencias sanitarias gráficas, los expertos de los propios reclamantes han confirmado las constataciones de muchos de los estudios publicados realizados para investigar los efectos del empaquetado genérico del tabaco, incluidas las pruebas experimentales.<sup>63</sup> Estas admisiones representan una notable evolución desde los argumentos iniciales de los reclamantes de que la bibliografía que respalda la medida de empaquetado genérico del tabaco era parcial, no publicable e inconducente.<sup>64</sup> Las pruebas de los propios reclamantes confirman la corrección y la utilidad de al menos 50 estudios obrantes en el expediente del Grupo Especial.<sup>65</sup>

40. Australia ha presentado varios informes de expertos en materia de comportamiento (incluidos el Profesor Slovic, el Profesor Fong, el Dr. Biglan y el Dr. Brandon)<sup>66</sup> en los que se ha establecido que, al reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y reducir la aptitud de un paquete para inducir a error, la medida de empaquetado genérico del tabaco dará lugar a un cambio de comportamiento<sup>67</sup>, como la reducción del inicio del hábito de fumar<sup>68</sup> y la recaída en él, y el aumento de las personas que dejan de fumar.<sup>69</sup> Estas pruebas también concuerdan con las conclusiones de la Abogada General Kokott del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su dictamen recientemente publicado sobre el empaquetado genérico del tabaco<sup>70</sup>, así como con las abundantes pruebas sobre los efectos de la mercadotecnia y la publicidad del tabaco<sup>71</sup> y las propias estrategias de mercadotecnia de la rama de producción de tabaco.<sup>72</sup>

---

<sup>62</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 51, donde se cita el informe pericial de I. Ajzen *et al*, Prueba documental DOM/IDN-2, cuadro 1A (última columna), página 22, y cuadro 2A (última columna), página 26.

<sup>63</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 65-68, donde se citan, en particular, Thrasher *et al*, Prueba documental AUS-229; y Wakefield *et al*, Prueba documental AUS-149.

<sup>64</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 65-67; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafo 351.

<sup>65</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 65-67.

<sup>66</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 78 y 98, donde se citan el informe pericial de P. Slovic, Prueba documental AUS-12; el informe pericial de A. Biglan, Prueba documental AUS-13; el informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-14; y el informe pericial de T. Brandon, Prueba documental AUS-15; segunda comunicación escrita de Australia, donde se citan el informe pericial de A. Biglan, Prueba documental AUS-533; el informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-531; el informe pericial de P. Slovic, Prueba documental AUS-532; y el informe pericial de T. Brandon, Prueba documental AUS-534; y respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 249, donde se cita el informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-585.

<sup>67</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte II.I.3; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 452-459; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 49-63.

<sup>68</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 92-96 y 161; respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 260, donde se citan los informes periciales de P. Slovic, Prueba documental AUS-12, párrafos 26, 46-51 y 60-67, y Prueba documental AUS-532, párrafos 77-80; los informes periciales de A. Biglan, Prueba documental AUS-13, párrafos 32-51, 177 y 178, y Prueba documental AUS-533, párrafos 6-15; el informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-14, párrafos 141-179; el informe pericial de N. Tavassoli, Prueba documental AUS-10, párrafos 50-53, 68 y 78-85; y el informe pericial de J. Samet, Prueba documental AUS-7, párrafo 125; y respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 268.

<sup>69</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 97-102 y 201-205, donde se cita el informe pericial de A. Biglan, Prueba documental AUS-13; declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 68; y respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 276, donde se citan los informes periciales de T. Brandon, Prueba documental AUS-15 y Prueba documental AUS-534.

<sup>70</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 159 del Grupo Especial, párrafo 98, donde se cita el dictamen de la Abogada General Kokott, Prueba documental AUS-608.

<sup>71</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 87-102; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 217-236.

<sup>72</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 73, 74, 77, 80-83, 85 y 95; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 221, 222 y 227-233.

41. En su intento por refutar que la medida de empaquetado genérico del tabaco alterará el comportamiento con respecto al tabaco a través de estos mecanismos, los reclamantes se han basado principalmente en las pruebas del Profesor Ajzen. El Profesor Ajzen, sobre la base de su propia concepción teórica del comportamiento humano, afirma que no hay pruebas de que los efectos de la medida pasen de la atracción a las intenciones y luego al comportamiento. Al llegar a esta conclusión, el Profesor Ajzen hace caso omiso de las pruebas de los cambios en las intenciones puestos de manifiesto en estudios realizados con posterioridad a la aplicación<sup>73</sup> y los cambios de comportamiento puestos de manifiesto en las pruebas.<sup>74</sup> En cambio, el Profesor Ajzen se centra en encuestas que no están concebidas para detectar los efectos de la medida en la cohorte a la que está dirigida principalmente: los jóvenes que aún no han empezado a fumar.

42. La opinión del Profesor Ajzen de que el atractivo de los productos de tabaco no está relacionado con el comportamiento con respecto al tabaco<sup>75</sup> está en contradicción con décadas de investigación sobre los efectos de la mercadotecnia del tabaco en dicho comportamiento, las investigaciones internas de la propia rama de producción de tabaco y los argumentos de los propios reclamantes sobre el "cambio a productos de menor precio", y, en palabras del Tribunal Supremo de Quebec, es un "claro atentado al sentido común y las prácticas comerciales normales".<sup>76</sup>

43. Además, hay muchos métodos aceptados para determinar el efecto del atractivo en el comportamiento que no se basan en la teoría específica del Profesor Ajzen, incluidos los explicados por el Profesor Slovic<sup>77</sup>, el Profesor Fong<sup>78</sup> y el Dr. Biglan<sup>79</sup> en los informes periciales que elaboraron para Australia.

44. La totalidad del importante volumen de bibliografía y pruebas experimentales sobre salud pública y las opiniones de los expertos en psicología conductista de Australia, junto con los argumentos de los propios reclamantes, significan que no puede cuestionarse seriamente que la medida de empaquetado genérico del tabaco ha reducido el atractivo de los productos de tabaco y aumentado la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y, en consecuencia, que los mecanismos previstos para el funcionamiento de la medida están en vigor.

45. Por consiguiente, la ciencia del comportamiento proporciona hipótesis verosímiles, verificadas y apoyadas por pruebas suficientes, que demuestran que la medida contribuirá a sus objetivos de salud pública. Las pruebas presentadas por los reclamantes sobre este punto no solo no han refutado los argumentos de Australia sino que, de hecho, han confirmado que la medida de empaquetado genérico del tabaco está funcionando de la manera prevista.

## **b) Mercadotecnia**

46. La ciencia de la mercadotecnia también confirma la existencia de un vínculo entre la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en el atractivo del producto y el comportamiento con respecto al tabaco.<sup>80</sup> Como se resumió en los párrafos 28 a 35, tanto los expertos en marketing de Australia como los de los reclamantes están de acuerdo en que el empaquetado tiene la capacidad de influir en la percepción de la calidad y las características de los productos de tabaco por los consumidores.

<sup>73</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 355, donde se cita a Young *et al*, Prueba documental AUS-214.

<sup>74</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 202, donde se cita a Zacher *et al*, Prueba documental AUS-222; y Zacher *et al*, Prueba documental AUS-223. Véase también, el informe pericial de T. Chipy, Prueba documental AUS-591, página 33, cuadro 5.

<sup>75</sup> Proyección PowerPoint de I. Ajzen efectuada durante la declaración inicial de la República Dominicana en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, transparencia 10.

<sup>76</sup> Declaración final de Australia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 5 y nota 2.

<sup>77</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 454 y 455, donde se citan los informes periciales de P. Slovic, Prueba documental AUS-12 y Prueba documental AUS-532.

<sup>78</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 453, donde se cita el informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-14.

<sup>79</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 456, donde se citan los informes periciales de A. Biglan, Prueba documental AUS-13 y Prueba documental AUS-533.

<sup>80</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 55 y 70-84; declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 37-46, donde se citan los informes periciales de J.P. Dubé, Prueba documental AUS-11 y Prueba documental AUS-583, y los informes periciales de M. Katz, Prueba documental AUS-18 y Prueba documental AUS-584.

47. Sobre esta base, el Profesor Dubé explicó que la adopción del empaquetado normalizado probablemente reduciría la calidad percibida de los productos de tabaco y la disposición de los consumidores a pagar por ellos.<sup>81</sup> Su evaluación de los probables efectos del empaquetado genérico del tabaco se vio confirmada por los resultados de la encuesta de seguimiento.<sup>82</sup> El Profesor Dubé opina que debido a que el empaquetado genérico del tabaco reduce el atractivo de las marcas de tabaco y la disposición de los consumidores a pagar en todos los segmentos de precios (tesis que fueron aceptadas por el experto en mercadotecnia de los reclamantes, el Profesor Steenkamp)<sup>83</sup>, habrá una reducción de la demanda primaria total de productos de tabaco como resultado de la medida.

### c) Economía

48. Por último, en el campo de la economía se presenta una explicación directa de por qué reducir el atractivo de los productos de tabaco y aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias en el empaquetado del tabaco da lugar a cambios en el comportamiento con respecto al tabaco.<sup>84</sup> Este análisis se sustenta en tres tesis. Las tres quedan demostradas por los expertos de los propios reclamantes.

49. En primer lugar, los expertos en economía están de acuerdo en que

si se considera que el empaquetado genérico reducirá el atractivo de los productos de tabaco y aumentará sus precios, entonces no se necesita un modelo para evaluar la repercusión del empaquetado genérico ... la conclusión es inmediata porque ambos efectos hacen bajar el consumo.<sup>85</sup>

50. En segundo lugar, como se resumió *supra* en los párrafos 38 a 41, hay acuerdo en que los cambios relativos al empaquetado del tabaco realizados en 2012 han reducido el atractivo de los productos de tabaco como se pretendía con la medida.<sup>86</sup>

51. En tercer lugar, existe acuerdo en que desde la introducción del empaquetado genérico del tabaco los precios de los productos de tabaco han aumentado.<sup>87</sup> Tanto el experto de los reclamantes, el Profesor Klick, como el experto de Australia, el Profesor Katz, han examinado este fenómeno. El Profesor Klick opina que el empaquetado genérico del tabaco parece haber causado un aumento de los precios del tabaco.<sup>88</sup> En sus informes, el Profesor Katz ha proporcionado una explicación teórica de por qué esto ocurre y pruebas empíricas que demuestran este hecho.<sup>89</sup> Así, cuando la medida de empaquetado genérico del tabaco ha reducido el atractivo de los productos de tabaco, y el precio de los productos de tabaco ha aumentado desde la introducción de la medida, la predicción económica clara es que la demanda de productos de tabaco descenderá.

52. En efecto, un descenso de la demanda es precisamente lo que se ha observado en los datos. Como se describió *supra* en los párrafos 14 a 16, 19 y 20, tanto la prevalencia del tabaquismo como el consumo de tabaco han descendido desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco. Dada la solidez del sustento teórico de la medida, sería contumaz constatar

<sup>81</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 59, donde se cita el informe pericial de J.P. Dubé, Prueba documental AUS-11, párrafos 25-37.

<sup>82</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 51, donde se cita el informe pericial de I. Ajzen *et al*, Prueba documental DOM/IDN-2, cuadro 1A página 22.

<sup>83</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 60, donde se cita el informe pericial de J. Steenkamp, Prueba documental DOM/HNS-14, párrafos 92-93.

<sup>84</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 479 y 480; y declaración inicial de Australia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 61-63.

<sup>85</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 297 y 298, donde se cita el informe pericial de D. Neven, Prueba documental HON-123, párrafo 73.

<sup>86</sup> Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 148-162; y la declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 65.

<sup>87</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 412; respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial, párrafo 42; y observaciones de Australia sobre la respuesta a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 294-298.

<sup>88</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial, párrafo 42, donde se cita el informe pericial de J. Klick, Prueba documental HND-122, nota 71.

<sup>89</sup> Observaciones de Australia sobre la respuesta a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 294-298, donde se citan los informes periciales de M. Katz, Prueba documental AUS-18 y Prueba documental AUS-584.

que *ninguna* de las disminuciones en la prevalencia y el consumo observadas desde la introducción del empaquetado genérico del tabaco es atribuible a esa medida.

#### 4. Conclusión

53. Las pruebas cualitativas respaldan firmemente la conclusión de que el empaquetado genérico del tabaco ha contribuido a los objetivos de salud pública de Australia y que es capaz de hacerlo. En efecto, las pruebas en que se basa Australia en respaldo de la medida de empaquetado genérico del tabaco "reflejan, como mínimo, la opinión mayoritaria y, posiblemente, la opinión unánime" de la comunidad científica internacional.<sup>90</sup> Cada una de las distintas hipótesis resumidas *supra* lleva a la misma conclusión: la medida de empaquetado genérico del tabaco es apta para contribuir a los objetivos de Australia de mejorar la salud al desalentar el inicio del consumo de tabaco, estimular el abandono del hábito de fumar, disuadir de la recaída y reducir la exposición de las personas al humo del tabaco.

B. LOS RECLAMANTES NO HAN ESTABLECIDO SOBRE LA BASE DE LAS PRUEBAS CUANTITATIVAS PRESENTADAS AL GRUPO ESPECIAL QUE LA MEDIDA SEA INCAPAZ DE CONTRIBUIR A SUS OBJETIVOS O SEA INJUSTIFICABLE

54. Las pruebas cuantitativas posteriores a la aplicación concuerdan con las abundantes pruebas cualitativas en demostrar que el empaquetado genérico del tabaco es apto para contribuir a los objetivos de salud pública de Australia.

55. El hecho de que desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco hayan disminuido a sus niveles más bajos en décadas aporta pruebas cuantitativas, que concuerdan con las pruebas cualitativas presentadas *supra*, de que la medida de empaquetado genérico del tabaco es capaz de contribuir a reducir el hábito de fumar.

56. Frente a estas pruebas cuantitativas, en relación con conjuntos de datos de diversa calidad, los reclamantes han tratado de separar los efectos específicos de los cambios efectuados por Australia en el empaquetado del tabaco de todas las demás medidas de control del tabaco adoptadas por Australia. Los reclamantes se basan en la incapacidad aducida de demostrar que esos cambios tienen un efecto positivo como prueba de que la medida no ha contribuido ni contribuirá a sus objetivos de salud pública.<sup>91</sup>

57. Al hacerlo, los reclamantes prescinden de las normas jurídicas y probatorias pertinentes para evaluar la contribución de una medida a sus objetivos de salud pública.<sup>92</sup> En particular, los argumentos de los reclamantes hacen caso omiso de las constataciones del Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* de 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. Además, los resultados de determinadas acciones ... solo pueden evaluarse contando con el concurso del tiempo.<sup>93</sup>

58. El empaquetado genérico del tabaco es claramente una medida de esta índole y debería abordarse en la forma recomendada por el Órgano de Apelación. Los reclamantes no pueden

---

<sup>90</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 271 y 272; respuesta de Australia a la pregunta 206 del Grupo Especial; observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 206 del Grupo Especial; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.401.

<sup>91</sup> Véanse, por ejemplo, la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 126 del Grupo Especial, párrafo 273; y la respuesta de Honduras a la pregunta 124 del Grupo Especial, página 35.

<sup>92</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 434-439.

<sup>93</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 436; e informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

satisfacer su carga simplemente aduciendo que en este momento no son capaces de aislar en los datos los efectos específicos de la medida.

59. Además, incluso si las pruebas establecieran que hasta este momento, tras tres años de aplicación, la medida no ha tenido ningún efecto discernible sobre el inicio o el abandono del hábito de fumar, sobre la recaída en ese hábito ni sobre el hábito de fumar cerca de otras personas (cosa que no ocurre), esas pruebas serían insuficientes para establecer que la medida no es apta para contribuir en el futuro a sus objetivos de salud pública. El empaquetado genérico del tabaco es una medida de salud pública de largo plazo y, por las razones que se explican *infra*, llevará tiempo que sus plenos efectos se pongan de manifiesto. Además, en el corto plazo, puede ser difícil aislar en los conjuntos de datos disponibles los efectos inmediatos de la medida. Por último, los intentos de los reclamantes por demostrar que el empaquetado genérico del tabaco no tiene ningún efecto en el comportamiento con respecto al tabaco que pueda discernirse y separarse en los actuales conjuntos de datos han sido infructuosos. Las pruebas cuantitativas de los reclamantes tienen graves defectos y cuando estos defectos se corrigen las pruebas cuantitativas son coherentes con el hecho de que el empaquetado genérico del tabaco ya está surtiendo efecto.

## **1. El empaquetado genérico del tabaco es una medida de largo plazo**

60. A lo largo de estas actuaciones, los reclamantes han sostenido que la cuestión de si un efecto de la medida puede aislarse o no en el corto tiempo transcurrido desde su aplicación es determinante. En contra de los argumentos de los reclamantes<sup>94</sup>, siempre se previó que la medida de empaquetado genérico del tabaco surtiera sus efectos más importantes en el largo plazo<sup>95</sup> -un hecho reconocido explícitamente en el momento de la introducción de la medida-<sup>96</sup>. Esto se debe al tiempo necesario para que la cohorte de niños que nunca ha estado expuesta al empaquetado del tabaco con toda la marca llegue a la adolescencia y, por lo tanto, quede incluida en las encuestas nacionales de salud, así como a la naturaleza de la adicción al tabaco.<sup>97</sup>

61. En estas circunstancias, incluso si los reclamantes hubieran logrado establecer que la medida no ha tenido ningún efecto hasta este momento (cosa que no han hecho), ello no bastaría para satisfacer su carga. Lo que los reclamantes deben establecer es no solo que la medida de empaquetado genérico del tabaco no ha funcionado hasta la fecha, sino también que nunca funcionará.

## **2. Los efectos inmediatos de la medida pueden ser difíciles de discernir en los datos**

62. La incapacidad alegada por los reclamantes de aislar un efecto estadísticamente significativo en la prevalencia del tabaquismo o el consumo de tabaco que sea atribuible a la medida de empaquetado genérico del tabaco en el corto tiempo transcurrido desde la implementación de la medida no establece por sí misma que la medida todavía no esté funcionando.<sup>98</sup> Se necesita tiempo para detectar y aislar en los datos los efectos de las medidas de control del tabaco, como el empaquetado genérico del tabaco.<sup>99</sup> Como demostró el Profesor Chaloupka, transcurrieron cuatro años hasta que se pudieron discernir en los datos

---

<sup>94</sup> Véanse por ejemplo, la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 126 del Grupo Especial, párrafo 283; la respuesta de Honduras a la pregunta 126 del Grupo Especial, página 37; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 126 del Grupo Especial, párrafo 77.

<sup>95</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 12; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 495-499; declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 20; y respuesta de Australia a la pregunta 200 del Grupo Especial, párrafo 320.

<sup>96</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 670, anexo E, párrafos 11-17; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 489, 492-505;

<sup>97</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 670, anexo E, párrafo 12; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 495 y 496.

<sup>98</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 495-499; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafo 211, donde se citan los informes periciales de T. Chipty, Prueba documental AUS-586, párrafos 34-40, y Prueba documental AUS-591, párrafos 47-52.

<sup>99</sup> Primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafos 12, 14 y 15; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 492-505; y respuesta de Australia a la pregunta 200 del Grupo Especial, párrafos 319-341.

pertinentes efectos estadísticamente significativos de la introducción de las advertencias sanitarias gráficas en el Canadá.<sup>100</sup>

63. Como explican la Dra. Chipty y el Profesor Scharfstein, hay considerables posibilidades de que la política esté funcionando exactamente como se pretendía, pero en el corto plazo resulta difícil aislar sus efectos en los datos.<sup>101</sup> Australia ha abordado los intentos de los expertos de los reclamantes por responder a algunos aspectos de estas pruebas.<sup>102</sup> A otros respectos, los reclamantes y sus expertos simplemente no han dado ninguna respuesta a las pruebas de los expertos de Australia.<sup>103</sup>

64. La afirmación conexas de los reclamantes de que los efectos de la medida de empaquetado genérico del tabaco se "agotarán" con el paso del tiempo es igualmente infundada y contraria a las pruebas existentes.<sup>104</sup> Las pruebas de los propios reclamantes establecen que la reducción del atractivo asociada al empaquetado genérico del tabaco no se agotó.<sup>105</sup> Además, varios estudios posteriores a la aplicación ponen de manifiesto que el empaquetado genérico del tabaco ha tenido algunos efectos en el comportamiento con respecto al tabaco, incluida una reducción importante y *duradera* del hábito de fumar en lugares al aire libre donde hay niños.<sup>106</sup> Los informes periciales de los Profesores Slovic y Dubé demuestran claramente que la permanente *ausencia* de características que tienen por objeto atraer a consumidores y posibles consumidores no se "agota" -el empaquetado del tabaco no aumenta su atractivo con la ausencia continuada de tales características-.<sup>107</sup> Las pruebas del Profesor Chaloupka establecen que, de hecho, la repercusión del empaquetado genérico del tabaco probablemente *crezca* con el paso del tiempo.<sup>108</sup>

### **3. Las pruebas cuantitativas posteriores a la aplicación respaldan la tesis de que la medida está funcionando**

65. Australia ha explicado en los párrafos 56 a 65 *supra* que una incapacidad alegada de aislar un efecto del empaquetado genérico en el limitado período transcurrido desde la implementación de la medida es insuficiente para satisfacer la carga jurídica de los reclamantes. Sin embargo, suponiendo a efectos de argumentación que esa conclusión fuera determinante de la cuestión de si la medida es apta para contribuir a sus objetivos de salud pública, las pruebas presentadas al Grupo Especial son claramente insuficientes para demostrar que la medida, *de hecho*, no ha realizado ninguna contribución a sus objetivos de salud pública desde su introducción. En efecto, debidamente analizadas, las pruebas indican que la medida ya está funcionando.

66. En particular, las pruebas de Australia, incluida la de la Dra. Chipty, demuestran que los cambios en el empaquetado efectuados en 2012 han hecho una contribución estadísticamente significativa a las reducciones de la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco. La Dra. Chipty también ha demostrado que las pequeñas correcciones razonadas llevadas a cabo en los modelos propuestos inicialmente por los reclamantes producen resultados que ponen de manifiesto un efecto del empaquetado genérico estadísticamente significativo.

<sup>100</sup> Primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafo 16; respuesta de Australia a la pregunta 126 del Grupo Especial, párrafo 160, nota 38; segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 497; respuesta de Australia a la pregunta 200 del Grupo Especial, párrafos 333-335, donde se cita el informe pericial de F. Chaloupka, Prueba documental AUS-9, párrafos 89-96; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 262-267.

<sup>101</sup> Primera comunicación escrita de Australia, anexo E, párrafos 14, 15 y 23-45; respuesta de Australia a la pregunta 4 del Grupo Especial, párrafos 3-12; y respuesta de Australia a la pregunta 200 del Grupo Especial, párrafos 329-332.

<sup>102</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 200 del Grupo Especial, párrafos 329-332.

<sup>103</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafo 213, nota 341, donde se cita el informe pericial de D. Scharfstein, Prueba documental AUS-587.

<sup>104</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 501-505; respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 243-247; observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 377-380; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 203 del Grupo Especial, párrafos 395-400.

<sup>105</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 203 del Grupo Especial, párrafo 398.

<sup>106</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 464, donde se cita a Zacher *et al*, Prueba documental AUS-223.

<sup>107</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 502-504; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 203 del Grupo Especial, párrafo 398.

<sup>108</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafo 380.

67. Los expertos de los reclamantes han respondido a estas pruebas abandonando los modelos que propugnaron inicialmente y creando múltiples modelos nuevos con supuestos más restrictivos<sup>109</sup>; haciendo críticas infundadas a la experta de Australia, incluso criticando su adopción de enfoques respecto de los datos que ellos mismos habían respaldado inicialmente<sup>110</sup>; afirmando falsamente que Australia ha respondido solo a un reducido subconjunto de las pruebas empíricas de los reclamantes<sup>111</sup>; y comunicando sus resultados en formas más restrictivas que el enfoque inicialmente propugnado por los reclamantes en una etapa anterior de estas actuaciones.<sup>112</sup>

#### 4. Conclusión

68. Por consiguiente, los reclamantes no tienen ningún fundamento convincente para afirmar que han demostrado sobre la base de pruebas "coherentes y claras" que la medida de empaquetado genérico del tabaco "no ha funcionado" y no funcionará en el futuro.<sup>113</sup> Antes bien, los datos cuantitativos en que se basan los reclamantes son totalmente coherentes con el hecho de que la medida ha contribuido a reducir la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco en el limitado período transcurrido desde su implementación. La evaluación de los datos cuantitativos posteriores a la aplicación disponibles, en consecuencia, confirma que los reclamantes no han satisfecho su carga de establecer que la medida de empaquetado genérico del tabaco no ha contribuido y no es apta para contribuir a sus objetivos.

#### IV. LOS RECLAMANTES NO HAN DEMOSTRADO QUE LA MEDIDA DE EMPAQUETADO GENÉRICO DEL TABACO SEA INCOMPATIBLE CON EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

69. Las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC se basan en interpretaciones de las disposiciones pertinentes que no tienen ningún fundamento en el sentido corriente de esas disposiciones, interpretadas adecuadamente en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo. Antes bien, sus alegaciones se basan en teorías de los "intereses" que supuestamente "impregnan" el Acuerdo sobre los ADPIC y en intentos por reescribir varias disposiciones de dicho Acuerdo para crear derechos y obligaciones que no existen en el propio texto.

##### A. LOS RECLAMANTES NO HAN DEMOSTRADO QUE LA MEDIDA SEA INCOMPATIBLE CON EL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

70. Los reclamantes no han acreditado *prima facie* que la medida de empaquetado genérico del tabaco imponga "exigencias especiales" que "compliquen" el "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales". En particular, los reclamantes no han demostrado cómo cualquier exigencia especial impuesta por 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 en el curso de operaciones comerciales y, por lo tanto, no han demostrado que se satisfaga el umbral de aplicabilidad del artículo 20. Aun en el caso de que los reclamantes hayan hecho una acreditación *prima facie* de aplicabilidad, no han demostrado que cualquier complicación impuesta por la medida de empaquetado genérico del tabaco lo haya sido "injustificablemente".

---

<sup>109</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 105-108; respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 185 y 188-220; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 229-233, 238-244 y 245-247.

<sup>110</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 223-54.

<sup>111</sup> Observación de Australia sobre la respuesta a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 220-225.

<sup>112</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 90-104; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 255-261.

<sup>113</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 197 del Grupo Especial, párrafos 257 y 259-261.



**1. Los reclamantes no han establecido que la medida complique con exigencias especiales el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales**

**a) El "uso" pertinente de una marca de fábrica o de comercio de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es el uso de una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas**

71. Todas las partes parecen estar de acuerdo en que, para establecer una infracción del artículo 20, un reclamante debe demostrar que cualquier exigencia especial impuesta por la medida en litigio "complica" el "uso" de la marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Las partes también parecen estar de acuerdo en que el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC proporciona el fundamento para identificar el "uso" pertinente de una marca de fábrica o de comercio a efectos del artículo 20<sup>114</sup>; y en que ese "uso" es el uso de una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas.<sup>115</sup> Para demostrar que una medida complica el "uso" de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en el marco del artículo 20, un reclamante debe, por lo tanto, 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".

72. Hasta la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, sin embargo, las partes parecían no estar de acuerdo en lo que significa que las marcas de fábrica o de comercio "disting[an]" los bienes de una empresa de los de otras empresas. Los reclamantes adujeron que el "uso" pertinente de una marca de fábrica o de comercio en el marco del artículo 20 también abarca el uso de una marca de fábrica o de comercio para "distinguir" los productos "en función de su calidad, características y reputación".<sup>116</sup> Esta tesis no tiene ningún fundamento interpretativo. Nada de lo dispuesto en el texto del párrafo 1 del artículo 15 hace referencia al uso de las marcas de fábrica o de comercio para distinguir productos en función de su "calidad, características y reputación" o siquiera lo da a entender. Antes bien, la fórmula procede de una sección *diferente* del Acuerdo sobre los ADPIC -la Sección 3- relativa a las indicaciones geográficas.<sup>117</sup>

73. En una evolución de su posición<sup>118</sup>, los reclamantes ahora parecen aceptar la interpretación de Australia del "uso" de una marca de fábrica o de comercio que es pertinente a los efectos del artículo 20 y los "usos" que no lo son. Si bien la fórmula de los reclamantes de la "calidad, características y reputación" parecía ser simplemente un eufemismo del uso de las marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar los productos de tabaco<sup>119</sup>, en el curso de las actuaciones los reclamantes volvieron a caracterizar su concepto de "calidad, características y reputación" en el sentido de que hace referencia a la función de "uniformidad" de las marcas de fábrica o de comercio.<sup>120</sup> Las partes ahora parecen estar de acuerdo en que es la capacidad de una marca de fábrica o de comercio de transmitir *uniformidad* en la calidad, y no cualquier calidad determinada *percibida* ("alta calidad", "asequible", "masculina", "femenina", etc.), lo que puede ser pertinente para la función original de distinción de las marcas de fábrica o de comercio descrita en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>114</sup> Véase la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 248; la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 132; la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 155; y la respuesta de Cuba a la pregunta 87 del Grupo Especial.

<sup>115</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 86.

<sup>116</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 14 y 240; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 87 del Grupo Especial, párrafo 4; primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 144; y respuesta de Indonesia a la pregunta 87 del Grupo Especial, párrafo 2.

<sup>117</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 97-103; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 167 y 168 del Grupo Especial, párrafo 127.

<sup>118</sup> Véanse, en particular, la declaración inicial de la República Dominicana en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 7; la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 167 del Grupo Especial; y las observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 167 y 168 del Grupo Especial, párrafos 127-129.

<sup>119</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 118; y observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 167 y 168 del Grupo Especial, párrafo 128.

<sup>120</sup> Declaración inicial de la República Dominicana en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 7; y observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a las preguntas 167 y 168 del Grupo Especial, párrafo 130.

**b) El uso de las marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar el producto al que se aplican no es un "uso" pertinente de las marcas de fábrica o de comercio a los efectos del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC**

74. Se reconoce ampliamente que, además de distinguir los productos de una empresa de los de otras empresas, las marcas de fábrica o de comercio desempeñan una función publicitaria al transmitir determinadas asociaciones con el producto al que se aplican.<sup>121</sup> Particularmente en el caso de productos de consumo en gran medida no diferenciados como los productos de tabaco, los titulares de marcas de fábrica o de comercio calibran minuciosamente las asociaciones transmitidas por la marca de fábrica o de comercio para atraer a diferentes segmentos del mercado.<sup>122</sup>

75. Si bien el uso de las marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar un producto es una función reconocida de las marcas, ninguna parte (ni ningún tercero) ha planteado un argumento en cuanto a por qué ello debería considerarse un "uso" pertinente de estas a efectos del artículo 20. Por lo tanto parece haber común acuerdo en que limitar el uso de las marcas de fábrica o de comercio destinado a aumentar el atractivo percibido de los productos de tabaco no es una "complicación" impuesta al uso de las marcas de fábrica o de comercio que quede comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 20. De esto se desprende que las pruebas relativas a tal limitación, que es el objeto de la medida de empaquetado genérico del tabaco, no es pertinente para acreditar *prima facie* una incompatibilidad en el marco de esta disposición.

**c) Los reclamantes ni siquiera han intentado demostrar que la medida de empaquetado genérico del tabaco complica el uso pertinente de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales**

76. La existencia de una complicación es una cuestión *probatoria*. Si bien los reclamantes han aportado una enorme cantidad de pruebas periciales al expediente de la presente diferencia, e incluso han encargado la realización de numerosos estudios y análisis empíricos específicamente para estas actuaciones, no han aducido ninguna prueba pertinente.<sup>123</sup> En particular, no han ofrecido ninguna prueba en absoluto de que cualquier exigencia especial establecida por la medida de empaquetado genérico del tabaco complique el uso de las marcas de fábrica o de comercio para distinguir los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas -ni siquiera en respuesta a la pregunta concreta del Grupo Especial en que se les pedía que identificaran tales pruebas-.<sup>124</sup> La incapacidad de los reclamantes de identificar pruebas empíricas que respalden esta afirmación, que es un elemento fundamental de su alegación al amparo del artículo 20, es también notable teniendo en cuenta su insistencia en que el Grupo Especial se centre exclusivamente en las pruebas empíricas posteriores a la aplicación para evaluar la eficacia de la medida de empaquetado genérico del tabaco.<sup>125</sup>

77. A falta de esas pruebas empíricas, la República Dominicana e Indonesia recurren a sus argumentos relativos a la "cambio a productos de menor precio" como "prueba" de que el uso permitido del nombre comercial y los nombres de variantes en el empaquetado del tabaco destinado al comercio minorista no "distingue adecuadamente el origen, la calidad, las características y la reputación comerciales".<sup>126</sup> Sin embargo, la teoría de los reclamantes del cambio a productos de menor precio se basa en la incapacidad de las empresas tabacaleras de

<sup>121</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 91. Véase también el informe pericial de N. Tavassoli, Prueba documental AUS-10, párrafo 34.

<sup>122</sup> Véanse el informe pericial de N. Tavassoli, Prueba documental AUS-10, secciones 2.1-2.4; y la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 71-82, 85 y 86, y las Pruebas documentales allí citadas.

<sup>123</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 121-128; observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 167 y 168 del Grupo Especial, párrafos 133-136 y 141; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 206 del Grupo Especial, párrafo 313; respuesta de Honduras a la pregunta 206 del Grupo Especial; y respuesta de Cuba a la pregunta 206 del Grupo Especial.

<sup>124</sup> Véanse la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 167 del Grupo Especial, párrafo 185; la respuesta de Cuba a la pregunta 168 del Grupo Especial; la respuesta de Honduras a la pregunta 168 del Grupo Especial; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 168 del Grupo Especial, párrafos 32-34.

<sup>125</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 167 y 168 del Grupo Especial, párrafo 136; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 206 del Grupo Especial, párrafo 313; respuesta de Honduras a la pregunta 206 del Grupo Especial; y respuesta de Cuba a la pregunta 206 del Grupo Especial.

<sup>126</sup> Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 167 del Grupo Especial, párrafo 185; y respuesta de Indonesia a la pregunta 168 del Grupo Especial, párrafo 31.

utilizar elementos figurativos y otros elementos de diseño para crear diferencias *percibidas* entre marcas "de calidad superior" y "asequibles".<sup>127</sup> Como todas las partes aceptan, el uso de las marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar un producto (por ejemplo, mediante la creación de percepciones o asociaciones positivas con el producto) no forma parte de la función de distinción del origen de las marcas de fábrica o de comercio protegida en virtud del artículo 20. Por lo tanto, las afirmaciones de los reclamantes relativas al cambio a productos de menor precio, aunque se demostraran, no los liberan de su tarea de demostrar que la medida de empaquetado genérico del tabaco complica la función de distinción del origen de una marca de fábrica o de comercio.<sup>128</sup>

78. A falta de pruebas, los reclamantes esencialmente aducen que, debido a que el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que "cualquier signo o combinación de signos", incluidos "los elementos figurativos y las combinaciones de colores", "podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio", cualquier limitación al uso de colores, elementos figurativos u otros signos que puedan registrarse como marcas de fábrica o de comercio constituye una complicación de la capacidad de distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas.<sup>129</sup> Ese argumento no satisface en forma alguna la carga de los reclamantes de demostrar que cualquier exigencia especial establecida por la medida de empaquetado genérico del tabaco complica el uso de la marca de fábrica o de comercio para distinguir los productos de una empresa de los de otra en el curso de operaciones comerciales.<sup>130</sup>

## **2. El artículo 20 no abarca los elementos prohibitivos de la medida de empaquetado genérico del tabaco**

79. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no abarca los aspectos de la medida de empaquetado genérico del tabaco que prohíben el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado y los productos de tabaco. Interpretado adecuadamente en su contexto, el artículo 20 concierne a exigencias especiales que compliquen *el modo* en que una marca de fábrica o de comercio puede usarse cuando la legislación interna permite por lo demás el uso de las marcas de fábrica o de comercio.<sup>131</sup> Una interpretación contraria del artículo 20 podría hacer que su ámbito de aplicación comprenda una variedad de medidas que, a juicio de Australia, nunca se pretendió que abarcara el Acuerdo sobre los ADPIC, como las restricciones a la publicidad y las restricciones respecto de los puntos de venta.<sup>132</sup> Los reclamantes parecen estar de acuerdo con Australia en que el artículo 20 no tenía por objeto abarcar estos tipos de medidas<sup>133</sup>, al aducir que la expresión "exigencias especiales" no abarca medidas que solo afectan "incidentalmente" al uso de las marcas de fábrica o de comercio.<sup>134</sup> Esta es la base sobre la que los reclamantes procuran explicar la aplicación del artículo 20 a la medida de empaquetado genérico del tabaco, pero no a otras medidas. Los reclamantes no han proporcionado ningún fundamento interpretativo para esta distinción.<sup>135</sup> Todos los terceros que se refieren a esta cuestión están de acuerdo en que esta

<sup>127</sup> Véanse el párrafo 33 *supra*; el informe pericial de J. Steenkamp, Prueba documental DR-HON-5, párrafos 62 y 64; y la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafo 194.

<sup>128</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 167 y 168 del Grupo Especial, párrafos 137 y 138.

<sup>129</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 365 y 366; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 167 del Grupo Especial, párrafo 170; respuestas de Honduras a las preguntas 87 y 168 del Grupo Especial; respuesta de Cuba a la pregunta 87 del Grupo Especial; y respuesta de Indonesia a la pregunta 87 del Grupo Especial.

<sup>130</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 167 y 168 del Grupo Especial, párrafos 139-141.

<sup>131</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 338-345.

<sup>132</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 132-139.

<sup>133</sup> Véase la declaración inicial de Honduras en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 27. Véase también la declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 16.

<sup>134</sup> Véase la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 38 del Grupo Especial; véanse también la respuesta de Indonesia a la pregunta 38 del Grupo Especial; y la respuesta de Honduras a la pregunta 38 del Grupo Especial.

<sup>135</sup> Véanse, por ejemplo, la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 95 del Grupo Especial; la declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 15-17; la respuesta de Honduras a la pregunta 38 del Grupo Especial; la declaración inicial de Honduras en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 23-26; y la respuesta de Indonesia a las preguntas 95 y 96 del Grupo Especial. Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 341; la respuesta de Australia a la pregunta 38 del Grupo Especial; la segunda comunicación escrita de Australia,

distinción no tiene ningún fundamento.<sup>136</sup> Además, los reclamantes tampoco pueden explicar cómo funcionaría tal distinción en la práctica.

80. Sin embargo, suponiendo a efectos de argumentación que las exigencias especiales incluyan tanto los aspectos prohibitivos como los permisivos de la medida, y considerando a la medida de empaquetado genérico del tabaco en su conjunto, el hecho es que los reclamantes no han aducido ninguna prueba para demostrar que la medida complica la capacidad de la marca denominativa permitida, en forma normalizada, de distinguir el producto de una empresa de los de otras empresas.<sup>137</sup>

### **3. La interpretación hecha por los reclamantes del término "injustificablemente" es infundada**

81. Incluso si el Grupo Especial constatará que los reclamantes han demostrado que la medida de empaquetado genérico del tabaco complica con exigencias especiales un uso pertinente de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, los reclamantes no han demostrado que Australia haya impuesto esa complicación "injustificablemente".

82. Todas las partes parecen estar de acuerdo en que, para constar que no es "injustificable", la complicación debe imponerse en pos de un *objetivo legítimo*.<sup>138</sup> La legitimidad de los objetivos de salud pública de Australia no se ha cuestionado en la presente diferencia. Todas las partes también parecen estar de acuerdo en que, para constatar que no es "injustificable", debe existir un *vínculo* entre la complicación impuesta por las exigencias especiales y su objetivo legítimo<sup>139</sup>, y esta relación debe ser racional o razonable.

83. Sin embargo, la República Dominicana, Honduras, Cuba y una minoría de terceros consideran que para que se constate que no es "injustificable", la complicación debe ser *la opción menos restrictiva del comercio disponible* para alcanzar el objetivo legítimo del Miembro, teniendo en cuenta *alternativas razonablemente disponibles* que contribuirían en grado equivalente o superior al logro de ese objetivo al tiempo que impondrían un grado inferior de complicación al uso de marcas de fábrica o de comercio<sup>140</sup> -una prueba que funcionalmente equivale al criterio de la "necesidad"-. Además, los reclamantes aducen que cualquier interpretación del término "injustificablemente" debe tener en cuenta "la naturaleza de las marcas de fábrica o de comercio y de la protección de las marcas de fábrica o de comercio". Esta es la base sobre la que los reclamantes aducen que Australia estaba obligada a realizar una "evaluación individualizada" de las "características específicas" de las marcas de fábrica o de comercio concretas.

---

párrafos 134-142; y las observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 172 del Grupo Especial, párrafos 155-159.

<sup>136</sup> Véanse también la respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 13 del Grupo Especial; la respuesta de Sudáfrica en calidad de tercero a la pregunta 13 del Grupo Especial; la respuesta del Taipei Chino en calidad de tercero a la pregunta 13 del Grupo Especial; la respuesta de Nueva Zelandia en calidad de tercero a la pregunta 13 del Grupo Especial; y la respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 13 del Grupo Especial.

<sup>137</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 344; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 213 y nota 211.

<sup>138</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 366; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 743; primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 296; primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 319 y 320; y respuesta de Indonesia a la pregunta 108 del Grupo Especial.

<sup>139</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 370-383; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 388; primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 296; primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 317 y 318; y respuesta de Indonesia a la pregunta 108 del Grupo Especial.

<sup>140</sup> Véanse, por ejemplo, la respuesta de Honduras a la pregunta 108 del Grupo Especial; la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 743; y la primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 356-362.

**a) El término "injustificablemente" exige que exista una conexión racional entre cualquier complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio resultante de la medida y la prosecución de un objetivo legítimo**

84. El sentido corriente del término "injustificablemente" se centra en la racionalidad o la razonabilidad de la conexión entre la complicación impuesta por una medida y el objetivo legítimo de política pública que tiene la medida.<sup>141</sup> Con arreglo a un criterio de conexión racional, lo que es pertinente 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.<sup>142</sup>

85. Todas las partes parecen estar de acuerdo en que una complicación que "va en contra de" o "no puede conciliarse con" su objetivo no es ni racional ni razonable.<sup>143</sup> No se ha presentado al Grupo Especial ninguna prueba o argumento convincentes de que la medida de empaquetado genérico del tabaco menoscabará sus objetivos de salud pública, y los reclamantes abandonaron este argumento en la primera audiencia.<sup>144</sup> Para demostrar una infracción del artículo 20, el Miembro reclamante debe demostrar que el Miembro demandado ha "complica[do] *injustificablemente*" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.<sup>145</sup> Como ocurre con cualquier obligación positiva, la carga de demostrar que la obligación se ha incumplido recae en el Miembro reclamante.<sup>146</sup> En consecuencia, para satisfacer su carga de la prueba, los reclamantes deben demostrar que cualquier complicación impuesta por la medida es incapaz de contribuir a sus objetivos.<sup>147</sup>

**b) El término "injustificablemente" no es funcionalmente equivalente al criterio de la "necesidad"**

86. La mayoría de los terceros está de acuerdo con Australia en que el término "injustificablemente" exige evaluar la racionalidad o la razonabilidad de la relación entre la complicación y su objetivo, y en que no puede interpretarse que este término sea equivalente al criterio de la "necesidad".<sup>148</sup> Y sin embargo, los reclamantes han considerado que su análisis de si la medida de empaquetado genérico del tabaco es "injustificable" en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es esencialmente intercambiable con su análisis de si la medida "restring[e] el comercio más de lo necesario" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Tal enfoque hace caso omiso del sentido corriente del término "injustificable" y representa un intento de los reclamantes de reescribir el artículo 20 para que diga algo que no dice.

<sup>141</sup> Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 370-383.

<sup>142</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 149.

<sup>143</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 737; primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 297; primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 319; primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 360; respuesta de Australia a la pregunta 105 del Grupo Especial, párrafos 62-66; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 150.

<sup>144</sup> Informe pericial de J. List, Prueba documental DR/IND-1, párrafo 16. Véase también el informe pericial de J. Klick, Prueba documental HON-118, nota 24; citado en la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 150.

<sup>145</sup> Véanse, por ejemplo, la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 104 del Grupo Especial, párrafo 113; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 156 y 157.

<sup>146</sup> Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 427-430; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 154-157.

<sup>147</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 151.

<sup>148</sup> Véanse la comunicación escrita presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero, párrafos 61-63; la comunicación escrita presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 52 y 53; la comunicación escrita presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafo 59; la comunicación escrita presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafos 52 y 53; la comunicación escrita presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 10; la comunicación escrita presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafos 24-37; la comunicación escrita presentada por China en calidad de tercero, párrafo 49; y la comunicación escrita presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafo 19.

i. El término "injustificablemente" no exige realizar un análisis de "sopesar y confrontar"

87. La indagación pertinente con arreglo a una interpretación adecuada del término "injustificablemente" es la de si hay una relación racional entre la complicación impuesta por la medida y la prosecución de un objetivo legítimo de política pública, y no un análisis relacional de diversos factores que es más adecuado examinar en el contexto de un análisis de la "necesidad".<sup>149</sup>

88. La *Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública* sirve para subrayar que el término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 proporciona a los Miembros un amplio margen para aplicar medidas dirigidas a proteger la salud pública y, a diferencia del 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 es función de un grupo especial "sopesar y confrontar" las consideraciones, incluidas las consideraciones de salud pública, que el Miembro tuvo en cuenta al crear la medida en litigio para sustituir la evaluación del Miembro que aplica la medida por la suya propia.<sup>150</sup> Antes bien, la función de un grupo especial es evaluar si el Miembro reclamante ha demostrado que una complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio resultante de una medida en litigio es "injustificable".

ii. El término "injustificablemente" no impone un criterio de "mínimo carácter restrictivo"

89. Interpretar que el término "injustificablemente" incluye una prescripción de "mínimo carácter restrictivo" convertiría este término en funcionalmente equivalente al criterio de la "necesidad".<sup>151</sup> El término "necesario" exige evaluar si la medida en litigio era el medio menos restrictivo de alcanzar el objetivo legítimo del Miembro teniendo en cuenta otras alternativas razonablemente disponibles que habrían contribuido en grado equivalente o superior a ese objetivo.<sup>152</sup> El hecho de que en el artículo 20 no se use el término "necesario", que tenía un sentido firmemente establecido en el acervo del GATT antes de la Ronda Uruguay<sup>153</sup>, como base de su criterio de justificación<sup>154</sup>, debe tener un efecto interpretativo e indica que el artículo 20 no impone una prescripción de "mínimo carácter restrictivo".

90. El argumento de los reclamantes de que debería interpretarse que el término "injustificablemente" impone una prescripción de "mínimo carácter restrictivo" se basa en un argumento contextual. En esencia, los reclamantes aducen que, como los titulares de marcas de fábrica o de comercio tienen un "interés legítimo" en el uso de sus marcas en virtud del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC o un "interés protegido por el tratado" en el uso de estas, debe interpretarse que el término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 abarca una prescripción de "mínimo carácter restrictivo".<sup>155</sup>

iii. El contexto del artículo 17

91. Los reclamantes no han ofrecido ninguna explicación de por qué el contexto proporcionado por el artículo 17 exigiría que el Grupo Especial incorpore las prescripciones de esa disposición al artículo 20. La pertinencia contextual del artículo 17 para la interpretación del artículo 20 se presenta principalmente a través del contraste.<sup>156</sup> Desde el punto de vista del contexto es significativo que el Acuerdo sobre los ADPIC no se refiera a las complicaciones del uso de las

<sup>149</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 384-408; respuesta de Australia a la pregunta 105 del Grupo Especial, párrafos 65 y 66; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 159-164.

<sup>150</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 163.

<sup>151</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 396-408.

<sup>152</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 167.

<sup>153</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 392; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 168.

<sup>154</sup> Véanse la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 394 y nota 575; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 169-171.

<sup>155</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 172.

<sup>156</sup> Véanse la respuesta de Australia a la pregunta 99 del Grupo Especial; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 179-185.

marcas de fábrica o de comercio como "excepciones" a los "derechos conferidos" por una marca de fábrica o de comercio. Esto confirma que el Acuerdo sobre los ADPIC no confiere a los titulares de marcas de fábrica o de comercio un derecho a utilizarlas, aspecto en que las partes están de acuerdo actualmente.<sup>157</sup> Además, el hecho de que el artículo 20 no exija que los Miembros "tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca", a diferencia del artículo 17, indica contundentemente que los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC no consideraron que esta fuera una prescripción pertinente o necesaria en el caso de medidas que imponen una complicación al uso de una marca de fábrica o de comercio.<sup>158</sup>

92. La obligación prevista en el artículo 17 -que "se tengan en cuenta" los "intereses legítimos" de los titulares de las marcas de fábrica o de comercio al establecer excepciones a los derechos de exclusión conferidos por una marca de fábrica o de comercio- es una obligación positiva limitada y no significa que un Miembro no deba causar perjuicio a esos intereses legítimos.<sup>159</sup> No proporciona ningún fundamento para el argumento de los reclamantes de que el interés legítimo de un titular de una marca de fábrica o de comercio es un "interés" que debe ser "dominante" en la interpretación de las disposiciones del Acuerdo relativas a las marcas de fábrica o de comercio.<sup>160</sup> En todo caso, es la *ausencia* de una obligación comparable en el artículo 20 la que proporciona el contexto más pertinente para la interpretación del término "injustificablemente".

iv. "Interés protegido por el tratado"

93. En un argumento estrechamente relacionado, los reclamantes hacen referencia al uso de las marcas de fábrica o de comercio como un "interés protegido por el tratado" o "interés protegido" e indican que como los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC optaron por "proteger" este "interés" en el artículo 20, debe interpretarse que esta disposición exige la menor intromisión posible en el uso de las marcas de fábrica o de comercio.<sup>161</sup>

94. Este enfoque no está respaldado por una interpretación adecuada del artículo 20 de conformidad con la Convención de Viena. No se basa en el contexto del artículo 20 ni en un examen del objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC. El objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC es fomentar la "protección eficaz y adecuada de los *derechos* de propiedad intelectual".<sup>162</sup> Todas las partes están de acuerdo en que estos derechos no incluyen un "derecho" a usar las marcas de fábrica o de comercio.

95. La obligación estipulada en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es que los Miembros no pueden complicar con exigencias especiales el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales "injustificablemente".<sup>163</sup> Por las razones que Australia ha explicado, el término "injustificablemente", interpretado adecuadamente, no es equivalente a un criterio de la "necesidad" ni impone una prescripción de "mínimo carácter restrictivo". Los argumentos de los reclamantes sobre "intereses protegidos por el tratado", cualquiera que sea su pertinencia interpretativa, no respaldan una conclusión diferente.

v. La jurisprudencia en el marco de la parte introductoria del artículo XX

96. Por último, el recurso de los reclamantes a anteriores informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación en que se interpreta la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 para respaldar su interpretación del término "injustificablemente" se basa en analogías equivocadas entre el artículo XX del GATT de 1994 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

---

<sup>157</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 180; véase, sin embargo, la respuesta de Cuba a la pregunta 99 del Grupo Especial.

<sup>158</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 182; véanse también, por ejemplo, la comunicación escrita presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafo 49; la respuesta de Nueva Zelanda en calidad de tercero a la pregunta 14 del Grupo Especial; la respuesta del Canadá en calidad de tercero a la pregunta 14 del Grupo Especial; y la respuesta de Noruega en calidad de tercero a la pregunta 14 del Grupo Especial.

<sup>159</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 184.

<sup>160</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 184.

<sup>161</sup> Véanse, por ejemplo, la respuesta de la República Dominicana a las preguntas 108 y 89 del Grupo Especial, párrafo 26; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial.

<sup>162</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 187.

<sup>163</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 193.

97. La jurisprudencia relativa al sentido del término "injustificable" que figura en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 confirma que el término "injustificablemente" concierne a la racionalidad o razonabilidad de la conexión entre la complicación y su objetivo.<sup>164</sup> Los reclamantes, por otra parte, han procurado encontrar respaldo en esta jurisprudencia para su opinión de que el sentido corriente del término "injustificablemente" es equivalente a un criterio de la "necesidad".<sup>165</sup> El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no es una disposición que prevea excepciones y no hay ningún fundamento para transponer la estructura y las funciones del artículo XX del GATT de 1994 al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, como aduce la República Dominicana. El término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no adquiere un sentido diferente simplemente porque se encuentre solo, sino que no es más que un elemento de la indagación jurídica en el marco de una disposición diferente y no relacionada de los acuerdos abarcados.<sup>166</sup> Además, los ejemplos que citan los reclamantes en respaldo de sus argumentos de que una medida debe ser la "menos restrictiva" para "no ser injustificable" reflejan la aplicación por los grupos especiales y el Órgano de Apelación de *todo* el criterio previsto en la parte introductoria, a saber, "un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional".<sup>167</sup>

**c) El término "injustificablemente" no exige realizar una "evaluación individualizada"**

98. Los reclamantes, y en particular la República Dominicana, aducen que toda interpretación del término "injustificablemente" debe tener en cuenta "la naturaleza de las marcas de fábrica o de comercio y de la protección de las marcas de fábrica o de comercio"<sup>168</sup>, como base de la afirmación de que el término "injustificablemente" exige realizar una "evaluación individualizada" de las "características específicas" de las marcas de fábrica o de comercio individuales, al menos en algunos casos.<sup>169</sup>

99. El argumento de la "evaluación individualizada" formulado por la República Dominicana no tiene fundamento interpretativo. La República Dominicana ha dejado claro que la base de su argumento es la teoría de los "intereses legítimos"<sup>170</sup>, que Australia ya ha refutado en los párrafos 91 y 92 *supra*, y no el sentido corriente del término "injustificablemente". La República Dominicana no ha identificado ningún elemento en el contexto del artículo 20 ni en el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC que pueda respaldar esta prescripción cuya existencia afirma.<sup>171</sup>

100. El argumento de la "evaluación individualizada" formulado por la República Dominicana parece basarse en la tesis de que como las marcas de fábrica o de comercio se registran y hacen respetar individualmente, de esto se desprende que cualquier complicación impuesta al uso de las marcas de fábrica o de comercio debe justificarse individualmente, al menos si las razones en que se basa la complicación guardan relación con las "características específicas" de las marcas de fábrica o de comercio.<sup>172</sup> Contrariamente a lo afirmado por la República Dominicana, las constataciones del Grupo Especial que entendió en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* no proporcionan ningún respaldo para este enfoque. El Grupo Especial constató que aunque el Reglamento en litigio requería un análisis caso por caso de la indicación geográfica en el momento de registro, "no hay en el texto del artículo 17 nada que

<sup>164</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 195 y 199.

<sup>165</sup> Véanse, por ejemplo, la declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 49 y 50; y la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 196.

<sup>166</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 197.

<sup>167</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 198.

<sup>168</sup> Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 89 del Grupo Especial, párrafo 25; y declaración inicial de la República Dominicana en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 27-29.

<sup>169</sup> Respuesta de la República Dominicana a las preguntas 99 del Grupo Especial, párrafo 69, y 108, párrafos 127-131; Honduras también plantea este argumento: véase la primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 289-291 y 309.

<sup>170</sup> Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 69.

<sup>171</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 201.

<sup>172</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 202.



indique que el análisis caso por caso es una obligación establecida en el Acuerdo sobre los ADPIC".<sup>173</sup>

101. Además, toda una *categoría* de marcas de fábrica o de comercio puede poseer alguna característica que sea pertinente para el objetivo de una medida abarcada por el artículo 20. Nada de lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC implica que se deba efectuar ningún tipo de "evaluación individualizada", en *ninguna* circunstancia. Que una medida abarcada por el artículo 20 sea o no "injustificable" dependerá de la razón de ser de la medida en relación con la categoría de marcas de fábrica o de comercio afectadas en su conjunto.<sup>174</sup>

i. El argumento de los reclamantes relativo a la "evaluación individualizada" se basa en una interpretación o una caracterización erróneas de la forma en que actúa la medida de empaquetado genérico del tabaco

102. La premisa de la que parte el argumento relativo a la "evaluación individualizada" formulado por los reclamantes es que la preocupación subyacente a la medida de empaquetado genérico del tabaco es que hay "características específicas" de determinadas marcas de fábrica o de comercio que aumentan el atractivo de los productos de tabaco, restan eficacia a las advertencias sanitarias gráficas e inducen a los consumidores a error en cuanto a los perjuicios del consumo de tabaco. Los reclamantes parecen considerar que el término "injustificablemente" exige que Australia identifique cada una de las marcas de fábrica o de comercio usadas en Australia en relación con los productos de tabaco, y luego evalúe cada marca de fábrica o de comercio aplicándole un conjunto de criterios que permitirían a Australia determinar si esa marca de fábrica o de comercio concreta afecta o no a las preocupaciones de Australia en materia de salud pública.<sup>175</sup>

103. La premisa de la que parte el argumento de los reclamantes es incorrecta. La premisa de la medida de empaquetado genérico del tabaco no es que las "características específicas" de las marcas de fábrica o de comercio determinadas aumenten el atractivo de los productos de tabaco, resten eficacia a las advertencias sanitarias gráficas o induzcan a los consumidores a error en cuanto a los perjuicios de consumir tabaco. La premisa de la medida de empaquetado genérico del tabaco es que exigir un aspecto normalizado y genérico para el empaquetado del tabaco destinado al comercio minorista elimina, o al menos limita considerablemente, la capacidad de las empresas tabacaleras de usar el empaquetado como medio de publicidad y promoción del producto, lo que a su vez reduce el atractivo de los productos de tabaco, aumenta la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y reduce la capacidad del empaquetado de inducir a error. Este objetivo no tiene nada que ver con las "características específicas" de las marcas de fábrica o de comercio y, en cambio, "tiene todo que ver con las características del producto contenido en el empaquetado", que es un producto de consumo singularmente peligroso para la salud humana. Permitir que las empresas tabacaleras usen en el empaquetado elementos figurativos y otros elementos de diseño no normalizados solo puede servir para aumentar el atractivo de ese empaquetado en comparación con el de un empaquetado en cuyo diseño no se permite usar estos elementos.<sup>176</sup>

104. La República Dominicana admite que no se requiere realizar una "evaluación individualizada" cuando la medida no tiene por objeto atender preocupaciones concernientes a "características específicas" de las marcas de fábrica o de comercio, incluso en el marco de su interpretación errónea del término "injustificablemente".<sup>177</sup>

105. Por estas razones, de nada serviría examinar las "características específicas" de marcas de fábrica o de comercio determinadas porque estas características, aisladamente, no son pertinentes para la decisión de política de exigir que todos los productos de tabaco se vendan en un paquete normalizado y genérico.<sup>178</sup> El argumento de los reclamantes relativo a la "evaluación

<sup>173</sup> Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.672 (sin énfasis en el original), citado en la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 202.

<sup>174</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 203 y 204.

<sup>175</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 288.

<sup>176</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 289-294 y 296-298.

<sup>177</sup> Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial, párrafos 133 y 134.

<sup>178</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 295.

individualizada", por lo tanto, no proporciona ningún fundamento para constatar que la medida de empaquetado genérico del tabaco es "injustificable".<sup>179</sup>

#### **4. Los reclamantes no han demostrado que cualquier complicación originada en la medida sea "injustificable"**

##### **a) Al exigir un aspecto normalizado y genérico para los productos y el empaquetado del tabaco, la medida contribuye a su objetivo de mejorar la salud pública**

106. La medida de empaquetado genérico del tabaco establece prescripciones detalladas que especifican el aspecto normalizado y genérico de los productos de tabaco y el empaquetado del tabaco destinado al comercio minorista, incluso prohibiendo la utilización de *todos* los signos, independientemente de que esos signos también sean marcas de fábrica o de comercio. La medida prohíbe usar marcas de fábrica o de comercio (excepto los nombres comerciales y de variantes amparados por marcas de fábrica o de comercio) no porque sean marcas de fábrica o de comercio, sino porque el uso de estos signos volvería a introducir oportunidades para publicitar y promocionar el producto. Al mismo tiempo, la medida permite usar nombres comerciales y de variantes en un formato normalizado porque estos signos determinados distinguen los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas. La medida de empaquetado genérico del tabaco, en consecuencia, reduce la capacidad de las empresas tabacaleras de usar el empaquetado del tabaco destinado al comercio minorista para publicitar y promocionar los productos de tabaco, al tiempo que preserva la capacidad de las empresas tabacaleras de usar marcas de fábrica o de comercio para distinguir sus productos de los de otras empresas.<sup>180</sup>

107. La "complicación" del uso de marcas de fábrica o de comercio, si la hubiera, que el Grupo Especial debe evaluar en relación con el criterio jurídico de la "injustificabilidad" es necesariamente una "complicación" resultante de las exigencias especiales recién descritas. Como se explica *supra*, Australia no considera que los aspectos prohibitivos de la medida de empaquetado genérico del tabaco sean "exigencias especiales" abarcadas por el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>181</sup> No obstante suponiendo, a efectos de argumentación, que las exigencias especiales en cuestión incluyen tanto los aspectos permisivos como prohibitivos de la medida relacionados con el uso de las marcas de fábrica o de comercio, la cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial es si los reclamantes han demostrado que cualquier complicación resultante de estas exigencias especiales, al considerarla en su conjunto<sup>182</sup>, es "injustificable". Incluso si el uso de las marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar un producto estuviera abarcado por el término "uso" en el sentido del artículo 20, los reclamantes no han demostrado que sea "injustificable" que Australia complique el uso de las marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar productos de tabaco.

##### **b) Las pruebas obrantes en el expediente demuestran que complicar el uso de las marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar productos de tabaco es capaz de contribuir a los objetivos de la medida**

108. Sin perjuicio de la carga de la prueba, en la parte III *supra* Australia ha descrito importantes pruebas, incluidos los informes de eminentes instituciones de salud pública como la Dirección General de Sanidad de los Estados Unidos, la OMS, el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos y el Instituto de Medicina de los Estados Unidos, que demuestran claramente que la medida de empaquetado genérico del tabaco, y cualquier complicación que imponga, es capaz de contribuir a sus objetivos de salud pública. Estas pruebas demuestran que: i) hay un vínculo claro entre la publicidad y los comportamientos relacionados con el tabaquismo; ii) el empaquetado destinado al comercio minorista es una forma reconocida de publicidad y promoción, y también influye en los comportamientos relacionados con el tabaquismo; y iii) debido a que el empaquetado del tabaco destinado al comercio minorista representa un medio para publicitar y promocionar productos de tabaco, la restricción del uso publicitario y promocional de las marcas

<sup>179</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 299.

<sup>180</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 210-212.

<sup>181</sup> Véase el párrafo 78 *supra*.

<sup>182</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 213 y nota 211, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 64; e informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.193.

de fábrica o de comercio en el empaquetado del tabaco destinado al comercio minorista es capaz de influir en los comportamientos relacionados con el tabaquismo, como se ha demostrado que lo hacen otras restricciones de la publicidad y promoción del tabaco.<sup>183</sup>

109. Por lo tanto, existe una clara conexión racional entre cualquier complicación impuesta por la medida de empaquetado genérico del tabaco y sus objetivos de salud pública.

**c) Los reclamantes no han demostrado que cualquier complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio originada en la medida no sea capaz de contribuir a sus objetivos**

110. Los reclamantes tienen la carga de demostrar que cualquier complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales resultante de la medida de empaquetado genérico del tabaco es "injustificable". Al haber abandonado en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial la tesis de que la medida de empaquetado genérico del tabaco "surtiría el efecto opuesto al deseado" o "iría en contra" de sus objetivos, es decir, daría lugar a un *aumento* de la prevalencia y el consumo de tabaco, los reclamantes tienen la carga de demostrar que cualquier complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio resultante de la medida de empaquetado genérico del tabaco no es capaz de contribuir a los objetivos legítimos de salud pública de la medida. Como Australia ha demostrado en la parte III *supra*, los reclamantes no han satisfecho esta carga.

## **5. Conclusión**

111. Los reclamantes no han demostrado que la medida de empaquetado genérico del tabaco sea incompatible con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los reclamantes no han demostrado que la medida complique con exigencias especiales el "uso" pertinente de una marca de fábrica o de comercio para distinguir los bienes de una empresa de los de otras empresas en el curso de operaciones comerciales y, por lo tanto, no han establecido el umbral de aplicabilidad del artículo 20. El uso de marcas de fábrica o de comercio para publicitar y promocionar los productos de tabaco no es un "uso" pertinente de las marcas de fábrica o de comercio de conformidad con el artículo 20. Cualquier complicación de este uso, por lo tanto, no es pertinente para establecer la aplicabilidad del artículo 20.

112. Los reclamantes no han proporcionado un fundamento interpretativo o fáctico coherente para su afirmación de que los elementos prohibitivos de la medida de empaquetado genérico del tabaco son "exigencias especiales" que quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20, mientras que otras medidas adoptadas generalizadamente que afectan al uso de una marca de fábrica o de comercio no lo son. Suponiendo, a efectos de argumentación, que esos elementos prohibitivos sí quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 20, los reclamantes no han demostrado que la medida en su conjunto complique el uso pertinente de una marca de fábrica o de comercio.

113. Incluso si el Grupo Especial constata que los reclamantes han establecido la existencia de una complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio, estos no han demostrado que cualquier complicación del uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales resultante de las exigencias especiales en cuestión se haya impuesto "injustificablemente". Concretamente, los reclamantes no han demostrado que cualquier complicación de esta índole vaya en contra de sus objetivos o de alguna otra forma no sea capaz de contribuir a ellos ni, por lo tanto, que no haya conexión racional alguna entre la complicación y el objetivo. De hecho, hay pruebas contundentes que demuestran que el empaquetado genérico del tabaco es capaz de contribuir a los objetivos legítimos de salud pública establecidos en la Ley TPP. Al exigir la normalización del aspecto del empaquetado del tabaco destinado al comercio minorista y del propio producto, existe una conexión racional clara entre la complicación y los objetivos de salud pública de la medida, y los reclamantes no han demostrado lo contrario.

114. En aras de la exhaustividad, Australia señala que el Grupo Especial tendría que llegar a la misma conclusión incluso si aceptara la posición de algunas partes de que el término "injustificablemente" exige que el Grupo Especial "sopese y confronte" el grado en que la medida

---

<sup>183</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 159-178.

de empaquetado genérico del tabaco complica un uso pertinente de las marcas de fábrica o de comercio, el grado en que es capaz de contribuir a sus objetivos de salud pública y la importancia de los objetivos de salud pública que la medida tiene por objeto cumplir.

115. La medida de empaquetado genérico del tabaco preserva la capacidad de las empresas tabacaleras de usar las marcas de fábrica o de comercio para distinguir sus productos de los de otras empresas, mientras restringe el uso del empaquetado del tabaco destinado al comercio minorista para publicitar y promocionar los productos de tabaco, restar eficacia a las advertencias sanitarias gráficas e inducir a los consumidores a error en cuanto a los perjuicios del consumo de tabaco para alcanzar un objetivo fundamental de política pública. Si el Grupo Especial hubiera de "sopesar y confrontar" estos factores, no hay duda de que la medida de empaquetado genérico del tabaco de Australia no es injustificable.

116. En consecuencia, en el marco de cualquier interpretación concebible del término "injustificablemente", los reclamantes no han satisfecho su carga de demostrar que cualquier complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales resultante de las exigencias especiales impuestas por la medida de empaquetado genérico del tabaco es "injustificable". Por lo tanto, el Grupo Especial debe rechazar las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>184</sup>

B. LOS RECLAMANTES RECONOCEN QUE EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC NO ESTABLECE NINGÚN "DERECHO DE USO" Y, POR LO TANTO, LAS ALEGACIONES QUE FORMULAN AL AMPARO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2, EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 15, LOS PÁRRAFOS 1 Y 3 DEL ARTÍCULO 16, EL PÁRRAFO 2 B) DEL ARTÍCULO 22 Y EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 24 DEBEN RECHAZARSE

117. Las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 (por el que se incorporan el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* y el artículo 10*bis* del Convenio de París), el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, todas las cuales dependen de la existencia de un "derecho de uso", adolecen de deficiencias fundamentales y el Grupo Especial debe desestimarlas. Los defectos de las alegaciones de los reclamantes se resumen *infra*.

118. En relación 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, Honduras mantiene que los Miembros deben "asegurar que el titular de una marca de fábrica o de comercio pueda 'usar' su marca de fábrica o de comercio"<sup>185</sup> para que esa marca sea "admitida para su depósito y protegida tal cual es", pese al reconocimiento expreso por parte de Honduras de que los titulares de las marcas de fábrica o de comercio no tienen ningún derecho positivo a usar esas marcas. Honduras no ha demostrado que la medida de empaquetado genérico del tabaco australiana impida el registro de marcas de fábrica o de comercio registradas en el territorio de otro Miembro sobre la base de su forma ni, por lo tanto, que dicha medida sea incompatible 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.

119. En relación con el párrafo 4 del artículo 15, los reclamantes aducen que los Miembros deben garantizar (o, como mínimo, no impedir) el uso de todos los signos que aún no sean "capaces de distinguir" bienes, para que estos signos "no intrínsecamente distintivos" puedan tornarse distintivos en el futuro, a efectos de que puedan constituir una marca de fábrica o de comercio que luego sea registrable. La interpretación de los reclamantes del párrafo 4 del artículo 15 confunde fundamentalmente los conceptos de "signos" y "marcas de fábrica o de comercio".<sup>186</sup> Una interpretación adecuada del párrafo 4 del artículo 15 deja clara la posibilidad de que un Miembro

<sup>184</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 301-306. Australia no aborda por separado los argumentos relativos a las "alternativas menos restrictivas" formulados por los reclamantes al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC porque claramente el criterio jurídico de la "injustificabilidad" no exige hacerlo. Véanse los párrafos 89 y 90 *supra*. Australia señala, no obstante, que las "alternativas menos restrictivas" que los reclamantes afirman identificar en este contexto son las mismas que identifican en relación con sus alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo OTC que se abordan en la parte E *infra*.

<sup>185</sup> Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 266.

<sup>186</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 303-305; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 25.

regule 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 fundándose en la naturaleza del producto.<sup>187</sup> Los reclamantes no han establecido que en virtud de la medida de empaquetado genérico del tabaco Australia deniegue el registro de marcas de fábrica o de comercio fundándose en la naturaleza del producto de que se trate ni, por lo tanto, que la medida sea incompatible con el párrafo 4 del artículo 15.

120. En relación con el párrafo 1 del artículo 16, los reclamantes aducen que los Miembros deben garantizar que las marcas de fábrica o de comercio puedan usarse para asegurar que se cree en el mercado una "probabilidad de confusión", de manera que los titulares de las marcas tengan más oportunidades de ejercer su derecho de exclusión para impedir esta confusión. Estos argumentos, además de ser absurdos, no pueden conciliarse con la admisión de los reclamantes 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.<sup>188</sup> Por lo tanto, los reclamantes no han demostrado que la medida de empaquetado genérico del tabaco sea incompatible con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

121. En relación con el párrafo 3 del artículo 16, Indonesia aduce que los Miembros están obligados a garantizar (o, al menos, a no impedir) que los titulares de las marcas de fábrica o de comercio usen sus marcas para "mantener" su condición de notoriamente conocidas o para que "lleguen a ser" notoriamente conocidas en el futuro.<sup>189</sup> Sin embargo, los derechos conferidos en virtud del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC (y el artículo 6*bis* del Convenio de París) son derechos de exclusión negativos.<sup>190</sup> Interpretado adecuadamente, el párrafo 3 del artículo 16 protege las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas registradas -no las marcas de fábrica o de comercio que puedan llegar a ser notoriamente conocidas en el futuro ni las marcas de fábrica o de comercio que alguna vez fueron notoriamente conocidas-.<sup>191</sup> La medida de empaquetado genérico del tabaco no impide de ninguna manera 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.<sup>192</sup>

122. En relación con el párrafo 1 del artículo 2, por el que se incorpora el artículo 10*bis* del Convenio de París, los reclamantes aducen que los Miembros deben permitir el uso de signos y marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado del tabaco porque la omisión de esos signos y marcas puede inducir a los consumidores a confusión y a error y constituye un acto de competencia desleal. Sin embargo, de hecho, el artículo 10*bis* exige que los Miembros aseguren una protección eficaz contra "actos concretos" de "rivalidad" comercial "deshonesta" o "engañoso" -es decir, intentos de un agente del mercado de obtener una ventaja comercial con respecto a otro agente rival del mercado que puedan influir en los consumidores sobre la base de representaciones falsas o que induzcan a error-.<sup>193</sup> Australia proporciona a los actores privados afectados una gama de mecanismos jurídicos para impedir las representaciones falsas o que induzcan a error o para obtener una reparación por ellas<sup>194</sup> y, en consecuencia, da cumplimiento a las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 10*bis*. La medida de empaquetado genérico del tabaco no tiene ninguna repercusión en la disponibilidad de estos mecanismos jurídicos<sup>195</sup> y los reclamantes no

<sup>187</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 244-246 y 298-301. Véanse también la comunicación escrita presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 23-26; la comunicación escrita presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafos 27-30; la comunicación escrita presentada por Nueva Zelanda en calidad de tercero, párrafos 17-25; la comunicación escrita presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafo 50; la comunicación escrita presentada por la Argentina en calidad de tercero, párrafo 22; la comunicación escrita presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 35-43; y la declaración oral de Sudáfrica en calidad de tercero en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 3.3-3.5.

<sup>188</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 14.

<sup>189</sup> Véase la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 33.

<sup>190</sup> Véase el informe pericial de C. Correa, Prueba documental AUS-16, párrafo 18.

<sup>191</sup> Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 324 y 325. Véanse también la comunicación escrita presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 54-57; la comunicación escrita presentada por Nueva Zelanda en calidad de tercero, párrafos 34-39; la comunicación escrita presentada por Singapur en calidad de tercero, párrafos 31-34; y la comunicación escrita presentada por el Uruguay en calidad de tercero, párrafos 46 y 107.

<sup>192</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 331.

<sup>193</sup> Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 446-449.

<sup>194</sup> Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 458.

<sup>195</sup> Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 459.

han indicado lo contrario. Antes bien, los reclamantes mantienen que la medida de empaquetado genérico del tabaco infringe el artículo 10*bis* porque supuestamente "compele" a los actores privados a realizar actos de competencia desleal.<sup>196</sup> Incluso suponiendo que las normas gubernamentales que compelen a los actores privados a comportarse de determinadas formas quedaran comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 10*bis*, los reclamantes no han demostrado que la medida compela a realizar actos de competencia ni que compela a realizar actos de competencia desleal.<sup>197</sup> Por consiguiente, las alegaciones de competencia desleal formuladas por los reclamantes deberían desestimarse en su totalidad.

123. En relación con el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, los reclamantes aducen que la disposición exige a los Miembros garantizar el uso de las indicaciones geográficas para que los consumidores no sean inducidos a error y piensen que todos los productos de tabaco procedentes de todos los orígenes geográficos son iguales, de modo que se incurra en un acto de competencia desleal. La interpretación por los reclamantes del párrafo 2 b) del artículo 22 es contraria a su texto llano, que indica claramente que la naturaleza de la protección proporcionada es negativa<sup>198</sup> y exige que los Miembros proporcionen los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir cualquier acto de utilización de una indicación geográfica que constituya un acto de competencia desleal (definido en el artículo 10*bis* del Convenio de París).<sup>199</sup> Australia proporciona una gama de instrumentos jurídicos para que las partes interesadas impidan que terceros cometan tales actos.<sup>200</sup> Los reclamantes no han demostrado que la medida de empaquetado genérico del tabaco sea incompatible con el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>201</sup>

124. Por último, en relación con el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, los reclamantes aducen que los Miembros están obligados a permitir que las indicaciones geográficas se usen en una forma que "permita que las indicaciones adquieran, mantengan o hagan respetar su condición de indicaciones geográficas".<sup>202</sup> Las alegaciones de los reclamantes de que la medida de empaquetado genérico del tabaco es incompatible con esta disposición se basan en la existencia aducida de un "derecho de uso" protegido en relación con las indicaciones geográficas, con arreglo a la legislación australiana, en el momento de entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC. Como ahora los reclamantes han reconocido correctamente que no existía ningún "derecho de uso" de indicaciones geográficas con arreglo a la legislación australiana antes del 1º de enero de 1995<sup>203</sup>, las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC deben desestimarse.<sup>204</sup>

125. En resumen, y como Australia ha demostrado en sus comunicaciones escritas<sup>205</sup>, cada una de las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 (por el que se incorporan el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* y el artículo 10*bis* del Convenio de París), el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC depende de la existencia de un "derecho de uso" positivo con respecto a los signos, las marcas de fábrica o de comercio registradas y las indicaciones geográficas. Como los propios reclamantes han reconocido expresamente que tal "derecho de uso" no existe, y dado que los reclamantes no han ofrecido ninguna justificación jurídica ni pruebas en respaldo de sus alegaciones, sus alegaciones al amparo de cada una de estas disposiciones deben rechazarse.

<sup>196</sup> Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 151, 161-168 y 178-181; primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 383-388; primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 854-856, 875-879 y 883; y primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 687-690 y 694.

<sup>197</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 41-44.

<sup>198</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 479-485.

<sup>199</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 469-472, 480-482 y 485; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 67.

<sup>200</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 486 y 487.

<sup>201</sup> Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 477-487.

<sup>202</sup> Respuesta de la República Dominicana a la pregunta 48 del Grupo Especial, párrafo 216.

<sup>203</sup> Véanse la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 48 del Grupo Especial, párrafo 213; y la respuesta de Indonesia a la pregunta 48 del Grupo Especial, donde se cita su respuesta a la pregunta 44 del Grupo Especial.

<sup>204</sup> Véase la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 69.

<sup>205</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte IV.B y parte IV.C; y segunda comunicación escrita de Australia, parte II.B.

**V. LOS RECLAMANTES NO HAN ACREDITADO *PRIMA FACIE* QUE LA MEDIDA DE EMPAQUETADO GENÉRICO DEL TABACO SEA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC**

126. Las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC deben ser rechazadas desde el principio. La medida de empaquetado genérico del tabaco reúne los requisitos para que se presuma, según lo previsto en el párrafo 5 del artículo 2, que no constituye un obstáculo innecesario al comercio internacional, y los reclamantes no han refutado esa presunción con el tipo de pruebas requeridas.<sup>206</sup> Incluso si se constatará que las alegaciones de los reclamantes superan ese escollo fundamental, estos tampoco han acreditado *prima facie* que la medida de empaquetado genérico del tabaco restrinja el comercio *en absoluto*, y mucho menos que restrinja el comercio *más* de lo necesario teniendo en cuenta la contribución que hace a sus objetivos de salud pública y los riesgos que crearía no alcanzar esos objetivos.

**A. LOS RECLAMANTES NO HAN REFUTADO LA PRESUNCIÓN DEL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC DE QUE LA MEDIDA NO ES UN OBSTÁCULO INNECESARIO AL COMERCIO INTERNACIONAL**

127. Australia promulgó su medida de empaquetado genérico del tabaco de conformidad con las Directrices del CMCT, que establecen la norma internacional pertinente para el empaquetado genérico de los productos de tabaco.<sup>207</sup> Un reglamento técnico adoptado para alcanzar un objetivo legítimo en conformidad con la norma internacional pertinente se beneficia de la presunción del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, en virtud de la cual se presume, a reserva de impugnación, que no constituye un obstáculo innecesario al comercio internacional en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.<sup>208</sup> La presunción refleja uno de los fines fundamentales del Acuerdo OTC, el de incentivar a los Miembros a adoptar y aplicar las normas internacionales pertinentes, con el fin de armonizar los reglamentos técnicos en la forma más generalizada posible.

128. El CMCT -uno de los tratados más ampliamente adoptados del sistema de las Naciones Unidas- recomienda explícitamente la implementación del empaquetado genérico del tabaco en las Directrices para la aplicación del artículo 11 del CMCT (relativas al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco) y del artículo 13 (relativas a la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco).<sup>209</sup> Las Directrices para la aplicación del artículo 11 del CMCT reconocen que:

[el empaquetado genérico del tabaco] 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.<sup>210</sup>

129. Las Directrices del CMCT reflejan el consenso científico internacional<sup>211</sup> sobre la amplia gama de medidas de control del tabaco, incluido el empaquetado genérico del tabaco, que los países deberían promulgar a efectos de afrontar las graves y serias repercusiones del consumo de tabaco para la salud, y las 180 Partes en el CMCT se basan en ellas para implementar sus propias medidas de control del tabaco.

130. Conforme a los criterios para determinar qué es una "norma internacional" a los efectos del párrafo 5 del artículo 2<sup>212</sup>, Australia ha demostrado que las Directrices del CMCT son: normas en el

<sup>206</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 162 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 347-356; y respuesta de Australia a la pregunta 67 del Grupo Especial, párrafos 161-164.

<sup>207</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 567-582; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 316-345; y respuestas de Australia a las preguntas 128, 129, 135 y 150 del Grupo Especial.

<sup>208</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 567-582.

<sup>209</sup> OMS, Prueba documental AUS-109, artículo 11, páginas 63 y 13, páginas 99 y 100.

<sup>210</sup> OMS, Prueba documental AUS-109, artículo 11, página 63.

<sup>211</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.414, citado en la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 271.

<sup>212</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.664, citado en la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 570.

sentido del Acuerdo OTC<sup>213</sup>, adoptadas por la Conferencia de las Partes (CDP) del CMCT, que es una "organización o institución internacional con actividades de normalización" que tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización"<sup>214</sup> y de la que pueden ser miembros los organismos competentes de, al menos, todos los Miembros<sup>215</sup>, y que han sido puestas a disposición del público.<sup>216</sup>

131. Por estas razones, Australia ha demostrado que las Directrices del CMCT son una norma internacional "pertinente[ ]" para la medida de empaquetado genérico del tabaco, que se ha adoptado "en conformidad con" esas Directrices.<sup>217</sup> Las Directrices del CMCT fueron elaboradas por grupos de trabajo en que participaron las Partes en el CMCT (entre ellas al menos uno de los reclamantes), fueron adoptadas por la CDP del CMCT y se basaron en "pruebas científicas disponibles y en la experiencia de las propias Partes en la aplicación de medidas de control del tabaco".<sup>218</sup> Las Directrices del CMCT prevén "directrices" para "un uso común y repetido" por las Partes en el CMCT relativas a las características de un "producto" (el tabaco) y "los procesos y métodos de producción" conexos (fabricación y venta de productos de tabaco).<sup>219</sup>

132. Los reclamantes sostienen que las Directrices del CMCT no son "normas internacionales", por dos motivos. En primer lugar, los reclamantes mantienen que la CDP del CMCT no es un "organismo internacional con actividades de normalización". Australia ha demostrado que esta alegación es infundada: la CDP del CMCT tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización", como pone de manifiesto el papel desempeñado por la CDP en la elaboración de directrices para el análisis y la medición del contenido y las emisiones de los productos de tabaco y sobre la reglamentación de esos contenidos y emisiones.<sup>220</sup> En segundo lugar, los reclamantes aducen que para que un instrumento sea considerado norma internacional, debe ser lo suficientemente "preciso" para poder ser objeto de "un uso común y repetido", en el sentido de la definición de norma prevista en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Este argumento carece de fundamento jurídico en el Acuerdo OTC.<sup>221</sup> Además, las Directrices del CMCT pueden ser objeto de "un uso común y repetido", cosa que de hecho ocurre.<sup>222</sup> En particular, Irlanda, el Reino Unido, Francia, Hungría, Nueva Zelanda, Noruega y Chile ya han adoptado o propuesto sus propias medidas de empaquetado genérico del tabaco valiéndose de las Directrices del CMCT.<sup>223</sup>

133. Los reclamantes también aducen que si algún elemento de la medida de Australia va más allá de la norma internacional, los aspectos de dicha medida compatibles con las Directrices del CMCT deberían ser privados del beneficio de la presunción prevista en el párrafo 5 del artículo 2. No solo este argumento no tiene ningún fundamento fáctico, dado que la medida de Australia está claramente en conformidad con el ámbito de aplicación de las Directrices del CMCT debidamente identificado<sup>224</sup>, sino que tampoco tiene ningún fundamento jurídico en el texto del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.<sup>225</sup>

<sup>213</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 571-574.

<sup>214</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 333-341; y respuesta de Australia a la pregunta 128 del Grupo Especial.

<sup>215</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 575-579; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 316, donde se cita Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 359.

<sup>216</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 580.

<sup>217</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 582; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 316-318.

<sup>218</sup> OMS, Prueba documental AUS-42, párrafo 19. Véase también la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 103-113.

<sup>219</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 573; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 316.

<sup>220</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 333-341.

<sup>221</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 321-323; respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 101; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 163 del Grupo Especial, párrafo 119.

<sup>222</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 324-327. Respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 163 del Grupo Especial.

<sup>223</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 163 del Grupo Especial.

<sup>224</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 135 del Grupo Especial.

<sup>225</sup> Respuestas de Australia a las preguntas 135 y 150 del Grupo Especial.



134. Dado que la medida de empaquetado genérico del tabaco se beneficia de la presunción prevista en el párrafo 5 del artículo 2 de que no constituye un "obstáculo innecesario al comercio internacional" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, y los reclamantes no han aducido ninguna prueba de la índole necesaria para refutar esta presunción<sup>226</sup>, no es necesario que el Grupo Especial prosiga su análisis de la alegación formulada por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

B. LOS RECLAMANTES NO HAN ACREDITADO *PRIMA FACIE* QUE LA MEDIDA RESTRINJA EL COMERCIO CON ARREGLO AL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

135. Aunque no han refutado la presunción establecida por el párrafo 5 del artículo 2, las alegaciones de los reclamantes en el marco del párrafo 2 del artículo 2 fracasarían en cualquier caso porque no han acreditado *prima facie* que la medida de empaquetado genérico del tabaco "restrin[ja] el comercio" con arreglo a una interpretación adecuada de esa disposición.

### **1. Las alegaciones de restricción del comercio formuladas por los reclamantes fracasan desde el punto de vista jurídico**

136. Interpretadas adecuadamente, las expresiones "restringirán el comercio" y "obstáculo ... al comercio internacional" que figuran en el párrafo 2 del artículo 2 exigen que los reclamantes establezcan que la medida de empaquetado genérico del tabaco tendrá como resultado o ha tenido como resultado un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco.<sup>227</sup>

137. Las alegaciones de restricción del comercio formuladas por los reclamantes ni siquiera tratan de cumplir esta prescripción fundamental. En lugar de ello los reclamantes han intentado ampliar el criterio de restricción del comercio y convertirlo en un concepto abstracto y sin sentido de "limitación de las oportunidades de competencia"<sup>228</sup> para dar cabida a su alegación principal<sup>229</sup>: que el diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida de empaquetado genérico del tabaco tiene un efecto limitativo en la *capacidad de usar las características de diseño* en el empaquetado del tabaco para publicitar y promocionar los productos de tabaco.<sup>230</sup> Los reclamantes sostienen además que una "limitación de las oportunidades de competencia" únicamente en un determinado segmento de producto o únicamente con respecto a un determinado Miembro<sup>231</sup> es suficiente para demostrar que la medida restringe el comercio, incluso en los casos en que la medida *acreciente* el comercio global de ese producto.<sup>232</sup>

138. El criterio de restricción del comercio convertido en uno de "limitación de las oportunidades de competencia" que proponen los reclamantes no puede conciliarse con el texto del párrafo 2 del artículo 2 ni con la jurisprudencia del Órgano de Apelación y, en consecuencia, fracasa desde el punto de vista jurídico.<sup>233</sup>

---

<sup>226</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 162 del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 347-356; y respuesta de Australia a la pregunta 67 del Grupo Especial, párrafos 161-164.

<sup>227</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 363-398; primera comunicación escrita de Australia, párrafos 521-530; respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafos 110-113; y observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafos 37-49.

<sup>228</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 370-374; y observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafos 40-49.

<sup>229</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafos 43-45, 54 y 55.

<sup>230</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 157 y 158; y observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafos 43, 44, 54 y 55.

<sup>231</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 383-385 y 397; respuesta de Australia a la pregunta 154 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafo 63.

<sup>232</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 383-397.

<sup>233</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 363-398; primera comunicación escrita de Australia, párrafos 521-530; respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafos 110-113; y observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafos 37-49.

## 2. Las alegaciones de restricción del comercio formuladas por los reclamantes fracasan desde el punto de vista probatorio

139. Los fundamentos subsidiarios de los reclamantes para alegar que la medida de empaquetado genérico del tabaco restringe el comercio fracasan por falta de pruebas. Ninguno de los reclamantes ha demostrado sus alegaciones de que la medida de empaquetado genérico del tabaco entraña costos de cumplimiento o aumenta los obstáculos a la entrada en el mercado de manera que tiene un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco.<sup>234</sup>

140. El único intento de los reclamantes por establecer los efectos reales en el comercio es su argumento de que la medida de empaquetado genérico del tabaco ha causado un "cambio a productos de menor precio" en el mercado australiano desplazando la demanda de productos de tabaco de precios más altos a la de productos de precios más bajos. Incluso si el Grupo Especial constatará que el cambio a productos de menor precio es parcialmente atribuible a la medida de empaquetado genérico del tabaco<sup>235</sup>, ese hecho por sí solo no bastaría para demostrar que existe un efecto limitativo en el comercio global de productos de tabaco, con respecto al volumen o al valor del comercio.<sup>236</sup> Una supuesta disminución de las ventas en el segmento de calidad superior, por sí sola, no establece un efecto limitativo en el *volumen* del comercio global de productos de tabaco. Además, las pruebas no controvertidas presentadas al Grupo Especial demuestran que los precios reales ponderados de los cigarrillos han aumentado desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco; y los expertos de los propios reclamantes aceptan que la medida ha *causado* un aumento de los precios.<sup>237</sup> Las alegaciones de los reclamantes relativas al cambio a productos de menor precio, en consecuencia, tampoco establecen la existencia de un efecto limitativo en el *valor* del comercio global de productos de tabaco.

141. Los reclamantes reconocen que pueden ser necesarias pruebas de los efectos reales en el comercio cuando una evaluación cualitativa de un reglamento técnico no discriminatorio no establece ningún efecto de restricción del comercio.<sup>238</sup> Sin embargo, ninguno de los reclamantes ha presentado ni un solo elemento probatorio que demuestre que los productores de tabaco de sus países hayan experimentado una disminución de los volúmenes, precios, ingresos o beneficios de exportación a Australia atribuible a la medida de empaquetado genérico del tabaco.<sup>239</sup> Dados los recursos de que disponen los reclamantes, es razonable suponer que si tales pruebas respaldaran sus alegaciones se habrían aportado al Grupo Especial.<sup>240</sup>

142. En consecuencia, los reclamantes no han demostrado en absoluto -desde el punto de vista jurídico y fáctico- ningún fundamento convincente para concluir que la medida de Australia restringe el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Por consiguiente, no es necesario que el Grupo Especial prosiga su análisis.

---

<sup>234</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 547-561; y respuesta de Australia a la pregunta 155 del Grupo Especial.

<sup>235</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 542-545; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 414-420.

<sup>236</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 533-541; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 407 y 409-413.

<sup>237</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafos 59 y 60.

<sup>238</sup> Véanse, por ejemplo, las respuestas de la República Dominicana y Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial.

<sup>239</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafos 122 y 123; y declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 149.

<sup>240</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 149.

C. LOS RECLAMANTES NO HAN ESTABLECIDO QUE LA MEDIDA SEA INCAPAZ DE CONTRIBUIR A SUS OBJETIVOS

143. En el caso improbable que el Grupo Especial considerara que los reclamantes han acreditado *prima facie* que la medida de empaquetado genérico del tabaco "restring[e] el comercio" con arreglo a una interpretación adecuada de esa expresión, los reclamantes han fracasado en su intento por establecer que dicha medida no es capaz de contribuir a sus objetivos de reducir el consumo de los productos de tabaco en Australia y la exposición a ellos.

144. Como se describió en la parte III *supra*, la abrumadora mayoría de las pruebas cualitativas establece inequívocamente que, al prohibir que el empaquetado del tabaco se utilice para publicitar y promocionar productos de tabaco -y de este modo reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores-, la medida de empaquetado genérico del tabaco es capaz de desalentar la iniciación en el hábito de fumar y la recaída en él, estimular el abandono del hábito y reducir la exposición de las personas a los productos de tabaco. Las pruebas cuantitativas corroboran esta conclusión y son coherentes con el hecho de que la medida de empaquetado genérico del tabaco actúa de forma sinérgica con otros elementos de la política integral de control del tabaco australiana para seguir reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición al humo del tabaco en Australia. Además, las admisiones y pruebas de los propios reclamantes establecen claramente que la medida es apta para contribuir a alcanzar sus objetivos.

145. En consecuencia, los reclamantes no han satisfecho en absoluto su carga de establecer que la medida de empaquetado genérico del tabaco es incapaz de contribuir a sus objetivos de salud pública.

D. LOS RECLAMANTES NO HAN ESTABLECIDO QUE LOS RIESGOS DERIVADOS DE NO ALCANZAR LOS OBJETIVOS DE LA MEDIDA NO SEAN GRAVES

146. Los graves riesgos para la salud pública que se derivarían de no alcanzar los objetivos de la medida de empaquetado genérico del tabaco apoyan abrumadoramente una constatación de que la medida de empaquetado genérico del tabaco no restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar esos objetivos en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. En un esfuerzo por persuadir al Grupo Especial de la tesis improbable de que esos riesgos serían todo menos serios y graves, los reclamantes han vuelto a interpretar erróneamente el criterio jurídico pertinente.<sup>241</sup>

147. Con ese fin, la República Dominicana e Indonesia han interpretado de manera fundamentalmente errónea la naturaleza de los riesgos pertinentes que el Grupo Especial debe evaluar. En contra de lo dispuesto en el texto llano del párrafo 2 del artículo 2, que indica claramente que este aspecto del análisis holístico requiere que el Grupo Especial evalúe los "riesgos que crearía no alcanzarlo" -es decir, los riesgos que se derivarían *suponiendo* que no se alcanzaran los objetivos de la medida de empaquetado genérico del tabaco-, ambos reclamantes aducen que el Grupo Especial debe, en cambio, evaluar la *probabilidad* de que la medida no alcance sus objetivos.<sup>242</sup> Honduras también plantea el argumento absurdo de que, como Australia ha adoptado un enfoque integral respecto del control del tabaco que ha logrado reducir la prevalencia del tabaquismo y el consumo, las consecuencias de no *seguir* reduciendo las muertes prematuras y las enfermedades serias relacionadas con el tabaco mediante la medida de empaquetado genérico del tabaco no serían graves.<sup>243</sup>

<sup>241</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 527.

<sup>242</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 532, 541 y 542; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafos 86-94.

<sup>243</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 545-547.

148. Interpretados adecuadamente, los riesgos que se derivarían de no alcanzar los objetivos de salud pública de la medida de empaquetado genérico del tabaco son importantes y graves, y las consecuencias de ello incluirían el aumento de las muertes y enfermedades relacionadas con el tabaco en Australia.<sup>244</sup> Esto queda confirmado por Honduras y la República Dominicana al reconocer, respectivamente, que la naturaleza de los serios riesgos para la salud en cuestión es una preocupación "primordial" para cualquier sociedad<sup>245</sup> y que las consecuencias de no alcanzar los objetivos de una medida "serían serios y graves"<sup>246</sup>, y respalda inequívocamente la conclusión de que la medida de empaquetado genérico del tabaco no restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar sus objetivos legítimos.

E. LOS RECLAMANTES NO HAN PROPUESTO MEDIDAS ALTERNATIVAS QUE ESTABLEZCAN QUE LA MEDIDA DE EMPAQUETADO GENÉRICO DEL TABACO RESTRINJA EL COMERCIO MÁS DE LO NECESARIO

149. Por último, si el Grupo Especial continuara su análisis holístico en el marco del párrafo 2 del artículo 2, a pesar de que los reclamantes no hayan establecido que la medida de empaquetado genérico del tabaco restringe el comercio con arreglo a una interpretación adecuada<sup>247</sup>, los reclamantes no han satisfecho su carga de proponer alternativas razonablemente disponibles que sean menos restrictivas del comercio que la medida de empaquetado genérico del tabaco y que sean capaces de hacer una contribución equivalente a sus objetivos de salud pública.<sup>248</sup>

150. En particular, tres de las cuatro supuestas "alternativas" de los reclamantes -un aumento del impuesto especial, un aumento de la edad mínima para comprar productos de tabaco y la mejora de las campañas de mercadotecnia social- no son alternativas en absoluto, ya que constituyen variaciones de elementos *existentes* de la política integral de control del tabaco de Australia.<sup>249</sup> Con arreglo a las constataciones formuladas en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, tales medidas no pueden aplicarse *en sustitución* de la medida de empaquetado genérico del tabaco<sup>250</sup>, en particular dada la importancia del enfoque integral al control del tabaco.<sup>251</sup> Antes bien, cualquier sustitución de esta índole limitaría la gama de mecanismos desplegados por la política integral de control del tabaco de Australia, y de ese modo limitaría su capacidad de influir en la más amplia gama posible de consumidores y potenciales consumidores y menoscabaría la eficacia de las medidas de control del tabaco existentes.<sup>252</sup> Esto debilitaría la política integral de control del tabaco de Australia al reducir las sinergias entre sus componentes, así como sus efectos totales.<sup>253</sup> Los reclamantes no han demostrado que, en este contexto de políticas, cualquiera de las tres

---

<sup>244</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 531-540, 543 y 544; primera comunicación escrita de Australia, párrafos 683-694; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafos 86-90.

<sup>245</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 540; y primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 891.

<sup>246</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 543; y primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 1029.

<sup>247</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322, nota 647.

<sup>248</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 700-742; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 550-569; respuesta de Australia a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafos 68-71; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafos 74-95.

<sup>249</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 703-706; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 551-554; respuesta de Australia a la pregunta 64 del Grupo Especial, párrafos 142-144; y respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafo 21.

<sup>250</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 159 y 172.

<sup>251</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 38-49; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 159 del Grupo Especial, párrafo 100.

<sup>252</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 64 del Grupo Especial, párrafos 141-144; segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 562; respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafos 26 y 27; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 159 del Grupo Especial, párrafo 102.

<sup>253</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 706; respuesta de Australia a la pregunta 64 del Grupo Especial, párrafos 142-144; respuesta de Australia a la pregunta 69 del Grupo Especial, párrafo 181; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 553 y 554; respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafos 23-27; respuesta de Australia a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafos 38-40; y respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 161 del Grupo Especial, párrafos 107-111.

variaciones propuestas a las medidas existentes haría (o podría hacer) una contribución de grado *equivalente* a los objetivos de la medida de empaquetado genérico del tabaco.<sup>254</sup>

151. Además, las críticas de los reclamantes a las medidas de Australia existentes carecen de todo fundamento, dado que Australia: es líder mundial en su uso del impuesto especial sobre el consumo como medida de control del tabaco<sup>255</sup> -hecho que Honduras ha reconocido expresamente<sup>256</sup>; tiene en vigor una amplia y dinámica gama de políticas para restringir el acceso de los jóvenes al tabaco<sup>257</sup>; y es líder mundial en su uso de campañas de mercadotecnia social como estrategia de control del tabaco.<sup>258</sup>

152. Con respecto a la única medida *alternativa* real que los reclamantes proponen -un sistema de escrutinio previo- los reclamantes no han presentado pruebas ni argumentos convincentes para respaldar su afirmación inverosímil de que el sistema haría "una contribución equivalente o superior" a la de la medida de empaquetado genérico del tabaco cuando su fin es eliminar la normalización del empaquetado del tabaco<sup>259</sup> y restablecer el empaquetado del tabaco como medio de publicidad y promoción de los productos de tabaco.<sup>260</sup> En cualquier caso, un sistema de escrutinio previo no está "razonablemente al alcance" debido a los costos y las cargas prohibitivas que comportaría.<sup>261</sup>

153. Además, los reclamantes no han satisfecho su carga de proponer alternativas que sean *menos* restrictivas del comercio que la medida de empaquetado genérico del tabaco.<sup>262</sup> Con arreglo al criterio abstracto de "limitación de las oportunidades de competencia" propuesto por los reclamantes, sus alternativas son de hecho *más* restrictivas del comercio que la medida de empaquetado genérico del tabaco<sup>263</sup> -una conclusión que los reclamantes han intentado ocultar a través de varios argumentos artificiosos-.<sup>264</sup> Además, con arreglo a una interpretación adecuada de la restricción del comercio, los reclamantes explícitamente parten del supuesto de que sus alternativas serían *igualmente* restrictivas del volumen de comercio de productos de tabaco para hacer a los objetivos de la medida de empaquetado genérico del tabaco una contribución equivalente.<sup>265</sup> En la jurisprudencia de la OMC no hay ningún fundamento para preferir una alternativa *igualmente* restrictiva del comercio a la medida en litigio.<sup>266</sup>

<sup>254</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 718-724; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 556-562; respuesta de Australia a la pregunta 139 del Grupo Especial, párrafo 41; observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafos 74-80; y observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafos 56 y 57.

<sup>255</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial.

<sup>256</sup> Respuesta de Australia a la pregunta 158 del Grupo Especial, párrafo 87.

<sup>257</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 709-711.

<sup>258</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 713-717; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafo 79.

<sup>259</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 728; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 564.

<sup>260</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 728; segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 564-569; respuesta de Australia a la pregunta 157 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafos 84 y 85.

<sup>261</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 725-728, 736 y 740; declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 155; respuesta de Australia a la pregunta 157 del Grupo Especial; y observaciones de Australia sobre las respuestas a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafos 81-83.

<sup>262</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 734-736 y 740; y segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 563.

<sup>263</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 734-736 y 740; segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 563; declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 156; respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial, párrafos 45-51; observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafo 61; y observaciones de Australia sobre la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 153 del Grupo Especial, párrafos 68 y 69.

<sup>264</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafos 50-55.

<sup>265</sup> Declaración inicial de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 157; respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial, párrafo 40; y observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafo 58.

<sup>266</sup> Observaciones de Australia sobre las respuestas a las preguntas 151 y 165 del Grupo Especial, párrafo 58.

154. En consecuencia, una evaluación de las medidas alternativas propuestas por los reclamantes refuerza la conclusión de que la medida de empaquetado genérico del tabaco no "restring[e] el comercio más de lo necesario" para alcanzar sus objetivos legítimos en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

## **VI. CUBA NO HA HECHO UNA ACREDITACIÓN *PRIMA FACIE* EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO IX DEL GATT DE 1994**

155. El fundamento de la alegación de Cuba de que la medida de empaquetado genérico del tabaco es incompatible con el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994 es que la prohibición de usar la marca "Habanos" en el empaquetado de cigarrillos o puros grandes hechos a mano (puros "LHM", por sus siglas en inglés) reduce sustancialmente su valor.

156. Este argumento es totalmente infundado porque: i) Cuba no ha establecido que las medidas que afectan a marcas que no sean marcas de país de origen queden comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo IX<sup>267</sup>; ii) incluso suponiendo, a efectos de argumentación, que otras marcas, como la marca "Habanos", quedaran comprendidas en ese ámbito de aplicación, el Órgano de Apelación ha confirmado inequívocamente que el artículo IX solo somete a disciplinas las medidas que *exigen* marcas de origen, no las medidas que prohíben esas marcas<sup>268</sup>; y iii) Cuba no ha justificado su afirmación de que ha habido alguna reducción en el valor de los puros LHM cubanos desde la introducción de la medida de empaquetado genérico del tabaco, ni mucho menos demostrado que haya habido una reducción "sustancial" atribuible a la prohibición del uso de la marca "Habanos".<sup>269</sup> Cada uno de estos factores echa por tierra al argumento de Cuba.

157. Incluso suponiendo, a efectos de argumentación, que de alguna forma se constatará que la medida de empaquetado genérico del tabaco es provisionalmente incompatible con el párrafo 4 del artículo IX, la medida se beneficiaría de la excepción prevista en el apartado b) del artículo XX.<sup>270</sup>

158. Dado que Cuba no ha acreditado *prima facie* que la medida de empaquetado genérico del tabaco sea incompatible con el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994, la alegación de Cuba debe rechazarse en su totalidad.

## **VII. CONCLUSIÓN**

159. Por las razones expuestas en este resumen y explicadas más detalladamente por Australia en sus comunicaciones escritas, declaraciones orales, respuestas a las preguntas del Grupo Especial y observaciones sobre las respuestas de los reclamantes, cada una de las alegaciones formuladas por los reclamantes en la presente diferencia es infundada, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico.

160. Además, las alegaciones y argumentos formulados por los reclamantes en el presente asunto tienen consecuencias preocupantes para todos los Miembros de la OMC que estén considerando la posibilidad de adoptar medidas de salud pública y para el propio sistema de solución de diferencias de la OMC.<sup>271</sup> El inverosímil criterio<sup>272</sup> conforme al cual los reclamantes han solicitado al Grupo Especial que evalúe la medida de empaquetado genérico del tabaco de Australia no tiene ningún fundamento en la normativa de la OMC y prescinde por completo del contexto de políticas en cuyo marco los responsables de las políticas de salud pública cumplen sus importantes funciones.<sup>273</sup> Las alegaciones y los argumentos de los reclamantes en el presente asunto

<sup>267</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 750 y 751; respuesta de Australia a la pregunta 83 del Grupo Especial; y comunicación escrita presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 104.

<sup>268</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 577 y 578; respuesta de Australia a la pregunta 133 del Grupo Especial; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.356; y primera comunicación escrita de Australia, párrafos 745-749.

<sup>269</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 579-585; y respuesta de Australia a la pregunta 137 del Grupo Especial.

<sup>270</sup> Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 586-595; y primera comunicación escrita de Australia, párrafos 754-761.

<sup>271</sup> Declaración final de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial.

<sup>272</sup> Declaración final de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 7-22.

<sup>273</sup> Declaración final de Australia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 15-20, 27-35.

amenazan el derecho fundamental de un Miembro de la OMC, reconocido sistemáticamente por grupos especiales anteriores y el Órgano de Apelación, a decidir el nivel de protección que pretende alcanzar con el fin de proteger las vidas y el bienestar de sus ciudadanos.<sup>274</sup>

161. El empaquetado genérico del tabaco es una medida legítima de salud pública basada en abundantes testimonios científicos y en las recomendaciones explícitas de las Partes en el CMCT. Las pruebas demuestran que la medida ya está contribuyendo a alcanzar los objetivos de salud pública de Australia y es probable que sus efectos aumenten a largo plazo. Los reclamantes no han demostrado que esta eficaz medida de control del tabaco sea incompatible con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud de los acuerdos abarcados. Australia, por lo tanto, respetuosamente solicita que el Grupo Especial rechace en su totalidad las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 (por el que se incorporan el párrafo A 1) del artículo 6*quinquies* y el artículo 10*bis* del Convenio de París), el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC<sup>275</sup> y el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994.

---

<sup>274</sup> Declaración final de Australia en la segunda reunión sustantiva del grupo especial, párrafos 30-32.

<sup>275</sup> Australia señala que en sus respectivas solicitudes de establecimiento de un grupo especial los reclamantes formularon alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 (trato nacional). Los reclamantes no han llevado adelante estas alegaciones en ninguna de sus comunicaciones escritas u orales en estas actuaciones. Por lo tanto, debe considerarse que los reclamantes han abandonado estas alegaciones.





**ANEXO C****ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS**

<b>Índice</b>		<b>Página</b>
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

**ANEXO C-1****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LA ARGENTINA\***

1. La Argentina considera que la medida de empaquetado genérico de Australia está diseñada con el objetivo de salvaguardar la salud pública, forma parte de la campaña destinada a disuadir el consumo del tabaco y ha sido dictada en el ejercicio de las facultades regulatorias del Estado. La promoción del tabaco y las campañas de difusión del mismo constituyen una de las amenazas mayores para la salud pública.
2. La Argentina considera que el artículo 8 del ADPIC es un reconocimiento expreso de la amplitud que los Miembros conservan, en el marco del citado Acuerdo, para adoptar leyes y reglamentos para fines de políticas públicas, incluidas las políticas de protección de la salud pública.
3. A su vez, la Declaración de Doha sobre Salud Pública y los Derechos de Propiedad Intelectual aprobada por los países Miembros de la OMC en noviembre de 2001<sup>1</sup> provee un marco interpretativo relevante acerca de los alcances de ciertos artículos del ADPIC.
4. La referida Declaración no solo establece que el Acuerdo no impide ni debe impedir que los Miembros de la OMC adopten medidas para proteger la salud pública, sino que además reafirma el derecho de los Miembros de utilizar al máximo las disposiciones del Acuerdo que prevén flexibilidad a este efecto. Asimismo, esta propugna un balance equilibrado entre las facultades de los Estados para llevar adelante las políticas de salud y, por otro lado, los derechos de propiedad intelectual establecidos en el ADPIC.
5. Asimismo, la Argentina señala que la Declaración de Doha refleja el consenso de los países Miembros de la OMC a favor de la aplicación directa de los principios de interpretación del derecho internacional al Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 5 a) de la referida Declaración resalta la importancia de normas como el artículo 8 del ADPIC en la interpretación de las disposiciones de este último, a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en cuanto establece que los tratados deberán interpretarse a la luz de su objeto y fin.<sup>2</sup>
6. En cuanto a la interpretación del alcance del artículo 20 del ADPIC en relación con los principios fijados en el artículo 8.1 del ADPIC, la Argentina entiende que el Grupo Especial debería tener en cuenta que dicho instrumento deberá ser aplicado de manera que apoye el derecho de los Miembros a proteger la salud pública.
7. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la Argentina entiende que la uniformización de los elementos de la marca (color, logo, etc.), que implica la medida de empaquetado genérico, puede limitar su alcance distintivo en los términos del artículo 15.1. Dicha uniformización, así como una significativa reducción de las variables distintivas de la marca, puede acarrear cierto grado de confusión para el consumidor.
8. Asimismo, tanto Australia como algunos terceros<sup>3</sup> han desarrollado aspectos de la función publicitaria que tienen los empaquetados de cigarrillos y tabaco, dado que son productos con alto grado de exposición. Ello, en función de que los consumidores llevan consigo los productos del tabaco y los exhiben en diversos espacios. Por esta razón, se ha dicho que el empaquetado de productos de tabaco tiene un importante rol como comunicador de una marca y forma parte de un

---

\* Original español.

<sup>1</sup> WTO Ministerial Conference, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001).

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> Noruega, presentación escrita en carácter de tercero, párrafo 123. Asimismo, y sin perjuicio de la admisibilidad por parte del Grupo Especial de las presentaciones no solicitadas en este procedimiento, la cuestión también ha sido tratada por la Organización Mundial de la Salud, en su presentación en carácter de *amicus curiae* de fecha 16 de febrero de 2015, página 9.

conjunto de medidas de marketing dirigidas a diversos consumidores. En especial se ha hecho énfasis en cómo contribuye el empaquetado de productos de cigarrillo en el inicio del hábito de fumar entre los más jóvenes. De ahí que, a *contrario sensu*, la falta de dichos elementos de la marca que la hacen atractiva, sumado a las advertencias sanitarias, lleve a considerar que el empaquetado genérico pueda ser una medida efectiva para alcanzar los fines perseguidos.

9. La Argentina entiende que la prohibición contenida en el artículo 15.4 del ADPIC se refiere al registro de la marca y que la medida de empaquetado genérico prescribe las modalidades de uso de esa marca registrada. Por ello, la Argentina considera que el mencionado artículo 15.4 del ADPIC no se refiere al disfrute de los derechos, sino únicamente a su disponibilidad. No obstante, la Argentina concibe que uno de los principales objetivos del registro, sobre todo en aquellos países en los cuales éste es constitutivo, es precisamente el uso de la marca registrada.

10. En cuanto a la interpretación del artículo 16 del ADPIC, en particular los artículos 16.1 y 16.3, la Argentina entiende, como ha señalado el Órgano de Apelación<sup>4</sup>, que 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*". La 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.

11. La Argentina considera que en virtud de las prescripciones establecidas por la Ley de Empaquetado Genérico para el uso de la marca se conforma un nuevo signo que no es idéntico a la marca registrada, por ello a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Empaquetado Genérico coexisten en Australia dos signos distintivos para una misma marca: un signo registrado de uso restringido y otro no registrado cuyo uso se prescribe.

12. La Argentina pondera que esta situación es especialmente relevante en los casos contemplados por el artículo 16.1 y 16.3 del ADPIC y coincide con lo expresado por el Japón respecto a que el derecho acordado al titular de la marca, es un derecho de exclusión.<sup>5</sup>

13. Asimismo la Argentina señala que si bien el empaquetado genérico de tabaco prevé una forma estandarizada<sup>6</sup> para el uso de la marca, esta forma de uso puede sufrir variaciones en colores, tamaños y tipografías empleados lo que puede generar una proliferación de marcas prescritas que difieran para cada país. Por ello, la Argentina finalmente sostiene que el uso de la marca en la forma prescrita debe gozar de la misma protección que la marca registrada, ya que de no ser así la marca puede resultar vulnerable al uso no autorizado.

14. Con relación a la cuestión de las indicaciones geográficas, la Argentina entiende que el artículo 24.3 del ADPIC debe ser analizado gramaticalmente. En su versión en español se lee que el objeto de la obligación de no reducir 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 se refiere a la protección de las indicaciones geográficas, en general.

15. Esta interpretación está corroborada en la versión francesa del artículo bajo examen: "*Lorsqu'il mettra en oeuvre la présente section, un Membre ne diminuera pas la protection des indications géographiques qui existait dans ce Membre immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC*". Aquí, nuevamente la referencia es clara y remite a la protección de las indicaciones geográficas en general, ya que si el texto refiriera a las indicaciones geográficas en particular se emplearía el plural "*qui existaient*".

---

<sup>4</sup> Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones, párrafos 186-188 (WT/DS176/AB/R) "[...] el artículo 16 confiere al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada un nivel mínimo internacionalmente acordado de "derechos exclusivos" que todos los Miembros de la OMC deben garantizar en su legislación interna. Estos derechos exclusivos protegen al titular contra toda violación de la marca de fábrica o de comercio registrada por terceras partes no autorizadas".

<sup>5</sup> Presentación Escrita como Tercera Parte interesada del Japón, párrafo.4

<sup>6</sup> Conforme artículo 46 de las Directrices para la Implementación del artículo 11 de la Convención Marco para el Control de Tabaco de la OMS.

16. Por otra parte, en cuanto a la aplicabilidad del Acuerdo OTC al presente caso, la Argentina entiende que en el supuesto que una medida sea alcanzada por dos o más de los acuerdos abarcados, se deberían aplicar al caso puntual las normas que comprendan específicamente y en detalle la materia en la que se centra la cuestión, siguiendo el análisis efectuado por el Órgano de Apelación en el caso citado por Australia, *CE - Bananas III*.<sup>7</sup> En tal sentido, la Argentina ha expresado en coincidencia con Australia que es el ADPIC y no es Acuerdo OTC el marco jurídico apropiado para el análisis de una supuesta restricción marcaria.

17. No obstante, en el supuesto que el Grupo Especial entendiera que el Acuerdo OTC es aplicable al presente caso, la Argentina sugiere que el reclamo de los demandantes requiere que el Grupo Especial analice si el reglamento técnico que regula el aspecto físico de los empaquetados genéricos es necesario a la luz del artículo 2.2 del Acuerdo OTC. En tal sentido, la Argentina recuerda que la cuestión de la necesidad ha sido analizada<sup>8</sup> en casos anteriores que han entendido que la jurisprudencia bajo el artículo XX del GATT 1994 se considera relevante para analizar el término "necesario" bajo el Acuerdo OTC.

18. El artículo 2.2 del Acuerdo OTC establece que "los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo ...". En tal sentido, la propia norma incluye entre los objetivos legítimos "la protección de la salud o seguridad humana". Asimismo, el Grupo Especial en el caso "*US - Clove Cigarettes*";: "... considered it to be self-evident that the objective of reducing youth smoking is a "legitimate" one".<sup>9</sup>

19. A fin de realizar un análisis para determinar la incompatibilidad o no de una medida a la luz del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, la Argentina entiende que podría ser de utilidad el seguimiento de las siguientes pautas, teniendo en cuenta que el artículo se puede dividir en dos frases y la primera de ellas dispone 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*".

20. La segunda de ellas 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*".

21. En cuanto a los objetivos legítimos, este artículo realiza una enumeración no taxativa, entre los que expresamente menciona:

*"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 medioambiente. 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."*

22. Para analizar si una medida infringe las disposiciones del artículo 2.2 del Acuerdo OTC hay que tener en cuenta los siguientes puntos:

- a) Vínculo entre la 1ª y la 2ª frase: las disposiciones contenidas en la 1ª y la 2ª frase no se refieren a obligaciones diferentes, sino que a la misma. Al respecto, en el caso "*Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*", el GE afirmó que basta observar que la segunda frase comienza por las palabras "a tal fin", que establecen un vínculo directo entre las dos frases y dan a entender que la segunda explica el significado de la primera.<sup>10</sup>
- b) Tanto en el caso "*Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*"<sup>11</sup>, como en "*Estados Unidos - Atún II*", el GE estableció un mecanismo de examen en dos pasos para analizar el cumplimiento de los Reglamentos técnicos objeto de una reclamación respecto de las disposiciones del artículo 2.2. En virtud de ello, para considerar que un

<sup>7</sup> P.C.E. Australia, párrafo 511.

<sup>8</sup> *Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor*, Informe del Grupo Especial párrafos 7.353-7.368.

<sup>9</sup> *Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor*, Informe del G.E. párrafo 7.347.

<sup>10</sup> Documento WT/DS406/R nota al pie 618.

<sup>11</sup> Documento WT/DS406/R.

Reglamento técnico está en conformidad con las disposiciones de este artículo, se debe:

- i) verificar que dicho Reglamento persigue o cumple un objetivo legítimo;
  - ii) si este fuese el caso, determinar si las disposiciones del Reglamento restringen el comercio más de lo necesario para cumplir con dicho objetivo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.
- c) La idea de "necesidad" se refleja tanto en la primera como en la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2, por medio de la referencia a "obstáculos innecesarios al comercio internacional" en la primera frase, y a "no restringir [] el comercio más de lo necesario", en la segunda. Como el OA observó en *Estados Unidos - Atún II (México)*, la evaluación de la "necesidad", en el contexto del artículo 2.2, entraña un "análisis de la relación" entre los siguientes factores:
- i) grado en que el reglamento técnico restringe el comercio;
  - ii) grado en que contribuye al logro de un objetivo legítimo;
  - 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 su medida.

23. En un caso particular, la determinación de lo que un Grupo Especial considera "necesario" se basará en la consideración de todos esos factores.

24. Con arreglo a sus términos, el artículo 2.2 del Acuerdo OTC exige una evaluación de la necesidad del grado de restricción del comercio de la medida en litigio. A este respecto, en *Estados Unidos - Atún II (México)* el OA determinó que "restr[ic]tivo [del] comercio" significa "que tiene un efecto limitador en el comercio". Además, constató que la referencia a "obstáculos innecesarios" en artículo 2.2 implica que está permitido "cierto" grado de restricción del comercio y, asimismo, que lo que de hecho está prohibido son 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".

25. En el caso *Estados Unidos - Atún*, el GE afirmó que correspondía a México, en su calidad de reclamante, la carga de demostrar que se cumplen las condiciones para llegar a la conclusión de que hay infracción del artículo 2.2 del Acuerdo OTC.<sup>12</sup>

26. En el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*, el OA constató que la expresión "alcanzar" se refiere al grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo.<sup>13</sup> Para ello, tomó como fundamento la letra del sexto considerando<sup>14</sup> del preámbulo del Acuerdo OTC, que dispone que, con sujeción a determinadas limitaciones, no debe impedirse a un Miembro que adopte las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos legítimos "a los niveles que considere apropiados".

27. La Argentina coincide en que el objetivo de proteger la salud pública es legítimo *per se* y también en que si bien el objetivo de reducir el atractivo de los productos no es por sí mismo legítimo, sí lo es en esta controversia dado el carácter nocivo de los productos derivados del tabaco.

28. En cuanto al valor que debe otorgarse a las Directrices de la OMS, la Argentina coincide con lo expresado por el Grupo Especial en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* respecto de

<sup>12</sup> Documento WT/DS381/R.

<sup>13</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 315.

<sup>14</sup> El sexto considerando dispone 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 [.]*

"que las Directrices no son vinculantes para las partes"<sup>15</sup> así como "que las Directrices parciales de la OMS no son necesariamente de aplicación directa a las necesidades reglamentarias específicas de un país en particular".<sup>16</sup> Asimismo comparte que esas Directrices están "basadas 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 ...".<sup>17</sup>

29. Finalmente, con respecto las diferencias en la interpretación de la terminología "injustificable" contenida en el *chapeau* del artículo XX del GATT de 1994, por una parte, e "injustificablemente", contenido en el artículo 20 del ADPIC, teniendo en cuenta la diferente estructura normativa que presentan los artículos XX del GATT de 1994 y el artículo 20 del ADPIC, la Argentina desea señalar, en primer lugar, que entiende que cada uno de dichos artículos, así como la terminología que los componen, debería ser interpretado a la luz del Acuerdo en el cual está incluido.

30. En función de ello, la Argentina estima que la interpretación del concepto de "Impedimento injustificable" debe realizarse a la luz de las disposiciones del ADPIC y teniendo en cuenta los objetivos y fines de dicho Acuerdo conforme lo señalado por la Declaración de Doha sin extrapolar la aplicación del artículo XX del GATT.

---

<sup>15</sup> Estados Unidos - Medidas que afectan la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/R, párrafo 7.230.

<sup>16</sup> Estados Unidos - Medidas que afectan la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/R, párrafo 7.230.

<sup>17</sup> Estados Unidos - Medidas que afectan la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/R, párrafo 7.230.

## ANEXO C-2

### RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL BRASIL

#### I. El CMCT como tratado mundial de salud pública

1. El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT) se convirtió en el primer tratado mundial de salud pública y hoy es considerado el tratado más respaldado de la historia de la Naciones Unidas, con 180 Partes. En el CMCT se reconoce que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública. La ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad. Además, como el consumo de tabaco puede tener graves consecuencias económicas para los sistemas de salud, impone una carga más pesada a los países en desarrollo y menos adelantados. Por consiguiente, el CMCT exhorta a la más amplia cooperación internacional posible a fin de lograr una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral. El Brasil cree que la aplicación efectiva del CMCT representa un importante legado para las generaciones presentes y futuras. En ese sentido, se debe tener presente que el Convenio es ante todo un tratado basado en pruebas que reafirma el derecho de todas las personas a los más altos niveles de salud.

2. Desde su entrada en vigor, el CMCT ha proporcionado a los gobiernos importantes orientaciones y oportunidades de cooperación para intensificar sus políticas nacionales de control del tabaco. El párrafo 1 del artículo 2 del CMCT alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por sus disposiciones y protocolos, e incluso a imponer exigencias más estrictas que sean compatibles con el Convenio y conformes al derecho internacional. El Brasil también está convencido de que tiene gran importancia que los esfuerzos para controlar el tabaco se mantengan actualizados con respecto a cualesquiera cambios del mercado de tabaco y a las nuevas estrategias de control, así como que se basen constantemente en consideraciones científicas, técnicas y económicas actuales y pertinentes.

#### II. El párrafo 1 del artículo 2 del CMCT y las Directrices de la Conferencia de las Partes

3. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del CMCT, no solo se permite a las Partes que vayan más allá del Convenio en sus medidas de control del tabaco sino que se las alienta a hacerlo, especialmente cuando las medidas se interpretan en el contexto de otras disposiciones. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 5 del CMCT, titulado "Obligaciones generales", establece que "[c]ada 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". Además, la segunda parte del párrafo 1 del artículo 2 deja claro que "[...] nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas [...]". En el preámbulo del Convenio se considera necesario tanto "mantener la vigilancia ante cualquier intento de la industria del tabaco de socavar o desvirtuar las actividades de control del tabaco" como "promover medidas de control del tabaco basadas en consideraciones científicas, técnicas y económicas actuales y pertinentes".

4. El Brasil cree que las Directrices del CMCT deben tomarse en consideración como contexto pertinente, especialmente si se las debe considerar normas internacionales pertinentes en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En la diferencia *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, por ejemplo, el Grupo Especial se declaró claramente consciente 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" y consideró las Directrices del CMCT pertinentes para su opinión acerca de la existencia de "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". Compartió esa opinión el Órgano de Apelación, que reconoció también la importancia de los esfuerzos de los Miembros para controlar el tabaco en la Organización Mundial de la Salud y expresó la convicción de que no debe interpretarse que haya nada en los acuerdos abarcados que impida a los Miembros concebir y aplicar políticas de salud pública en general y políticas de control del tabaco en particular.

5. Al tiempo que el párrafo 1 del artículo 2 del CMCT exige que las medidas que vayan más allá del Convenio sean conformes al derecho internacional, que naturalmente comprende el derecho comercial internacional, los acuerdos abarcados de la OMC reconocen y respetan plenamente el derecho soberano de los Miembros a adoptar medidas de reglamentación en respuesta a intereses de salud pública legítimos.

### **III. La OMC reconoce el derecho de los Miembros a proteger la salud pública**

6. Como se reconoció en la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Doha en 2001, en las disposiciones de la OMC no hay nada que impida que sus Miembros adopten medidas para la protección de la salud y la vida de las personas a los niveles que consideren apropiados, siempre que esas medidas i) no se apliquen en forma que constituya 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) por lo demás sean conformes con las disposiciones de los Acuerdos de la OMC.

7. Concretamente, en lo referente a los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros de la OMC adoptaron en la Conferencia Ministerial de Doha la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, en la que acordaron que ese Acuerdo no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. Al mismo tiempo, se reafirmó el derecho de los Miembros de utilizar al máximo las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a ese efecto. Los Miembros de la OMC reconocieron que esas flexibilidades incluían, entre otros aspectos, la obligación de leer cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz del objeto y fin del Acuerdo (artículos 7 y 8), al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público. El Brasil está de acuerdo en que la protección de la salud de las personas tiene una importancia fundamental y en que los acuerdos abarcados en general y el Acuerdo sobre los ADPIC en particular otorgan a los Miembros un margen de políticas suficiente para perseguir ese objetivo. No obstante, el Brasil cree que, al intentar alcanzar sus objetivos en materia de políticas públicas, los Miembros deben tomar en consideración los derechos y obligaciones en el marco de la OMC y la necesidad de lograr el debido equilibrio entre ellos.

### **IV. Uso de una marca de fábrica o de comercio registrada en el curso de operaciones comerciales**

8. El hecho mismo de que las marcas de fábrica o de comercio estén protegidas en el marco de la OMC demuestra que esa propiedad intelectual es importante para el sistema multilateral de comercio, especialmente en lo relativo a la competencia equitativa y el acceso a los mercados. Como se pone de relieve en el escrito *amicus curiae* de la Confederación Nacional de Industria (CNI) del Brasil, las marcas de fábrica o de comercio son activos importantes para las empresas que tienen planes a largo plazo de crecer a nivel mundial. Asimismo, la Asociación Brasileña de Propiedad Intelectual (ABPI) recordó que se realizan inversiones considerables para la creación, el desarrollo y la protección de marcas de fábrica o de comercio, que son consideradas esenciales para el éxito de las operaciones comerciales, en el país y en el extranjero.

9. Aunque el uso de una marca de fábrica o de comercio registrada en el curso de operaciones comerciales no es automático después del registro (porque antes puede haber que cumplir varios requisitos del Gobierno), el Brasil entiende que el registro de una marca de fábrica o de comercio sí implica una expectativa de su uso muy legítima que no solo dará una expresión concreta a la protección otorgada a las marcas de fábrica o de comercio con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC sino que también garantizará que puedan cumplir su función socioeconómica. Como afirmó el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, puede interpretarse que la función de las marcas de fábrica o de comercio descritas en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC es distinguir los bienes y servicios de las empresas en el curso de operaciones comerciales. Por consiguiente, cada titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un interés legítimo en preservar el carácter distintivo, o la capacidad de distinguir, de su marca, de manera que pueda desempeñar esa función. Si la función de una marca, es distinguir bienes y servicios, esa función solo se puede cumplir si: i) se impide que terceros utilicen signos idénticos/similares para bienes o servicios idénticos/similares cuando ese uso tendría como resultado una probabilidad de confusión y ii) la marca de fábrica o de comercio se usa realmente en el curso de operaciones comerciales. Por consiguiente, el Acuerdo sobre los ADPIC concede expresamente a los titulares de marcas de fábrica o de comercio



registradas derechos exclusivos en relación con la primera condición (párrafo 1 del artículo 16) y, en relación con la segunda condición, prohíbe a los Miembros que compliquen injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales (artículo 20). El Brasil sabe que en ningún lugar del Acuerdo sobre los ADPIC se encuentra una disposición según la cual "el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada tenga derecho a usarla en el curso de operaciones comerciales". Sin embargo, también parece evidente que el artículo 20 no solo reconoce la importancia del uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales para que la marca cumpla su función socioeconómica sino que también protege ese uso de exigencias especiales que, de lo contrario, lo complicarían injustificablemente.

**V. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC protege las marcas de fábrica o de comercio registradas contra el uso injustificablemente complicado con exigencias especiales**

10. El Brasil interpreta que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC establece una clara obligación de los Miembros de la OMC de no complicar injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales. Esa obligación tiene en cuenta la importancia del uso para que una marca de fábrica o de comercio cumpla su función socioeconómica pero, al mismo tiempo, si se lee junto con el párrafo 1 del artículo 8, no impide que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En ese sentido, si un Miembro de la OMC cree que otro Miembro ha adoptado una medida incompatible con la obligación prevista en el artículo 20, tendría que aducir pruebas en su favor, mientras que el demandado seguiría teniendo que demostrar lo contrario.

11. A juicio del Brasil, la expresión "exigencias especiales" que figura en el artículo 20 no queda limitada a las exigencias específicamente aplicables a marcas de fábrica o de comercio determinadas, de manera que cualquier exigencia horizontal se consideraría automáticamente injustificable y, por lo tanto, incompatible con esa disposición. El Brasil interpreta que la expresión "exigencias especiales" del artículo 20 puede hacer también referencia a exigencias aplicables a un grupo de marcas de fábrica o de comercio conexas y no solo a una marca de fábrica o de comercio dada. Por consiguiente, el hecho de que una medida en litigio sea horizontal no parece ser, por sí solo, prueba de que se ha infringido el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

12. El Brasil tampoco está convencido de que la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio quede fuera del ámbito de aplicación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Ese artículo proporciona una lista no exhaustiva de ejemplos de exigencias especiales (introducida por la expresión "como por ejemplo") que pueden representar una complicación del uso de marcas de fábrica o de comercio, y esa lista, por sí misma, no excluye la prohibición del uso del ámbito de aplicación del artículo. Según la definición del diccionario, el Brasil interpreta que "*encumbering the use*" (complicar el uso) sería equivalente a "*impeding the use*" (obstaculizar el uso), por lo que las prohibiciones parecen ser efectivamente una forma de complicación -probablemente la más radical si se compara con los ejemplos proporcionados en el artículo 20-. Por otra parte, si se considerara que la prohibición del uso no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 20, podría crearse en el Acuerdo sobre los ADPIC una laguna mediante la cual sería posible eludir la obligación de que no haya una complicación injustificable prohibiendo totalmente el uso de marcas de fábrica o de comercio.

**V.1 Interpretación de la expresión "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales"**

13. El Brasil no considera que el hecho de que un mercado de un producto determinado se considere "oscuro" (a saber, cuando los consumidores solo ven el producto después de la compra, es decir, cuando ha terminado la operación comercial) influya en el ámbito de aplicación del artículo 20. La expresión "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC se comprende mejor por oposición a otros usos de una marca que no presentan interés para la OMC, como el uso en membretes, material de promoción y publicidad o incluso de conformidad con contratos de patrocinio. Si se lee conjuntamente con el artículo 15, la expresión "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" parece limitar el alcance de la disposición a la situación en que las marcas de fábrica o de comercio se aplican a bienes o servicios a fin de distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de las demás. Por ello, el ámbito de

aplicación del artículo 20, especialmente en lo relativo a la expresión "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales", no depende de si los consumidores realmente entran en contacto directo con los productos y sus marcas de fábrica o de comercio ni de cuándo lo hacen.

## **V.2 La evaluación de si una complicación que plantea una medida en litigio es injustificable**

14. A juicio del Brasil, el término "injustificablemente" contenido en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC está asociado con la palabra "complicará" y no con la expresión "exigencias especiales". Por lo tanto, lo que parece ocupar un lugar central en el análisis de la compatibilidad con el artículo 20 no es tanto si una medida es injustificable como si la complicación que plantea para el uso de una marca de fábrica o de comercio es injustificable. Por consiguiente, el Brasil cree que, cuando se evalúa si una exigencia especial complica injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, puede no ser suficiente que se demuestre que no existe una conexión racional entre la medida en litigio y un determinado objetivo de política. En lugar de ello, los reclamantes tendrían que demostrar que la complicación planteada por la medida no es proporcionada a la importancia del objetivo perseguido. Análogamente, no bastaría que el demandado explicara las razones para adoptar una determinada exigencia: también tendría que aducir pruebas a fin de demostrar que hay un equilibrio entre la importancia del objetivo perseguido y la complicación que representa su medida. Por consiguiente, si se demuestra que la complicación que representa una exigencia especial es excesiva en relación con la importancia del objetivo perseguido, probablemente la medida tampoco sería justificable.

15. La palabra "injustificablemente" tiene el objeto de establecer un equilibrio equitativo entre la capacidad de un Miembro de reglamentar y su obligación de abstenerse de complicar la manera en que puede usarse una marca de fábrica o de comercio. Así pues, más que la evaluación de si el objetivo perseguido es legítimo y de si hay una conexión racional entre la medida en litigio y ese objetivo, la palabra "injustificablemente" parece agregar al criterio de análisis la pregunta de si la complicación que plantea la medida es proporcionada/equivalente a la importancia del objetivo perseguido.

## **VI. El Acuerdo OTC y los párrafos 2 y 5 del artículo 2**

16. 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 trata 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. 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. Ambos Acuerdos están contenidos en distintos anexos del Acuerdo de Marrakech y se refieren a obligaciones sustancialmente diferentes, y la incompatibilidad con las obligaciones previstas en uno de ellos no implica necesariamente una infracción del otro.

17. En cuanto al grado en que una medida contribuye a su objetivo declarado, el Brasil considera que debe determinarse según el diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida; las pruebas relativas a la aplicación de la medida deben tenerse en cuenta como un elemento de información objetivo. En las situaciones en que las medidas solo se han aplicado recientemente, el grupo especial puede desear incluir en su evaluación no solo pruebas de los efectos de la aplicación real de la medida sino también lo que la medida -a la luz de su diseño y su estructura- puede lograr en una perspectiva a más largo plazo. Dado el hecho de que las medidas adoptadas están integradas en una estrategia global que abarca otras medidas en ocasiones, el logro de sus objetivos declarados solo puede discernirse plenamente en la interacción de todos los elementos de la estrategia y a lo largo del tiempo.

18. El análisis de la medida debe comenzar con el párrafo 5 del artículo 2, tanto en lo que se refiere a la compatibilidad con una norma internacional pertinente como a la existencia de un objetivo legítimo. Este orden del análisis tiene sentido desde el punto de vista procesal porque, si

se cumplen y no se refutan las dos condiciones arriba mencionadas, surge una presunción de compatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2: la medida no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional. En cuanto a los objetivos, aunque puede haber otros objetivos legítimos en el marco del Acuerdo OTC, solo los que se mencionan expresamente en el párrafo 2 del artículo 2 darán lugar a una presunción refutable.

19. La segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 establece una presunción refutable de compatibilidad con el párrafo 2 de ese artículo para los reglamentos técnicos elaborados, adoptados o aplicados a fin de cumplir un objetivo legítimo y que están en conformidad con normas internacionales pertinentes. El Brasil entiende que la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 no tiene el carácter de una excepción sino de un derecho procesal condicionado. La consecuencia pertinente de esta conclusión es que la parte demandada solo está obligada a establecer *-prima facie-* que la medida impugnada está en conformidad con una norma internacional y cumple un objetivo legítimo: a continuación, se desplaza a la parte reclamante la carga de demostrar que la medida o bien no cumple esas dos condiciones o crea obstáculos innecesarios al comercio internacional. Confirma esta opinión la última frase del párrafo 5 del artículo 2. En ese sentido, el Brasil cree también que la jurisprudencia del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* acerca de la relación entre los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF puede ser pertinente para la interpretación de los párrafos 2 y 5 del artículo 2.

20. Deben cumplirse dos requisitos para que un reglamento técnico quede incluido en el ámbito de aplicación del párrafo 5 del artículo 2. En cuanto al primero, el reglamento técnico debe ser elaborado, adoptado o aplicado para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2. Por lo tanto, aunque puede haber otros objetivos legítimos de conformidad con el Acuerdo OTC, solo "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 medioambiente" pueden dar lugar a una presunción refutable respecto de medidas en el marco del párrafo 5 del artículo 2. Con respecto al segundo requisito, relacionado con el concepto de "instituciones internacionales con actividades de normalización", el Brasil desearía recordar que, contrariamente al Acuerdo MSF (párrafo 3 del Anexo A), el Acuerdo OTC no contiene una lista de instituciones internacionales con actividades de normalización que figure expresamente en su texto; por lo tanto, podría considerarse que el Acuerdo OTC da una mejor acogida a instituciones con actividades de normalización nuevas que el Acuerdo MSF. La jurisprudencia contenida en el informe *Estados Unidos - Atún II* puede ser útil para determinar si la entidad de que se trata es una institución internacional con actividades de normalización. En ese caso, el Órgano de Apelación entendió que deben poder formar parte de la institución las instituciones competentes de, por lo menos, todos los Miembros, que esta debe participar en las actividades de normalización y que debe ser reconocida como tal. Esos criterios deben abordarse, según el Órgano de Apelación, "de manera holística".

### **Conclusión**

21. No cabe duda de que el tabaco es un producto singular y de que los esfuerzos realizados en el marco del CMCT representan el compromiso mundial creciente de contrarrestar las consecuencias devastadoras del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco. Además, se reconoce que en los acuerdos abarcados de la OMC no hay nada que impida a los Miembros de la Organización adoptar medidas para la protección de la vida de las personas, incluidas medidas que puedan afectar a la propiedad intelectual. El Brasil cree que las interpretaciones y constataciones del Grupo Especial pueden y deben contribuir a establecer el debido equilibrio entre, por una parte, un margen de políticas en la aplicación por los gobiernos de medidas legítimas destinadas a proteger la salud pública y, por la otra, los derechos y obligaciones previstos en los Acuerdos de la OMC.

**ANEXO C-3****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL CANADÁ****I EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC****A. La función del artículo 7 y el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 4 de la Declaración de Doha sobre la Salud Pública en la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC**

1. El artículo 7 y el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 4 de la Declaración de Doha sobre la Salud Pública proporcionan la lente a través de la cual debe interpretarse el Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 4 de la Declaración de Doha sobre la Salud Pública desarrolla los principios y objetivos articulados en el artículo 7 y el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y comprende parte del contexto pertinente para su interpretación. La Declaración de Doha sobre la Salud Pública determina clara y expresamente la manera en que han de interpretarse las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Satisface el criterio establecido por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* como un "acuerdo ulterior entre las partes" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena.<sup>1</sup> Por lo tanto el Grupo Especial ha de tenerla en cuenta en la interpretación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.

**B. Párrafo 1 del artículo 2 y artículo 10bis del Convenio de París**

2. El Canadá recuerda que el primer párrafo del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC incorpora por referencia determinadas disposiciones del Convenio de París, incluido su artículo 10bis. El artículo 10bis del Convenio de París consta de dos componentes: una obligación y una definición. El primer párrafo establece la obligación de asegurar a los nacionales de los demás países de la Unión de París una protección eficaz contra la competencia desleal. Los párrafos segundo y tercero contienen la definición de "competencia desleal" y una lista ilustrativa de los actos, aseveraciones e indicaciones que están expresamente prohibidos.

3. El sentido corriente de los términos en el contexto del artículo 10bis indica que la expresión "acto de competencia" se refiere únicamente al comportamiento comercial de los agentes que compiten en el mercado. Cuando un Miembro *regula* el mercado o a sus agentes privados mediante sus medidas, esas medidas no constituyen "actos de competencia" y quedan excluidas del ámbito de la definición de "competencia desleal" en el artículo 10bis.

**C. Párrafo 4 del artículo 15**

4. Los reclamantes confunden dos conceptos que son distintos con arreglo a la sección 2 del Acuerdo sobre los ADPIC: 1) el registro y 2) los derechos conferidos por el registro. El párrafo 4 del artículo 15 únicamente obliga a los Miembros a asegurarse de que la "naturaleza del producto" no sea obstáculo para el *registro* de la marca de fábrica o de comercio. El párrafo 4 del artículo 15 no se ocupa de la protección conferida por el registro de la marca ni establece un derecho de usar una marca registrada. Además, contrariamente a lo que afirman los reclamantes, 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 de usar un signo si ese signo tiene posibilidades de convertirse en una marca de fábrica o comercio, lo cual *no* es un derecho protegido en el Acuerdo sobre los ADPIC. La constatación de que existe un derecho de usar un signo o una marca de fábrica o de comercio de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC limitaría de hecho la capacidad de los Miembros de adoptar medidas legítimas para proteger la salud pública. 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. Los artículos del Acuerdo sobre los ADPIC de que se trata, incluido el

<sup>1</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 262.

párrafo 4 del artículo 15, deben interpretarse de manera que respalde el derecho de los Miembros a proteger la salud pública.

#### **D. Párrafos 1 y 3 del artículo 16**

5. El único derecho conferido al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16 se expone en la primera frase de ese párrafo. Como confirmó un Grupo Especial anterior, ese derecho consiste *únicamente* en el derecho del titular de la marca de impedir que los *terceros* la utilicen sin autorización cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.<sup>2</sup> Contrariamente a lo que argumentan los reclamantes, los Miembros de la OMC no están obligados por el párrafo 1 del artículo 16 ni por ninguna otra disposición del Acuerdo sobre los ADPIC a preservar o reforzar la marca o la capacidad del titular de demostrar con éxito que existe "probabilidad de confusión". El argumento de los reclamantes al amparo del párrafo 3 del artículo 16 tiene como base la alegación de un derecho de usar una marca a fin de adquirir o mantener la condición de marca "notoriamente conocida". 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. La interpretación que hacen los reclamantes de los párrafos 1 y 3 del artículo 16 no está respaldada por el texto, la historia de la negociación, la jurisprudencia, el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC ni el párrafo 4 de la Declaración de Doha sobre la Salud Pública y debe rechazarse.

#### **E. Artículo 20**

6. El artículo 20 contiene disciplinas sobre determinados requisitos que los Miembros pueden imponer en relación con *la manera* en que se usa una marca de fábrica o de comercio. Si un grupo especial constata que la medida constituye una "exigencia especial" que "complica" el "uso" de una marca "en el curso de operaciones comerciales", debe determinar a continuación si la medida es "injustificable". Si el grupo especial efectúa una constatación positiva, la medida infringe el artículo 20.

7. En lo relativo a la asignación de la carga probatoria de demostrar que una medida es "injustificable", el Canadá no está de acuerdo con los reclamantes en que se desplaza al Miembro demandado la carga de demostrar que la medida es "justificable". La palabra "injustificablemente" que figura en el texto no crea una excepción sino que alude, más bien, a un componente de la obligación positiva. Por lo tanto, los reclamantes deben demostrar, como parte de su acreditación *prima facie*, que la medida australiana es "injustificable".

8. Es esencial que el criterio establecido para determinar si una exigencia especial es "injustificable" salvaguarde la integridad de la obligación prevista en el artículo 20 y, al mismo tiempo, garantice flexibilidad reglamentaria para proteger la salud pública. 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 sobre la Salud Pública, el Canadá propone que los elementos que han de examinarse para determinar si una exigencia es "injustificable" de conformidad con el artículo 20 sean los siguientes: 1) si el objetivo de la exigencia es legítimo. Este elemento implica la identificación del objetivo de la exigencia y la determinación de si es "legítimo"; 2) si hay una conexión racional entre la exigencia y el objetivo legítimo; 3) si la exigencia contribuye al objetivo; y 4) el grado en que la exigencia complica la manera en que puede usarse una marca. En último término, la determinación de si la medida en litigio es "injustificable" debe efectuarse caso por caso teniendo en cuenta todos los hechos pertinentes y sopesando y confrontando esos elementos.

## **II. EL ACUERDO OTC - PÁRRAFOS 2 Y 5 DEL ARTÍCULO 2**

9. En respuesta a los argumentos de las partes sobre la aplicabilidad del Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC, el Canadá considera que esos acuerdos no se excluyen mutuamente: ambos pueden aplicarse a la misma medida, incluida una medida que se ocupa de propiedad intelectual.

---

<sup>2</sup> Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, nota 558.

10. Con respecto al párrafo 2 del artículo 2, el Canadá considera que las constataciones del Órgano de Apelación sobre la evaluación de la contribución de una medida a su objetivo en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21)* y *Brasil - Neumáticos recauchutados* son especialmente pertinentes en este asunto. En particular, que el objetivo de la medida, sus características y la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles influirán en si el grado de contribución de la medida puede evaluarse en términos cuantitativos o cualitativos así como en el grado de precisión de ese análisis.<sup>3</sup> Además de que un grupo especial puede basarse en un análisis cualitativo al evaluar la contribución de una medida a la realización del objetivo perseguido por ella<sup>4</sup> y cuando se ocupa de medidas que forman parte de una estrategia global para abordar una cuestión de política pública, la contribución que cualquier medida alternativa propuesta haría al logro del objetivo debe considerarse a la luz de cualquier reducción de la eficacia de las demás medidas incluidas en la estrategia a que podría dar lugar la sustitución de la medida impugnada.<sup>5</sup>

11. Además, lo pertinente para identificar la contribución de la medida en litigio es el grado *global* de contribución de la medida al objetivo, más que los aspectos de la contribución considerados de forma aislada; ello es así incluso en el caso de que una medida utilice diversos métodos o técnicas que hagan conjuntamente o por separado una contribución al logro del objetivo.<sup>6</sup> Por otra parte, un grupo especial puede llegar a la conclusión de que una medida alternativa que, de lo contrario, podría haberse constatado que hace un grado de contribución equivalente al logro no lo hace porque, por ejemplo, el objetivo es de importancia vital, la naturaleza de los riesgos afecta a la salud humana o las consecuencias de que no se alcance el objetivo son graves.<sup>7</sup>

12. La constatación por el Grupo Especial de que las Directrices del CMCT<sup>8</sup> son "normas internacionales pertinentes" a efectos del párrafo 5 del artículo 2 y de que las medidas australianas están "en conformidad" con esas normas establecería una presunción refutable de que las medidas no son obstáculos innecesarios al comercio. La norma de la prueba que el Grupo Especial exigiría a los reclamantes para demostrar que las medidas australianas infringen el párrafo 2 del artículo 2 debe ser más exigente que la que se requiere para hacer una acreditación *prima facie*, ya que debe reflejar tal constatación de una presunción refutable.

### III. EL GATT DE 1994 - ARTÍCULO IX

13. A efectos del párrafo 4 del artículo IX, una "marca de origen" no es una marca de fábrica o de comercio ni una indicación geográfica, sino que es una marca indicadora del país de origen, como "producto del Canadá" o "hecho en el Canadá". En el párrafo 4 del artículo IX se estipula que en lo que concierne a la fijación de marcas en los productos importados, debe ser posible ajustarse a las leyes y reglamentos de un Miembro sin, entre otras cosas, reducir sustancialmente el valor de dichos productos. La expresión "sea posible ajustarse" del párrafo 4 del artículo IX ilustra el objetivo de la disposición, que es someter a disciplinas *la manera* en que el ajuste a una prescripción relativa a la fijación de marcas puede establecerse. La disposición sirve únicamente para limitar las leyes y reglamentos de un Miembro sobre prescripciones relativas a la fijación de marcas desde el punto de vista de *la manera en que el ajuste* a esas prescripciones puede prescribirse.

---

<sup>3</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.211.

<sup>4</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 146 y 151-153; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.209.

<sup>5</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172.

<sup>6</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.255.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párrafo 5.254.

<sup>8</sup> Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco: Directrices para la aplicación (Edición de 2013) (Prueba documental AUS-109).

**ANEXO C-4****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE CHINA****I. INTRODUCCIÓN**

1. China presenta en primer lugar su opinión general de que los Miembros de la OMC tienen derecho a adoptar medidas apropiadas para la protección de la salud pública. A continuación, China formula observaciones sobre las alegaciones de los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC y las alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

**II. LOS MIEMBROS DE LA OMC PUEDEN ADOPTAR MEDIDAS APROPIADAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA**

2. Las presentes diferencias plantean la cuestión general de si los Miembros de la OMC pueden adoptar medidas de salud pública de conformidad con los Acuerdos de la OMC y, en caso afirmativo, en qué grado. Aunque los intereses comerciales son las principales preocupaciones en el marco del sistema de la OMC, que es un sistema multilateral de comercio, los Acuerdos de la OMC reconocen valores e intereses sociales, como la protección de la salud pública, que es "vital y de la máxima importancia"<sup>1</sup>, y dan cabida a esos valores e intereses. Los Miembros de la OMC tienen derecho a adoptar medidas de salud pública apropiadas. Sin embargo, no poseen facultades discrecionales ilimitadas para adoptar medidas de salud pública, sino que deben asegurarse de que las medidas que adopten no sean incompatibles con la OMC.

3. En cuanto a las medidas de empaquetado genérico del tabaco (medida de empaquetado genérico) en litigio, China comparte la opinión de Australia de que el consumo de tabaco es gravemente perjudicial para la vida y la salud de las personas y señala que los reclamantes no lo cuestionan. De hecho, el gobierno chino ha elaborado y aplicado diversas medidas eficaces para controlar el uso de tabaco. China señala también que el alcance de las medidas que se impugnan en las presentes diferencias es limitado. Australia aplica una amplia gama de medidas de control del tabaco. Los reclamantes no impugnan en estas diferencias medidas distintas de la medida de empaquetado genérico. Además, determinadas alegaciones están dirigidas únicamente contra aspectos limitados de la medida de empaquetado genérico. Por ejemplo, las alegaciones formuladas al amparo de los párrafos 1 y 3 del artículo 16 y el artículo 20 parecen referirse únicamente a las "prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio" del empaquetado genérico y no a las "prescripciones relativas a la forma" del empaquetado genérico.

**III. OBSERVACIONES SOBRE DETERMINADAS ALEGACIONES FORMULADAS AL AMPARO DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC****A. Alegaciones formuladas al amparo del párrafo 1 del artículo 16**

4. El Grupo Especial ha de considerar si el titular de una marca de fábrica o de comercio tiene derecho a utilizar su propia marca o tiene interés en hacerlo y si su propio uso de la marca es una condición necesaria para que ejerza eficazmente el derecho de impedir el uso no autorizado por terceros conferido por el párrafo 1 del artículo 16.

5. El Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* declaró que 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", incluido su interés en *usar* su propia marca en relación con los bienes y servicios pertinentes.<sup>2</sup> Esta declaración parece confirmar que el carácter intrínseco de una marca de fábrica o de comercio exige que esta se use en el curso

<sup>1</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 172.

<sup>2</sup> Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664.

de operaciones comerciales, ya se trate de un derecho de uso o de una oportunidad mínima de uso. El artículo 20 también respalda esta interpretación. Implica que el titular de una marca de fábrica o de comercio tiene el derecho de usar la marca en el curso de operaciones comerciales o un interés legítimo en hacerlo; de lo contrario, los Miembros de la OMC podrían adoptar todas las medidas que desearan para complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio.

6. China señala además que, en los casos en que un tercero utiliza signos *similares* para bienes o servicios idénticos o similares, corresponde al titular de la marca de fábrica o de comercio la carga de demostrar que ese uso del tercero da lugar a probabilidad de confusión. En tanto en cuanto la prohibición o la restricción estricta del uso de una marca de fábrica o de comercio reduce o elimina necesariamente el carácter distintivo de esa marca y, de ese modo, impide que el titular de esta demuestre la existencia de probabilidad de confusión, esas medidas podrían considerarse incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16.

#### **B. Alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 del artículo 16**

7. Dados los argumentos formulados por las partes, se prevé que el Grupo Especial considere si la cobertura del 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 si el uso es una condición necesaria para adquirir y mantener la condición de marca notoriamente conocida.

8. China señala que el párrafo 3 del artículo 16 proporciona protección adicional a las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas *existentes* y que esa protección no se aplica a las marcas de fábrica o de comercio que puedan llegar a ser notoriamente conocidas en el futuro ni a las que fueron notoriamente conocidas anteriormente. No obstante, el Grupo Especial puede desear examinar si es apropiado separar totalmente la cuestión de la protección adicional de las marcas notoriamente conocidas y la cuestión de la adquisición y el mantenimiento de la condición de marca notoriamente conocida. Por poner un ejemplo extremo, si un Miembro establece un criterio tan sumamente elevado que no pueda calificarse de marca notoriamente conocida ninguna marca de fábrica o de comercio, la protección adicional conferida a las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas no tendría sentido.

9. En cuanto a la segunda cuestión, parece que el uso es una manera importante, si no indispensable, de adquirir o mantener la condición de marca notoriamente conocida. Como dispone el párrafo 2 del artículo 16, "[a]l 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". Y se reconoce ampliamente que la duración, el alcance y la zona geográfica de cualquier uso de la marca son indicadores muy pertinentes en cuanto a la determinación de si una marca es o no notoriamente conocida en el sector pertinente del público. Por lo tanto, el Grupo Especial debe considerar si la medida de empaquetado genérico, al prohibir o restringir estrictamente el uso de las marcas de fábrica o de comercio de tabaco, tiene necesariamente como resultado que las marcas de tabaco no puedan adquirir o mantener la condición de marcas notoriamente conocidas y se les niegue, por lo tanto, la protección conferida de conformidad con el párrafo 3 del artículo 16.

#### **C. Alegaciones formuladas al amparo del artículo 20**

10. Para que se constate que una medida infringe el artículo 20, debe establecerse que impone "exigencias especiales" que "complica[n]" "injustificablemente" "el uso de una marca de fábrica o de comercio" "en el curso de operaciones comerciales".

11. Las "exigencias especiales" abarcarían los requisitos obligatorios que: i) se apliquen a una clase de productos limitada; ii) se apliquen únicamente con una finalidad determinada; o iii) sean distintos de aquellos que se aplican generalmente o "habitualmente". En tanto en cuanto la medida de empaquetado genérico *prohíbe* el uso de determinados tipos de marcas de fábrica o de comercio, a saber, las marcas de fábrica o de comercio figurativas, en *los productos de tabaco y su empaquetado* y *exige* el uso del nombre comercial/marca denominativa de los *productos de tabaco* en una forma y con un tipo de letra normalizados, impone "exigencias especiales" incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 20.



12. En cuanto al significado de la expresión "en el curso de operaciones comerciales", Australia parece interpretarla en un sentido excesivamente limitado cuando indica que hace referencia únicamente al curso de una determinada transacción de compra y venta. La misma expresión se utiliza en el párrafo 1 del artículo 16 y el párrafo 8 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, así como en el párrafo 3 del artículo 10*bis* del Convenio de París, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC. Se acepta generalmente que la expresión significa "en actividades comerciales" o "en el comercio" en un sentido más amplio.

13. Dado lo que antecede, China considera que el centro del debate entre las partes sería si la medida de empaquetado genérico complica *injustificablemente* el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Señalando que el sentido de "injustificablemente" en el artículo 20 aún no ha sido explorado por anteriores grupos especiales y/o el Órgano de Apelación, China formula varias observaciones. En primer lugar, la prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio no es injustificable *per se*, como dan a entender algunos reclamantes. El artículo 20 dispone que el uso de una marca de fábrica o de comercio podría prohibirse, siempre que esa prohibición no sea injustificable. En segundo lugar, el criterio a que responde la palabra "injustificablemente" según el artículo 20 no es forzosamente el mismo que aquel a que responden la palabra "necesario" en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC o la palabra "necesarias" en el artículo XX del GATT de 1994. La jurisprudencia relativa a estas últimas no se puede trasladar sencillamente a la primera. En tercer lugar, el criterio subyacente no es simplemente una cuestión de la existencia o la inexistencia de una conexión racional entre la medida y los objetivos de política perseguidos, como parece dar a entender Australia, sino que exige una evaluación del *grado* de la conexión racional. Aunque una exigencia especial que no tenga una "conexión racional" con un objetivo legítimo es injustificable, ello no significa necesariamente que una exigencia especial sea justificable siempre que tenga *cualquier* grado de "conexión racional" con un objetivo legítimo. Esta observación procede en un principio del sentido corriente del término "injustificablemente", que, como las palabras "justo", "razonable" y "defendible", implica un cierto juicio discrecional. China toma nota de que la interpretación que hace Australia de la palabra "injustificablemente" del artículo 20 se basa esencialmente en la interpretación del término "injustificable" por el Órgano de Apelación en el contexto del artículo XX del GATT de 1994.<sup>3</sup> No obstante, los dos términos no tienen necesariamente el mismo sentido. Mientras el artículo XX del GATT de 1994 establece un criterio en dos niveles, el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC solo contiene un *único* criterio "injustificablemente/justificablemente", lo cual implica que ese criterio tendría que tener más funciones o establecer un umbral más elevado. Por otra parte, incluso los casos que identificó el Órgano de Apelación como "injustificables" en el sentido del artículo XX del GATT de 1994 no están limitados a aquellos en los que la medida en cuestión no tiene ninguna relación con el objetivo legítimo. Por ejemplo, una medida que es "informal [...]" y "casual [...]" y no es "transparente" y "previsible" se consideró "injustificable".<sup>4</sup>

14. Sobre la base de las observaciones arriba formuladas, China espera que el Grupo Especial sopesa y confronte, de manera *holística*, todos los factores pertinentes, incluidos, aunque no exclusivamente: i) el objetivo de política y su importancia; ii) el grado de conexión racional o, en otros términos, el grado de contribución de la medida al objetivo de política, y iii) el grado de complicación impuesto por la medida. Dado que hay escasas discrepancias entre las partes con respecto a los factores i) y iii) arriba mencionados, se espera que el examen del Grupo Especial se concentre más en la contribución de las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio al objetivo de control del tabaco. Ambas partes han presentado amplias pruebas para ilustrar que la restricción de las marcas de fábrica o de comercio hace (o no hace) y puede (o no puede) hacer una contribución a ese objetivo. Se espera que el Grupo Especial evalúe objetivamente esta cuestión de hecho y, cuando sea necesario, haga uso del derecho a recabar información que le confiere el artículo 13 del ESD, incluso consultando a expertos a fin de obtener opiniones sobre las cuestiones fácticas relativas a materias científicas o técnicas.

#### **D. Alegaciones formuladas al amparo del párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 2 b) del artículo 22**

15. A juicio de China, el objeto de debate clave es la definición de "competencia desleal" en las disposiciones pertinentes, es decir, si esta debe ser resultado de los actos de los agentes que intervienen en el mercado o si debe abarcar también las medidas de reglamentación del Gobierno.

<sup>3</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 366-369.

<sup>4</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 180 y 181.

16. La medida de empaquetado genérico no parece ser un acto de competencia desleal en el sentido del artículo 10*bis* del Convenio de París. En primer lugar, el "acto de competencia" se define en el párrafo 2 del artículo 10*bis* como todo acto "contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". Parece difícil calificar los actos que realizan los competidores para cumplir los requisitos legales como actos "contrarios a los usos honestos". En segundo lugar, el párrafo 3 del artículo 10*bis* dispone que "deberán prohibirse" tres categorías de actos. La medida de empaquetado genérico no está incluida en el ámbito de las categorías segunda o tercera, es decir las aseveraciones falsas y las indicaciones o aseveraciones que pudieran inducir a error, y tampoco está incluida en el ámbito de la primera categoría, que hace claramente referencia a los actos de "un competidor".

17. Como otra posibilidad, si el Grupo Especial interpretara que la expresión "competencia desleal" abarca las medidas de reglamentación del Gobierno y/o sus efectos en el mercado, tiene que evaluar cuidadosamente los hechos detallados de la diferencia, incluida una gama de mecanismos jurídicos disponibles en Australia, a fin de determinar si la medida de empaquetado genérico obliga 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 la medida de empaquetado genérico.

#### **E. Alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 del artículo 24**

18. El párrafo 3 del artículo 24 es una disposición de *statu quo* que dispone que un Miembro, además de cumplir las normas mínimas establecidas por las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, mantendrá el nivel de protección de las indicaciones geográficas que existía en ese Miembro antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Por consiguiente, trata de la protección preexistente de las indicaciones geográficas en ese Miembro. Si se da por supuesto que la protección de las indicaciones geográficas de conformidad con la sección 3 de la parte II del Acuerdo sobre los ADPIC se refiere únicamente a derechos negativos, es decir, derechos a impedir el uso ilegal de indicaciones geográficas por terceros, no se desprende necesariamente de ello que la protección preexistente de las indicaciones geográficas en un Miembro esté limitada a derechos negativos. En la medida en que la protección preexistente en un Miembro abarca el derecho de usar indicaciones geográficas, no se permite al Miembro reducir la protección prohibiendo el uso de indicaciones geográficas. En cualquier caso, los reclamantes deben acreditar *prima facie* que, antes de enero de 1995, la legislación australiana permitía a los titulares de indicaciones geográficas que *usaran* las indicaciones geográficas establecidas en sus productos y/o que *usaran* una indicación denominativa o no denominativa en sus productos a fin de crear indicaciones geográficas.

#### **IV. OBSERVACIONES SOBRE LAS ALEGACIONES FORMULADAS AL AMPARO DEL ACUERDO OTC**

19. A fin de establecer la existencia de una infracción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un reclamante debe demostrar en primer lugar que la medida impugnada constituye un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. China señala que no se cuestiona que las "prescripciones relativas a la forma" impuestas por la medida de empaquetado genérico son reglamentos técnicos. A juicio de China, las "prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio" también están incluidas en el ámbito de la definición de reglamento técnico aclarada por el Órgano de Apelación en casos anteriores como el asunto *CE - Amianto*, el asunto *CE - Sardinias* y el asunto *CE - Productos derivados de las focas*. Esas prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio están sujetas *no solo* a las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC sino también a las disposiciones del Acuerdo OTC, incluido el párrafo 2 de su artículo 2.

20. El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC establece un criterio de compatibilidad en tres niveles: i) si la medida "restring[e] el comercio"; ii) si la medida alcanza un objetivo legítimo; y iii) si la medida "no restring[e] el comercio más de lo necesario" para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.

21. En lo relativo al primer elemento, lo que debe evaluarse es si la medida tiene un efecto limitativo del comercio, es decir, de la importación de productos de tabaco en las actuales diferencias, y no si da lugar a discriminación entre el trato de los productos importados y los productos nacionales. Al igual que el término "restricciones" que figura en el artículo XI del GATT

de 1994, la restricción del comercio tiene una amplia cobertura. Además, "no es necesario demostrar" el efecto limitativo de las restricciones "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".<sup>5</sup>

22. En cuanto al segundo elemento, se espera que el Grupo Especial evalúe objetivamente la cuestión fáctica de si las medidas de empaquetado genérico hacen una contribución al objetivo de control del tabaco y en qué grado la hacen. El Órgano de Apelación ha señalado que el grado de contribución se puede inferir del *diseño, la estructura y el funcionamiento* de la medida, así como de pruebas relativas a la *aplicación* de la medida.<sup>6</sup> Las pruebas relativas al período posterior a la aplicación no son las *únicas* pruebas que permiten establecer la existencia de la contribución y podrían no proporcionar una orientación decisiva tampoco.

23. En lo relativo al tercer elemento, en la mayoría de las ocasiones, "debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas".<sup>7</sup> En el contexto de ese "análisis comparativo", puede ser pertinente considerar, en particular: i) si la medida alternativa propuesta restringe menos el comercio; ii) si haría una contribución equivalente al objetivo legítimo pertinente, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo; y iii) si está razonablemente disponible.<sup>8</sup> Una cuestión que puede tener que abordar el Grupo Especial es el sentido de las palabras "los riesgos que crearía no alcanzarlo". China considera que el hecho de que un objetivo legítimo sea de gran importancia no conduce, por sí solo, a la conclusión de que "los riesgos que crearía no alcanzarlo" son graves. Un grupo especial debe evaluar la importancia del objetivo legítimo junto con las medidas que se aplican, o las medidas propuestas por los reclamantes, para alcanzar ese objetivo. En caso de que una medida impugnada no contribuya al objetivo o de que una alternativa razonablemente disponible pueda hacer una mayor contribución al objetivo, "los riesgos que crearía no alcanzarlo" no son graves.

---

<sup>5</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas sobre la importación*, párrafo 5.217.

<sup>6</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 317.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párrafo 322.

<sup>8</sup> *Ibid.*, párrafo 322.

**ANEXO C-5****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA****I. ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

1. El término "injustificablemente" del artículo 20 aún no ha sido aclarado por grupos especiales ni por el Órgano de Apelación. La opinión de la UE es que, tal como está redactado, el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC proporciona un instrumento de interpretación flexible, que deja abierto el grado de justificación o deferencia que puede ser apropiado en casos determinados, lo mismo que queda abierto el grado de deferencia de conformidad con el artículo XX del GATT de 1994, en el sentido de que ese grado depende del apartado específico de esa disposición que se aplica y, por consiguiente, del nexo que se requiere entre la medida y el objetivo legítimo. Qué grado de deferencia es apropiado en un caso determinado depende de las consideraciones adicionales relacionadas con el contexto descritas a continuación.

2. La medida en que la jurisprudencia sobre la cuestión de la "discriminación injustificable" a que se hace referencia en el artículo XX puede informar una interpretación del término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC tiene límites. No obstante, la Unión Europea considera que puede obtenerse cierta orientación sobre el sentido de la palabra "injustificable" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC de anteriores aclaraciones por el OSD de la expresión "discriminación injustificable" que figura en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

3. En relación con los distintos criterios que han examinado las partes, consideramos que su naturaleza es la misma o muy similar, con la diferencia fundamental de que el grado de justificación o, más exactamente, de deferencia es distinto. Si se interpreta debidamente, la estructura en cinco niveles del criterio es solo un instrumento heurístico que permite una racionalización. Que se utilice o no como un instrumento para intensificar el control judicial de los actos de los Miembros de la OMC no está determinado por la estructura del criterio sino por el grado de moderación judicial que se ejerce al aplicarlo. En este sentido, más importante que la estructura del criterio es la cuestión del grado de deferencia que es apropiado con respecto al Miembro de la OMC al examinar una medida adoptada de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

4. A nuestro juicio, el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC proporciona un instrumento de interpretación flexible, que deja abierto el grado de justificación o deferencia que puede ser apropiado en casos determinados, lo mismo que queda abierto el grado de deferencia de conformidad con el artículo XX del GATT de 1994, en el sentido de que ese grado depende del apartado específico de esa disposición que se aplica. El concepto de "justificable" es amplio, en el sentido de que es suficientemente amplio para abarcar los diversos tipos de justificación, con sus diversos tipos de nexo, que figuran en el artículo XX del GATT de 1994. No decimos que ello implique necesariamente un criterio menos riguroso o una mayor deferencia que en el marco del artículo XX.

5. Aunque el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC proporciona un instrumento de interpretación flexible, que puede abarcar toda la gama de posibles justificaciones, la Unión Europea quisiera señalar 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 ser informada por el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, como contexto. Esto significa que, en la medida en que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es aplicable, esa complicación no sería justificable si, al mismo tiempo, es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En ese caso, ello no daría lugar a ningún conflicto ni a ninguna cuestión de cómo tendría que resolverse tal conflicto.

6. La disposición debe interpretarse también a la luz de los objetivos y principios del Acuerdo sobre los ADPIC. 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 de salud pública. Nos hemos remitido a los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre

los ADPIC para respaldar nuestra opinión. Esas disposiciones son importantes para la interpretación de otras disposiciones del Acuerdo, como cuando los Miembros adoptan medidas para alcanzar objetivos de salud. Esas disposiciones son un contexto pertinente y aclaran el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. La Unión Europea recuerda también la importancia de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública.

7. No estamos de acuerdo con los reclamantes en que la medida en litigio puede describirse razonablemente como "la máxima complicación". Puede ser una complicación grave pero no creemos que sea la más grave, dado que el paquete aún puede contener el nombre de la marca y la variante. Además, nos parece que una prohibición general del uso no tendría en los titulares de los derechos efectos mayores que el uso obligatorio contrario a los deseos del titular de la marca, aunque es esta una cuestión que podría tener que considerarse habida cuenta de las pautas fácticas de los casos determinados. No obstante, sí creemos que es una complicación que habrá de justificarse de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

8. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, considerado en su conjunto, no es una excepción a una infracción. Se puede interpretar que el elemento "injustificablemente" es un término restrictivo que limita el alcance de la obligación que se impone.

9. En cuanto a la asignación de la carga de la prueba, dividir la obligación contenida en el artículo 20 parece artificial en la medida en que se trata de la obligación de que "[n]o se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales". Corresponde pues al reclamante hacer una acreditación *prima facie* a ese respecto.

## II. ACUERDO OTC

### A. *Reglamento técnico*

10. La Unión Europea considera que el hecho de que la prescripción relativa a la terminología, el símbolo, el empaquetado, el marcado o el etiquetado se aplique también a una marca de fábrica o de comercio o una indicación geográfica no hace, sin más, que el documento quede fuera del ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC se aplican de manera concurrente. El concepto de *lex specialis* es un instrumento analítico útil pero no debe utilizarse de manera mecánica. Al preguntarse cuál de los dos acuerdos, o de las disposiciones específicas que contienen, debe considerarse más específico, el Grupo Especial puede desear examinar 1) el diseño y la arquitectura globales del Acuerdo sobre la OMC, 2) cuál podría ser una medición apropiada de la especificidad y 3) la eficiencia procesal con que podría resolverse la diferencia.

11. En cuanto al orden del análisis, la Unión Europea considera que el Grupo Especial tiene facultades discrecionales y que permanecería dentro de los límites de esas facultades si decidiera ocuparse en primer lugar de las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo OTC y posteriormente de las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC. Después de realizar un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial puede encontrarse en buena situación para tratar las alegaciones y los argumentos de las partes al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Al hacerlo, puede considerar conveniente remitirse a partes anteriores de su análisis (como, por ejemplo, cuál es el objetivo de la medida y si ese objetivo es o no legítimo) y puede constatar también que no debe resolver necesariamente todos los aspectos de las discrepancias entre las partes acerca del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

### B. *Párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

12. El Grupo Especial debe hacer una evaluación objetiva de esta cuestión, sobre la base de un análisis amplio de la naturaleza, el contenido y los objetivos de las Directrices. El Grupo Especial debe considerar si las Directrices son o no "normas internacionales pertinentes", teniendo en cuenta la definición de la palabra "norma" en el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial debe tener también en cuenta la Decisión del Comité OTC relativa a los principios para la elaboración de normas internacionales.

13. Consideramos que las Directrices vienen al caso, con independencia de si son o no "normas internacionales pertinentes" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Esto se debe a que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC exige al Grupo Especial que tenga en cuenta los "riesgos que crearía no alcanzarlo". Dispone además 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.

14. Así pues, dado que el objetivo de la medida es una reducción de la prevalencia del tabaquismo, que no se alcanzara ese objetivo significaría que no se redujera la prevalencia del tabaquismo o que la reducción de la prevalencia fuera inferior a la que se pretende conseguir. Como explicó Australia, el "riesgo" que esto "crearía" es el riesgo de que la medida no hiciera ninguna contribución (o hiciera una contribución menor) al cambio de las actitudes con respecto al tabaco en Australia, es decir, que no hiciera ninguna contribución (o hiciera una contribución menor) a la lucha contra la normalidad del hábito de fumar. En la evaluación de ese riesgo, 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. Además, el análisis anterior confirma que el objetivo de salud pública legítimo puede definirse en este caso por referencia específica al tabaco y el tabaquismo. Esto significa que cualesquiera medidas alternativas propuestas deben abordar también esa cuestión específica, y no otras cuestiones de salud pública no relacionadas.

C. *Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

1. Restricción del comercio

15. Las expresiones "obstáculos [...] al comercio internacional", "restringirán el comercio" y "efecto [...] en el comercio" parecen utilizarse de manera intercambiable en las disposiciones pertinentes del Acuerdo OTC y hacen referencia a algo que tiene un efecto limitativo del comercio. La cuestión puede abordarse tanto desde el punto de vista de lo que realmente causa la medida (aunque las pruebas de esto, incluidas las estadísticas comerciales, no sean concluyentes) como de lo que podría causar. En el marco del ejercicio holístico de sopesar y confrontar, no debería ser necesario examinar si la restricción del comercio es o no importante, aunque los efectos excesivamente hipotéticos o remotos serían insuficientes. El aumento de los costos, incluso si lo absorben las empresas, daría por lo general lugar a restricción del comercio. La restricción del comercio no es lo mismo que el efecto en las oportunidades de competencia que se utiliza en la primera fase de un análisis de si hay o no discriminación *de facto*, ya que el primer concepto se refiere al "tamaño del pastel" y el segundo a la manera en que el pastel se reparte (entre todos los participantes en el mercado). Sería necesario examinar la cuestión de la restricción del comercio con respecto al comercio de todos los Miembros, porque una medida sumamente liberalizadora del comercio que discriminara entre dos Miembros no restringiría el comercio (aunque podría infringir las normas contra la discriminación injustificada).

16. Haciendo referencia al reciente informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, debe observarse que, en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, puede no ser siempre posible cuantificar un determinado factor o hacerlo con precisión.

17. Creemos que los efectos de la medida en el comercio deben medirse en su conjunto para todos los Miembros. No sería suficiente que un reclamante demostrara que su volumen ha disminuido (si hubiera aumentado el volumen de otro u otros reclamantes). Por consiguiente, no estamos convencidos de que el cambio a productos de menor precio, 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.

18. Nos 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.

## 2. Los objetivos legítimos de la medida en litigio

19. La Unión Europea considera que el objetivo global de mejorar la salud pública reduciendo a lo largo del tiempo la prevalencia del tabaquismo es un objetivo legítimo. En cambio, el objetivo de reducir el atractivo de los productos *en general* no es legítimo *per se*. Sin embargo, el objetivo de reducir el atractivo de los productos de *tabaco* es legítimo, como se refleja en las Directrices del CMCT (a las que, como ya hemos indicado, debe concederse una importancia apropiada en la evaluación global) *porque* los productos de tabaco son perjudiciales para la salud pública, y proteger la salud pública es legítimo *per se*.

## 3. La contribución de la medida en litigio al logro de los objetivos legítimos

20. En el contexto del artículo XX del GATT de 1994, puede demostrarse que hay una contribución importante al logro del objetivo recurriendo a pruebas o datos relativos al pasado o el presente. También se puede determinar que una medida es necesaria sobre la base de una demostración de que la medida en litigio es idónea para hacer una contribución importante al logro de su objetivo. Esa demostración podría consistir en proyecciones cuantitativas sobre el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en un conjunto de hipótesis comprobadas y respaldadas mediante pruebas suficientes. También debería ser posible que los Miembros defiendan sus medidas basándose en un análisis y/o evaluación científica apropiados en circunstancias en que, antes de la adopción de la medida, aún no se conocen datos empíricos sobre sus efectos a largo plazo.

21. Consideramos que las partes tienen derecho a apoyar también sus argumentos en la información que haya pasado a estar disponible desde entonces.

22. Creemos que el empaquetado influye en el comportamiento de los consumidores, especialmente en el contexto de desalentar el inicio, lo cual es especialmente importante en el caso de un producto muy adictivo como el tabaco. El empaquetado puede utilizarse para transmitir mensajes publicitarios. La publicidad puede aumentar la demanda, entre otras cosas influyendo en el comportamiento de los adolescentes, también con respecto al inicio. Determinados empaquetados pueden influir en el comportamiento de abandono y de recaída.

## 4. Las medidas alternativas

23. Consideramos que la contribución de las medidas alternativas debe medirse por referencia a la contribución al objetivo legítimo general de mejorar la salud pública a lo largo del tiempo reduciendo la prevalencia del tabaquismo. No es necesario medirla por referencia a los objetivos subsidiarios. En otros términos, las medidas alternativas no tienen que actuar a través de la misma vía causal que la medida en litigio (aunque al evaluar la eficacia de la medida en litigio en comparación con la de las medidas alternativas, el Grupo Especial también tendrá en cuenta, como ya se ha indicado, los objetivos y los medios).

## ANEXO C-6

### RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE GUATEMALA\*

#### I. INTRODUCCIÓN

1. Guatemala agradece la oportunidad de expresar sus opiniones sobre las cuestiones consideradas en las presentes diferencias. Presenta esta comunicación escrita en calidad de tercero debido a su interés sistémico en la correcta interpretación del *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC)* y el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC)*.

2. Guatemala no cuestiona en absoluto los objetivos legítimos de Australia de mejorar la salud pública alentando a la población a dejar de fumar o de consumir productos de tabaco, o a hacerlo en menor medida, y reduciendo la exposición de la población al humo ajeno de los productos de tabaco.

3. En la presente comunicación, Guatemala no formulará observaciones sobre todas las cuestiones jurídicas planteadas en esta diferencia. Antes bien, se centrará en los siguientes aspectos:

- a. la relación entre el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC cuando se evalúa la medida de empaquetado genérico;
- b. la interpretación jurídica de los artículos 19 y 20 del Acuerdo sobre los ADPIC;
- c. el alcance y la aplicación del párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC; y
- d. la relación entre las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del CMCT y las que le corresponden en virtud de los Acuerdos de la OMC.

4. Guatemala se reserva la posibilidad de seguir expresando su opinión sobre estas y otras cuestiones en una etapa posterior de las presentes actuaciones. Espera que sus comunicaciones orales y escritas sean útiles para el Grupo Especial.

#### II. LA RELACIÓN ENTRE EL ACUERDO OTC Y EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC EN LA EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS DE EMPAQUETADO GENÉRICO

5. En su primera comunicación escrita, los reclamantes mantienen que las medidas de empaquetado genérico son reglamentos técnicos comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.<sup>1</sup> Australia sostiene que su medida de empaquetado genérico debería evaluarse de manera que se diferencie entre los "requisitos materiales" y los "requisitos en materia de marcas de fábrica o de comercio" de la medida:

"La medida de empaquetado genérico del tabaco establece:  
1) determinados requisitos relativos al uso de las marcas de fábrica o de comercio en los paquetes y productos de tabaco (los "requisitos relativos a las marcas de fábrica o de comercio"); y 2) determinados requisitos relativos a las características de los paquetes y productos de tabaco (los "requisitos materiales")."<sup>2</sup>

6. Según Australia, los "requisitos materiales" son reglamentos técnicos comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC.<sup>3</sup> Sin embargo, a su juicio, los "requisitos relativos a las

---

\* La comunicación escrita de Guatemala se utiliza como su resumen.

<sup>1</sup> Primera comunicación escrita de Cuba, sección VI.D. (páginas 144-150); primera comunicación escrita de Indonesia, sección V.B. (páginas 142-175); primera comunicación escrita de la República Dominicana, sección V.II. (páginas 267-293); y primera comunicación escrita de Honduras, sección VII, (páginas 163-196).

<sup>2</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 506.

<sup>3</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 507.



marcas de fábrica o de comercio" no son reglamentos técnicos de conformidad con el Acuerdo OTC y, por esta razón, solo pueden evaluarse en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Australia sostiene además que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC se refiere a la materia más "específicamente y en detalle" que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.<sup>4</sup>

7. A juicio de Australia, si los "requisitos relativos a las marcas de fábrica o de comercio" se consideraran tanto en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC como en el del Acuerdo OTC, el Grupo Especial coincidiría con los reclamantes en que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC comparten "la misma materia".<sup>5</sup>

8. Australia también aduce que incluso si el Grupo Especial considerara que los requisitos que afectan al uso de las 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 al requisito relativo a las marcas de fábrica o de comercio impuesto por la medida de empaquetado genérico del tabaco, y excluiría el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.<sup>6</sup>

9. Los acuerdos abarcados de la OMC deben interpretarse de una manera coherente y compatible. Siempre 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. Este enfoque armonizado está en conformidad con los principios constitutivos de la OMC, establecidos en el artículo 2 del Acuerdo de Marrakech:

"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."

10. En el asunto *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, al abordar una situación en que se consideraba la aplicación de un acuerdo abarcado que excluía la de otro, el Órgano de Apelación declaró que:

"Este criterio interpretativo es difícil de conciliar con la idea de que las disposiciones de los acuerdos abarcados de la OMC deben interpretarse de una manera coherente y compatible, que dé sentido armoniosamente a todas las disposiciones aplicables. Los Miembros han contraído obligaciones acumulativas en el marco de los acuerdos abarcados y deben por tanto tener presentes las medidas que han adoptado en virtud de un acuerdo cuando adoptan medidas en virtud de otro."<sup>7</sup>

11. Asimismo, en el asunto *Argentina - Calzado (CE)*, el Órgano de Apelación explicó que:

"... el Grupo Especial estuvo acertado al expresar que 'el artículo XIX del GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias constituyen a fortiori un conjunto inseparable de derechos y disciplinas que deben considerarse conjuntamente'. Ahora bien, el intérprete de un tratado debe interpretar todas las disposiciones aplicables de un tratado de un modo tal que dé sentido a todas ellas de manera armoniosa. 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"<sup>8</sup> (sin cursivas en el original).

<sup>4</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511.

<sup>5</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 508.

<sup>6</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511.

<sup>7</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, párrafo 570.

<sup>8</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/AB/R, párrafo 81.

12. Guatemala está de acuerdo con Australia en que cada uno de los Acuerdos en cuestión se refiere a una "materia diferente".<sup>9</sup> Sin embargo, la pregunta es si la medida en litigio puede evaluarse simultáneamente con arreglo a diferentes acuerdos o, como propone Australia, debería considerarse que el Acuerdo sobre los ADPIC es más específico y, en consecuencia, aplicarse con exclusión del Acuerdo OTC.

13. Guatemala entiende que el argumento de Australia se refiere al principio *lex specialis derogat legi generali*. Este principio está "indisolublemente unido a la cuestión del conflicto" y no es aplicable si dos acuerdos "... se ocupan del mismo objeto 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".<sup>10</sup>

14. Esta es la primera vez que se plantea la cuestión de la relación entre el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC. A juicio de Guatemala, no obstante, el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC, incluso suponiendo en aras de la argumentación que pudieran ocuparse de la misma materia, lo hacen desde un punto de vista diferente y se aplican en circunstancias diferentes.

15. Por lo tanto, Guatemala no está convencida de que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC sean aplicables con exclusión de las disposiciones del Acuerdo OTC.

### III. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 19 Y 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

16. En su comunicación escrita, Cuba aduce que "el artículo 20 (del Acuerdo sobre los ADPIC) establece límites a la capacidad de los Miembros de la OMC de constreñir el uso de las marcas de fábrica o de comercio por los operadores comerciales en el curso de operaciones comerciales".<sup>11</sup> A su juicio, esta es la única disposición del Acuerdo sobre los ADPIC que establece un límite explícito a la capacidad de los Estados de regular el uso de la materia protegida.<sup>12</sup>

17. Por otra parte, Australia acepta que la medida de empaquetado genérico: "... impone "exigencias especiales" al uso de las marcas de fábrica o de comercio en tanto en cuanto exige que cualquier marca denominativa usada en el empaquetado de tabaco destinado a la venta minorista aparezca de una forma determinada. Sin embargo, Australia no considera que los aspectos de la medida de empaquetado genérico del tabaco que *prohíben el uso* de determinadas marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y su empaquetado destinado al comercio minorista sean "exigencias especiales" comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20".<sup>13</sup> (sin cursivas en el original)

18. Australia parece interpretar el artículo 20 sobre la base del artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC. A juicio de Australia, el artículo 19 "... contempla específicamente la *posibilidad* de que los 'requisitos oficiales' *prohíban* totalmente el uso de una marca de fábrica o de comercio". (sin cursivas en el original) Por lo tanto, "si la legislación nacional prohíbe totalmente el 'uso' de determinadas marcas de fábrica o de comercio, entonces esas marcas no se están 'us[ando] ... en el curso de operaciones comerciales' y, por lo tanto, el artículo 20 no es aplicable".<sup>14</sup>

19. Australia concluye entonces que "teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, la mejor interpretación del artículo 20 es la de que impone una disciplina sobre el modo en que un Miembro puede complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales cuando su legislación o reglamentación nacional no prohíbe de otro modo el uso de esa marca".<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 508-510.

<sup>10</sup> 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 y Corr.3 y 4, adoptado el 23 de julio de 1998, nota 649.

<sup>11</sup> Primera comunicación escrita de Cuba, párrafo 297.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 339.

<sup>14</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 341.

<sup>15</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 342.

20. Guatemala entiende que los argumentos de Australia propugnan que los artículos 19 y 20 se excluyen mutuamente. Si una medida impone una prohibición, el artículo 19 se aplica con exclusión del artículo 20.

21. A Guatemala no le convence la interpretación de Australia. En primer lugar, Guatemala entiende que el artículo 19 se refiere específicamente al "requisito de uso" para "mantener el registro" mientras que el artículo 20 se refiere a la situación de "otros requisitos" con exclusión del "requisito de uso" del artículo 19. Además, de conformidad con el artículo 19 un requisito especial de uso para mantener el registro es aplicable en la medida en que "para mantener el registro se exige el uso". (sin cursivas en el original) Esta disposición no se refiere, sin embargo, a las prohibiciones generales del uso y el registro de una marca de fábrica o de comercio, como Australia parece sostener.

22. En segundo lugar, el artículo 20 se aplica siempre que el requisito en cuestión no sea un "requisito de uso" para "mantener el registro". Sin embargo, esa disposición no parece depender de que el requisito en cuestión sea una complicación o una prohibición total. El sentido corriente del término en inglés "*encumbrance*" (complicación) es "*impediment...a burden*" (impedimento, carga)<sup>16</sup> y "*to encumber*" (complicar) es "[*h*]amper, impede (a person, movement, etc.); *act as a check or restraint on*" (dificultar, impedir (a una persona, un movimiento, etc.); actuar como freno o restricción).<sup>17</sup> Por lo tanto, Guatemala sostiene respetuosamente que la expresión "complicará injustificadamente" también abarca prohibiciones o "impedimentos" injustificables para el uso de una marca de fábrica o de comercio.

23. Por último, desde una perspectiva más general, Guatemala no entiende cómo la interpretación de Australia justificaría el hecho de que el Acuerdo sobre los ADPIC permitiría a los Miembros imponer una prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio, *sin condiciones*, al tiempo que esas condiciones solo serían aplicables cuando un Miembro impone complicaciones distintas de una prohibición total. Dicho de otra forma, Guatemala no está convencida de que el Acuerdo sobre los ADPIC sustentaría la idea de que los Miembros tienen total libertad para imponer prohibiciones al uso de las marcas de fábrica o de comercio pero no para imponerle limitaciones.

#### **IV. ALCANCE Y APLICACIÓN DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 15 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

24. El párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que "[l]a 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". Ucrania sostiene que "en directa infracción de este principio, la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco ha reescrito la Ley relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio de Australia y creado una subespecie de protección de las marcas registradas de segunda clase solo para los productos de tabaco debido a la naturaleza del producto al que se aplican estas marcas".<sup>18</sup>

25. Según Ucrania, la medida de empaquetado genérico australiana "... prohíbe el uso de signos que no sean intrínsecamente distintivos. El único motivo de esta prohibición del uso de tales signos en los productos de tabaco y su empaquetado es la naturaleza del producto". Ucrania añade que "el único motivo por el que Australia prohíbe el uso de las marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco y su empaquetado es la naturaleza del producto al que la marca ha de aplicarse".<sup>19</sup>

26. En respuesta, Australia aduce que "la medida de empaquetado genérico del tabaco es compatible con el párrafo 4 del artículo 15 porque no impide el registro de marcas de fábrica o de comercio sobre la base de la naturaleza del producto de que se trata (es decir, el tabaco)".<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, *Oxford University Press*, 2007, volumen 1, página 828.

<sup>17</sup> *Ibid*, página 827.

<sup>18</sup> Primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 182.

<sup>19</sup> Primera comunicación escrita de Ucrania, párrafo 183.

<sup>20</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 308.

Además, Australia indica que la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco no impide que un titular registre una marca con arreglo a la Ley relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio.<sup>21</sup>

27. A juicio de Guatemala, la cuestión planteada al Grupo Especial es si la reglamentación de Australia "es un obstáculo para el registro de la marca de fábrica o de comercio" y, en tal caso, si ese obstáculo guarda relación con la "naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse".

28. Guatemala entiende que de la explicación de Australia se desprende que las medidas en litigio no impiden el registro de las marcas de fábrica o de comercio de los productos de tabaco. En cambio, el argumento de Ucrania parece centrarse en situaciones en que una subcategoría específica de productos, pese a no ser signos intrínsecamente distintivos, puede ser objeto de registro supeditado al uso.

29. Si Guatemala ha entendido correctamente, Ucrania formula la tesis de que una prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio impide la posibilidad de su registro (en los casos a los que el párrafo 3 del artículo 15 fuera aplicable) y constituye un obstáculo al registro de la marca de fábrica o de comercio debido a la "naturaleza del producto" (de conformidad con el párrafo 4 del artículo 15).

30. Si esa interpretación es correcta, entonces a Guatemala no le convence el argumento de Ucrania. Guatemala sostiene que en esas situaciones muy específicas descritas *supra*, 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).

31. Guatemala es consciente, sin embargo, de que las medidas en litigio limitan el uso de las marcas de fábrica o de comercio y, por ese motivo, impiden que los operadores económicos registren marcas sobre la base de su uso. A pesar de eso, Guatemala no considera que esta situación equivaldría a una infracción del párrafo 4 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

## **V. OBLIGACIONES QUE CORRESPONDEN A AUSTRALIA EN VIRTUD DEL CMCT Y SU RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN EL MARCO DE LA OMC**

32. Australia aduce que debe cumplir las obligaciones que le corresponden en virtud del CMCT. Específicamente, Australia se refiere al artículo 11 (sobre empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco) y el artículo 13 (sobre publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del CMCT.<sup>22</sup> Según Australia, "el artículo 11 del CMCT exige que las partes apliquen medidas encaminadas a eliminar la propensión del empaquetado de productos de tabaco a inducir a error a los consumidores sobre los efectos de fumar en la salud, y a requerir que los paquetes de tabaco lleven advertencias sanitarias\*. El artículo 13 obliga a las partes a aplicar prohibiciones totales de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco" (no se reproduce la nota de pie de página).<sup>23</sup>

33. En 2007, la Conferencia de las Partes en el CMCT adoptó nueve directrices. Entre ellas, la relativa al artículo 11 establece lo siguiente:

"[l]as 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)" (sin cursivas en el original).<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 308.

<sup>22</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 104.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Convenio marco de la OMS para el Control del Tabaco: directrices para la aplicación* (edición 2013), Prueba documental AUS-109, artículo 11, párrafo 46.

34. Además, las directrices relativas al artículo 13 disponen que:

"[l]as 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)" (sin cursivas en el original).<sup>25</sup>

35. La República Dominicana planteó el argumento de que las Directrices para la aplicación son de carácter no vinculante y que sus artículos 11 y 13 solo ofrecen recomendaciones a las Partes en el CMCT de "*considerar la posibilidad de adoptar*" el empaquetado sencillo, pero que las partes no tienen ninguna obligación de adoptarlo.<sup>26</sup>

36. Guatemala está de acuerdo con la República Dominicana. La expresión "deberían considerar la posibilidad" utilizada en ambas Directrices, que no tienen carácter vinculante, no equivale a una obligación vinculante para Australia ni ningún otro Miembro de la OMC. Por lo tanto, Guatemala no considera que haya un conflicto de obligaciones internacionales.

37. En el asunto *Indonesia - Automóviles*, el Grupo Especial hizo referencia a situaciones en que puedan haber conflictos entre dos tratados. En particular, el Grupo Especial explicó lo siguiente:

"En el derecho internacional, para que haya un conflicto entre dos tratados, es necesario que concurren 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'."<sup>27</sup>

38. En vista de lo expuesto, si Australia hubiera optado por no aplicar medidas de empaquetado genérico, aun así estaría cumpliendo las supuestas obligaciones que le corresponden en virtud del CMCT. De hecho, el empaquetado genérico es solo una de varias medidas encaminadas a aplicar un plan global de control del tabaco.

39. Guatemala también considera que los Miembros deberían cumplir las directrices del CMCT de manera que dicho cumplimiento no comprometa las obligaciones que les corresponden en virtud de los acuerdos abarcados de la OMC, y que están en condiciones de hacerlo.

---

<sup>25</sup> *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco: directrices para la aplicación* (edición 2013), Prueba documental AUS-109, artículo 13.

<sup>26</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 187.

<sup>27</sup> 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 y Corr.3 y 4, adoptado el 23 de julio de 1998, nota 649.

**ANEXO C-7****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL JAPÓN****I. Características de la protección de las marcas de fábrica o de comercio en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC**

1. El párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC confiere a los titulares de marcas de fábrica o de comercio el derecho de excluir a los demás del uso de su marca. No obstante, en el Acuerdo sobre los ADPIC también está claro que los titulares de marcas de fábrica o de comercio tienen "intereses legítimos" que los Miembros de la OMC deben tener en cuenta en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando establecen excepciones limitadas de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, según se dispone en el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* identificó uno de esos "intereses legítimos" como el interés en usar su propia marca.<sup>1</sup> Así pues, "el uso de una marca de fábrica o de comercio" como parte de los intereses legítimos del titular de la marca debe tenerse en cuenta al interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC, en particular al analizar el "carácter justificable" de cualquier complicación en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

**II. Artículo 20 de Acuerdo sobre los ADPIC****A. Exigencias especiales**

2. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC se refiere a exigencias "especiales". El Japón entiende que la primera frase de ese artículo prohíbe a los Miembros imponer condiciones distintas o adicionales que restrinjan "injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el contexto de la compra o la venta de bienes o servicios.

3. Al interpretar las "exigencias especiales" en el sentido del artículo 20, el Japón desea poner de relieve que la *raison d'être* subyacente de una marca de fábrica o de comercio es permitir que los consumidores distingan los bienes y servicios. El artículo 15 estipula que las marcas de fábrica o de comercio deben ser "capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". Como la medida de empaquetado genérico del tabaco menoscaba la capacidad del titular de una marca de fábrica o de comercio de distinguir sus bienes o servicios de los de los demás agentes económicos, no cabe duda de que tal prohibición constituye una "exigencia especial" en el sentido del artículo 20.

4. Australia está de acuerdo en que "la medida de empaquetado genérico del tabaco impone exigencias especiales al uso de las marcas de fábrica o de comercio, por lo menos en algunos aspectos".<sup>2</sup> No obstante, Australia argumenta que "la mejor manera de interpretar el artículo 20 es considerar que impone una disciplina sobre el modo en que un Miembro puede complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales cuando sus leyes y reglamentos nacionales no prohíben por lo demás el uso de esa marca de fábrica o de comercio".<sup>3</sup>

5. El Japón no está de acuerdo con la interpretación que hace Australia del alcance del artículo 20. Una prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio es una "exigencia especial" en el sentido del artículo 20. La interpretación que propone Australia tendría resultados contrarios a la lógica. Las condiciones que interfieren en el uso de una marca de fábrica o de comercio pero no lo prohíben solo estarían permitidas de conformidad con el artículo 20 si esas restricciones fueran justificables. Sin embargo, con arreglo a la interpretación australiana, siempre se permitiría la prohibición total del uso de una marca sin ninguna disciplina, aunque en la práctica ello prive de valor a dicha marca.

<sup>1</sup> Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, párrafo 7.664.

<sup>2</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 336.

<sup>3</sup> *Ibid.*, párrafo 342.

## B. Carácter injustificable

6. En cuanto a la cuestión de si la medida de empaquetado genérico complica "injustificablemente" el "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales", Australia se basa en un aspecto de la interpretación del término "injustificable" del artículo XX del GATT de 1994<sup>4</sup> y concluye que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC exige "una conexión racional entre cualquier exigencia especial impuesta al uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales y un objetivo legítimo de política pública".<sup>5</sup>

7. El Japón está de acuerdo en que, al interpretar la palabra "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, se puede obtener orientación de la interpretación de la palabra "injustificable" contenida en la parte introductoria del artículo XX del GATT. No obstante, en *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación observó que la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política es "un elemento en la evaluación 'acumulativ[a]' de una 'discriminación injustificable',"<sup>6</sup> y explicó además que "en *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación se basó en *varios factores* para constatar que la medida en litigio daba por resultado una discriminación arbitraria o injustificable".<sup>7</sup> Además, en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación constató que "en ciertos casos los efectos de la discriminación pueden ser un factor pertinente, entre otros, para determinar si la causa o el fundamento de la discriminación es aceptable o defendible y, en última instancia, si la discriminación es justificable".<sup>8</sup> Asimismo, en *Estados Unidos - Camarones* el Órgano de Apelación examinó como uno de los factores pertinentes la existencia de una medida alternativa razonablemente disponible para determinar si la discriminación era injustificable.<sup>9</sup>

8. Así pues, aunque el análisis debe centrarse "en la causa de la discriminación, o los fundamentos expuestos para explicar su existencia"<sup>10</sup>, y aunque es difícil ver cómo puede justificarse la discriminación si "los fundamentos alegados para ella no guardan relación con el objetivo o irían en contra [...] del objetivo" de la medida, la determinación de si hay una conexión racional entre el fundamento de la discriminación y el objetivo de política perseguido exige el examen de "varios factores". Esa indagación puede implicar también el examen del efecto y la naturaleza de los medios de discriminación adoptados para alcanzar un objetivo de política y la conexión racional de esos medios adoptados con el fin perseguido.

9. Es también importante señalar que el análisis que ha de realizarse en el marco del artículo XX del GATT, que se refiere a la discriminación injustificable, puede tener un alcance más limitado que el análisis requerido en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que no necesita centrarse exclusivamente en los aspectos discriminatorios de la complicación.

10. A juicio del Japón, un grupo especial que examina una alegación formulada al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC debe determinar si la naturaleza y el grado de la complicación del uso de la marca de fábrica o de comercio tienen una conexión racional con el objetivo de política. Al hacerlo, los siguientes factores pueden ser pertinentes: ¿Está la complicación racionalmente relacionada con la finalidad declarada o es contraria a esa finalidad? Cuando el objetivo de política es legítimo ¿es la complicación resultado de una solución única e inflexible aplicada a una amplia gama de situaciones en las que el problema está más o menos presente? ¿Está la complicación razonablemente adaptada para contribuir al objetivo de política?

11. El Japón señala además que en la descripción que hace Australia de los objetivos de su medida hay un cierto grado de incertidumbre. Es evidente que, si el objetivo de una medida en litigio no se identifica con precisión, será impracticable evaluar efectiva y debidamente si la medida está razonablemente adaptada para contribuir a su objetivo. El primer objetivo ("reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores"), enunciado en la subsección 3 2) a)

<sup>4</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306. Australia hace también referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 225, 227 y 228.

<sup>5</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 383.

<sup>6</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párrafo 5.305 (sin cursivas en el original; no se reproducen las notas de pie de página).

<sup>8</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 230.

<sup>9</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 171.

<sup>10</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 226.

de la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco, parece estar relacionado con desalentar a los consumidores del hábito de fumar, con independencia de si están plenamente informados de los efectos perjudiciales de los productos de tabaco. En cambio, los objetivos segundo y tercero, enunciados en las subsecciones 3 2) b) y 3 2) c), parecen estar destinados a evitar que los consumidores no comprendan el riesgo para la salud que representan los productos de tabaco (y no a evitar que los consumidores fumen incluso si comprenden plena y exactamente ese riesgo).<sup>11</sup>

12. Con respecto al primer objetivo, enunciado en la subsección 3 2) a), el Japón invita al Grupo Especial a preguntar a Australia qué aspecto o aspectos de las marcas de fábrica o de comercio utilizadas en los productos de tabaco son los que hacen que esos productos sean atractivos para los consumidores y por qué las restricciones de los demás aspectos de la marca de fábrica o de comercio están justificadas. Por otra parte, con respecto a los dos últimos objetivos, enunciados en las subsecciones 3 2) b) y c), el Japón invita al Grupo Especial a preguntar a Australia qué aspectos de las marcas de fábrica o de comercio, en particular, qué aspectos figurativos de las marcas, hacen que los consumidores no comprendan el daño que representan los productos en el mercado australiano. Si cualquier aspecto figurativo de las marcas de fábrica o de comercio puede dar lugar a esa incompreensión, el Japón desearía invitar al Grupo Especial a preguntar también si y cómo la posición de Australia es coherente con la interpretación general de la función de las marcas de fábrica o de comercio, que, por su naturaleza, es distinguir los bienes o servicios en el curso de operaciones comerciales, como prevé el artículo 15, y no contribuir a que los consumidores tengan ideas erróneas sobre los productos y su calidad.

13. Por último, el Japón cree también que el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC deja claro que las medidas necesarias para proteger la salud pública solo son admisibles si son "compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo". El párrafo 1 del artículo 8 no es una excepción al Acuerdo, sino una afirmación de que este en su conjunto ya tiene en cuenta la capacidad de los Miembros de adoptar medidas para alcanzar objetivos de política pública. Por lo tanto, la adopción de una medida en defensa de la salud pública no hace, por sí misma, que la medida sea justificable. Permitir lo contrario proporcionaría a los Miembros facultades excesivamente amplias para restringir las marcas de fábrica o de comercio.

### **III. La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC**

14. El Japón no está de acuerdo con el argumento de Australia de que "la aplicación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC conduciría a la exclusión del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC con respecto a las denominadas "prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio". El Japón también discrepa de la afirmación de Australia de que "el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC trataría claramente esa materia [es decir, las prescripciones que afectan al uso de las marcas de fábrica o de comercio] más 'específicamente y con detalle' en comparación con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC."<sup>12</sup>

15. A juicio del Japón, la relación entre los distintos acuerdos abarcados debe determinarse sobre la base de un examen objetivo de las disposiciones pertinentes de esos acuerdos, ya que, en el caso de dos acuerdos abarcados cualesquiera, "ambos son 'partes integrantes' del [...] Acuerdo sobre la OMC, y son 'vinculantes para todos sus Miembros'".<sup>13</sup>

16. Además, como reconoce Australia, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC "abarca todos los tipos de 'reglamentos técnicos'", definidos en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. En 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. El Japón opina que la medida de empaquetado genérico del tabaco es, de hecho, un "reglamento técnico", según la definición contenida en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.

<sup>11</sup> El Grupo Especial quizá desee confirmar si Australia considera que el objetivo de la medida de empaquetado genérico es prevenir la no comprensión de los consumidores en lugar de evitar que los consumidores australianos fumen incluso si comprenden plena y exactamente el riesgo para la salud que representan los productos de tabaco (sin prohibir el consumo y las ventas de productos de tabaco).

<sup>12</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 508-511.

<sup>13</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 81.



17. Por último, Australia hace referencia a una determinada declaración del Órgano de Apelación en *CE - Banano III* para apoyar su posición.<sup>14</sup> No obstante, las constataciones del Órgano de Apelación en esa diferencia estaban relacionadas con el orden del análisis y no respaldan 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.

#### **IV. Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC - Carácter restrictivo del comercio**

18. Australia considera "axiomático que, a fin de hacer una acreditación *prima facie* con arreglo a este criterio [del párrafo 2 del artículo 2], un reclamante debe demostrar, como cuestión previa, que el reglamento técnico de que se trata 'restringe el comercio'".<sup>15</sup> El carácter restrictivo del comercio no fue descrito por el Órgano de Apelación como una cuestión previa en *Estados Unidos - Atún II (México)* o, posteriormente, en *Estados Unidos - EPO*. En lugar de ello, el carácter restrictivo del comercio de la medida es uno de los diversos factores del criterio relacional elaborado por el Órgano de Apelación para determinar si una medida es compatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.<sup>16</sup>

#### **V. Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC - Identificación del objetivo legítimo y la contribución de la medida**

19. El Japón considera que, a fin de realizar un análisis objetivo de la legitimidad del objetivo y los análisis relacional y comparativo de la necesidad de la medida (especialmente con respecto al grado de contribución y a los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo) de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, es indispensable identificar el objetivo o el fundamento de política de la medida impugnada con la mayor precisión posible desde un principio. Como ha explicado el Órgano de Apelación, "el objetivo pertinente es la pauta de referencia con respecto a la cual un grupo especial debe evaluar el grado en que contribuyen al logro del objetivo un reglamento técnico impugnado y otras medidas alternativas propuestas".<sup>17</sup>

20. Por consiguiente, el Japón invita al Grupo Especial a examinar los objetivos de la medida de empaquetado genérico de la misma manera descrita por el Japón en relación con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC (es decir, a examinar si el objetivo es evitar que los consumidores no comprendan el riesgo que representan para la salud los productos de tabaco o evitar que los consumidores fumen incluso si comprenden plena y exactamente ese riesgo, cuáles son los aspectos de las marcas de fábrica o de comercio que dan lugar a la incompreensión de los consumidores y la compatibilidad con la función generalmente reconocida de las marcas de fábrica o de comercio de distinguir los bienes o servicios).

#### **VI. Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC - Carga de la prueba**

21. El Japón reconoce que, como ha establecido el Órgano de Apelación, corresponde al reclamante la carga de demostrar su alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 de que la medida impugnada crea un obstáculo innecesario al comercio internacional. Una vez que el reclamante ha hecho su acreditación *prima facie*, corresponde al demandado refutar esa acreditación. El Japón señala que, dado que el país demandado está en la mejor situación para disponer de los hechos y las pruebas pertinentes sobre sus propias medidas o el contexto reglamentario de estas, no se debe exigir a los reclamantes que asuman una carga excesiva de hacer su acreditación *prima facie* al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En otros términos, no se debe exigir a los reclamantes que proporcionen un análisis completo del carácter restrictivo del comercio de la medida alternativa antes de que se desplace al demandado la carga de refutar la acreditación *prima facie* del reclamante.

<sup>14</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 511.

<sup>15</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 522 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 647 al párrafo 322).

<sup>16</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 374.

<sup>17</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 387.

**VII. Párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

22. El Japón observa que el párrafo 5 del artículo 2 establece una presunción refutable de que un reglamento técnico no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional cuando se cumplen determinadas condiciones. Esas presunciones jurídicas, aunque pueden refutarse, por definición no se superan fácilmente, ya que serían necesarias nuevas pruebas y una nueva argumentación para desplazar una vez más la carga de la prueba. A juicio del Japón, la dificultad que representa la refutación de una presunción en el marco del párrafo 5 del artículo 2 puede depender del *nivel de precisión* de las normas internacionales en cuestión. Si la norma internacional es muy prescriptiva, y el Miembro de que se trata la aplica fielmente, puede aducirse que la presunción sería más difícil de refutar. Si, por otra parte, la aplicación de la norma internacional tiene una base poco firme o la norma internacional es demasiado amplia, la presunción sería más fácil de refutar. Esas determinaciones deben efectuarse, según el Japón, caso por caso.

**ANEXO C-8****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LA REPÚBLICA DE COREA<sup>1</sup>**

Sr. Presidente y miembros del Grupo Especial:

1. Corea agradece esta oportunidad de presentar sus opiniones en esta diferencia, en la que tiene un interés sistémico con respecto a la interpretación del Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC. Corea tiene también un interés sistémico en la manera en que la OMC adopta decisiones sobre la relación entre sus disposiciones y otros acuerdos internacionales. Hoy, Corea desearía formular unas breves observaciones sobre un par de cuestiones fundamentales en relación con las cuales solicitamos orientaciones claras del Grupo Especial.

2. Corea cree que los Miembros de la OMC tienen derecho a perseguir objetivos nacionales reglamentarios y de política pública legítimos tales como los objetivos de salud pública. Ese derecho a reglamentar debe protegerse como un derecho soberano de todos los países Miembros y se refleja suficientemente en el GATT de 1994, así como en los Acuerdos OTC y MSF.

3. Al mismo tiempo, Corea tiene presente una de las principales funciones de la OMC, que es garantizar que "las corrientes comerciales circulen con la máxima fluidez, previsibilidad y libertad posibles". El logro del equilibrio acertado entre perseguir objetivos de salud pública y garantizar el libre comercio es especialmente importante en la presente diferencia. A ese respecto, Corea desearía presentar las siguientes observaciones.

4. En primer lugar, este Grupo Especial debería proporcionar orientaciones claras sobre la relación entre las disposiciones de la OMC y las normas establecidas por otras organizaciones internacionales. En la presente diferencia, la otra organización internacional es la OMS. Pero el Grupo Especial debería tener también en cuenta las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Como la protección de los derechos de propiedad intelectual es indispensable para crear valor a través del comercio, no debe permitirse la adopción de medidas restrictivas del comercio que infrinjan el Acuerdo sobre los ADPIC.

5. En segundo lugar, Corea solicita al Grupo Especial que proporcione orientaciones sobre la relación entre las normas de la OMC y las de la OMS. 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 Convenio Marco para el Control del Tabaco ("CMCT") debe respetarse suficientemente. En la actualidad, el CMCT ha sido ratificado por 180 países, lo cual lo convierte en el convenio más ratificado por los Estados miembros de las Naciones Unidas. En particular, Corea señala que el artículo 46 de las Directrices para la aplicación del artículo 11 del CMCT recomienda la adopción del empaquetado sencillo. Corea cree que la decisión del Grupo Especial con respecto a la relación entre esa recomendación concreta del CMCT y las disposiciones pertinentes de los Acuerdos de la OMC será crucial para resolver las cuestiones fundamentales de esta diferencia.

6. En tercer lugar, Corea solicita al Grupo Especial que proporcione orientaciones claras sobre el alcance de los derechos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC. Los reclamantes alegan que la medida de empaquetado genérico restringe indebidamente el uso de las marcas de fábrica o de comercio y es, pues, incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Australia aduce que dicho Acuerdo prevé derechos de exclusión negativos; por lo tanto, se sostiene que la medida australiana es compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. La interpretación que haga el Grupo Especial del alcance de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio tendrá una repercusión importante en las políticas de los Miembros de la OMC. A juicio de Corea, una interpretación restrictiva del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC conduciría a graves restricciones de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio.

7. A ese respecto, Corea señala la interpretación del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC hecha por el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e*

---

<sup>1</sup> Corea solicitó que su declaración oral sirviera de resumen.

*indicaciones geográficas*. El Grupo Especial que se ocupó de esa diferencia constató que la expresión "interés legítimo" abarca el interés del titular de la marca de fábrica o de comercio en usar su propia marca. Al interpretar el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, debe tenerse en cuenta ese interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio.

8. Por último, Corea solicita respetuosamente a este Grupo Especial que proporcione orientaciones sobre la interpretación del párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 1 del artículo 8 reafirma el derecho a adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública al formular leyes y reglamentos. No obstante, se señala que esos objetivos de política legítimos solo son admisibles si son compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC.

9. Concluye así la declaración oral de Corea. Muchas gracias.

**ANEXO C-9****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE MALAWI****I. INTRODUCCIÓN**

1. Malawi presentó sus opiniones al Grupo Especial en la diferencia *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos (DS435, DS441, DS458 y DS467)* en una comunicación escrita de fecha 10 de abril de 2015 y en una declaración oral en calidad de tercero pronunciada el 3 de junio de 2015. Malawi tiene sumo gusto en presentar al Grupo Especial un resumen de las opiniones que expresó en este procedimiento de solución de diferencias.

2. A juicio de Malawi, las rigurosas prescripciones de empaquetado impuestas por Australia en virtud de la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011, los Reglamentos relativos al empaquetado genérico del tabaco de 2011 y 2012 y la Ley de modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio (empaquetado genérico del tabaco) de 2011 (las "medidas de empaquetado genérico") plantean cuestiones sistémicas en relación con el comercio internacional y la legislación sobre propiedad intelectual. Esas medidas pueden también afectar considerable y negativamente a los intereses económicos y comerciales de Malawi, un pequeño país menos adelantado sin litoral, en el que una parte importante de la producción económica y el desarrollo económico depende del cultivo de tabaco.

3. Malawi es el mayor productor mundial de tabaco Burley y el sexto cultivador de tabaco no elaborado. El tabaco es su tercer producto de exportación en volumen (después del maíz y el azúcar), pero el valor del tabaco es más del doble del valor de las exportaciones de maíz y azúcar combinadas. Corresponde a la agricultura aproximadamente el 33% del PIB de Malawi y el 90% de sus ingresos de exportación. El tabaco representa más del 60% del valor de las exportaciones de Malawi y contribuye con un 15% a su PIB. La parte del total de las exportaciones mundiales que corresponde a Malawi es únicamente el 0,01%.

4. En Malawi, los medios de vida de más de dos familias, es decir, de aproximadamente el 70% de la población, dependen directamente del tabaco y las industrias conexas. Toda la producción de tabaco de Malawi se utiliza para elaborar cigarrillos que se venden en el mercado internacional.

5. Dado el papel predominante que desempeña el tabaco en la cartera de comercio internacional de Malawi, es esencial para el país asegurarse de que las medidas que afecten directa o indirectamente al comercio de tabaco y de productos de tabaco sean compatibles con los Acuerdos de la OMC. Las medidas de empaquetado genérico son altamente distorsionantes del comercio y tendrán efectos considerables y desproporcionados en la economía de Malawi al reducir la demanda legítima de hoja de tabaco de gran calidad y apoyar el comercio ilícito de productos de baja calidad al margen del comercio internacional legítimo de ese importante producto de exportación.

6. Malawi considera que la prescripción de confrontar establecida en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC"), que dispone que ningún reglamento técnico debe restringir el comercio más de lo necesario, es un principio fundamental y central del sistema de la OMC. Por consiguiente, se debe realizar una evaluación cuidadosa de la contribución de las medidas de empaquetado genérico a su objetivo legítimo, si la hubiere, sobre la base de las pruebas presentadas al Grupo Especial a fin de llevar a cabo el ejercicio de sopesar y confrontar previsto en el párrafo 2 del artículo 2.

7. Malawi no cuestiona el objetivo de salud perseguido por Australia, pero considera que un Miembro de la OMC no puede limitarse a invocar motivos relacionados con la salud para justificar medidas sumamente restrictivas del comercio, especialmente cuando no existen pruebas de que esas medidas contribuirán al objetivo declarado.

8. Sobre la base del examen de los hechos presentados al Grupo Especial, Malawi sostiene que no existen pruebas convincentes de la contribución del empaquetado genérico a la reducción del tabaquismo. Australia no ha realizado una evaluación de la eficacia real de su medida por referencia al comportamiento real con respecto al tabaco y se ha basado, en cambio, en teorías de las ciencias del comportamiento para explicar una complicada reacción en cadena de percepciones y actitudes influyentes que deberían producirse en primer lugar a fin de afectar, en una etapa posterior, al comportamiento con respecto al tabaco. Malawi toma nota de los argumentos sobre la falta de validez predictiva de las ciencias del comportamiento. Esto parece ser confirmado por los datos más recientes sobre el mercado australiano y, en particular por el análisis de los datos reunidos por Australia en su Encuesta nacional de seguimiento del empaquetado genérico, que demuestran que el empaquetado genérico no es eficaz para modificar el comportamiento con respecto al tabaco o ni siquiera tiene efectos en las percepciones, intenciones y actitudes de las personas respecto del tabaquismo.

9. Malawi sostiene también que el empaquetado genérico no es en absoluto necesario porque Australia tenía a su disposición alternativas menos restrictivas del comercio que habrían hecho una contribución al objetivo declarado, como el aumento de los impuestos. La experiencia de otros Miembros demuestra que el tabaquismo se puede combatir más eficazmente sin el empaquetado genérico.

10. Malawi opina que las disposiciones del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC deben aplicarse rigurosamente en las presentes diferencias. Si no hay pruebas suficientes de una contribución real y eficaz de los reglamentos técnicos al objetivo declarado y de la inexistencia de alternativas que restrinjan menos el comercio, los reglamentos técnicos sumamente restrictivos del comercio, como las medidas de empaquetado genérico, no pueden ser confirmados. La reducción de los criterios establecidos en anteriores diferencias daría lugar a un aumento del riesgo de que se impongan reglamentos técnicos innecesarios y restrictivos, no respaldados por justificaciones suficientes. Además de tener un efecto directo en los productos que regulan, los reglamentos técnicos afectan a los insumos de esos productos. Es esencial para Malawi que el Grupo Especial tenga en cuenta la repercusión de las medidas de empaquetado genérico de Australia en el comercio de tabaco, ya que afecta directamente al desarrollo económico y los medios de vida de la mayoría de la población de Malawi.

11. En cuanto a los argumentos formulados en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, Malawi entiende que la opinión de Australia es de hecho que, en el caso de determinados productos que representan un riesgo para la salud, incluidos, aunque sin duda no exclusivamente, los productos de tabaco, las marcas de fábrica o de comercio inducen necesariamente a error y su uso puede restringirse, sin que haya ninguna indicación de que los signos afectados proporcionen información que induzca a error. Con arreglo al enfoque de Australia, importantes derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio dependerían de las opciones de política elegidas por cada Miembro en cuanto a si los productos o las categorías de productos han de considerarse perjudiciales o no perjudiciales. Dado que una gran variedad de productos presenta ciertos riesgos para la salud u otros riesgos, la aceptación de la posición de Australia significaría, de hecho, que cualquier Miembro podría prohibir el uso de marcas de fábrica o de comercio para cualquier categoría de productos. Dada la función crucial que desempeñan las marcas de fábrica o de comercio en la economía mundial como medio de acceder a nuevos mercados y de competir por las cuotas de mercado, esto tendría consecuencias devastadoras para la estrategia de exportación de Malawi en el sector del tabaco.

12. Al restringir significativamente las formas de los signos que pueden constituir una marca de fábrica o de comercio con la imposición del empaquetado genérico, Australia infringe el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.

13. Las medidas de empaquetado genérico impuestas por Australia no toman en consideración la finalidad y las ventajas de las marcas de fábrica o de comercio tanto para los consumidores como para los productores. Las marcas de fábrica o de comercio se utilizan con objeto de diferenciar los productos y servicios y, por lo tanto, son indispensables para la competencia. Se reconoce que son uno de los instrumentos esenciales para entrar en nuevos mercados. Si no pueden aponerse en los productos y en su empaquetado, no pueden desempeñar su función de distinción.

14. La prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado genérico, unida a la imposición de rigurosas prescripciones en materia de empaquetado, tiene como resultado la adopción de una forma genérica de empaquetado que conducirá a la comoditización de los productos de tabaco. La reducción de la capacidad de los consumidores de distinguir entre los productos tendrá un efecto negativo en los precios de los productos de tabaco y, a su vez, influirá en los precios del tabaco mismo porque los fabricantes de productos de tabaco tendrán que ser más competitivos. Esto será muy perjudicial para Malawi, que es un país menos adelantado cuya economía depende del tabaco.

15. Las medidas de empaquetado genérico de Australia constituyen también una complicación injustificable del uso de las marcas de fábrica o de comercio que es incompatible con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC porque prohíben a los titulares de las marcas utilizar estas, tal como han sido registradas, en los productos de tabaco. Australia ha prohibido el uso de marcas de fábrica o de comercio registradas sin examinar si las marcas registradas que se utilizaban anteriormente eran una de las razones que llevaban a las personas a fumar o evitaban que lo hicieran. Dada la constante disminución del tabaquismo y de su prevalencia en Australia durante el decenio anterior a la introducción del empaquetado genérico, es poco probable que las marcas de fábrica o de comercio hayan tenido algún efecto importante en las tasas de tabaquismo.

16. Malawi considera además que las restricciones impuestas al uso de indicaciones geográficas son contrarias al párrafo 3 del artículo 24 y el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC. Las medidas de empaquetado genérico reducen la protección que existía en Australia antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC y no proporcionan ningún medio de impedir la utilización de indicaciones geográficas. Las indicaciones geográficas son especialmente importantes para los Miembros en desarrollo y menos adelantados, ya que pueden permitir que sus productos sean reconocidos en el mercado debido a las características o la calidad atribuibles a su origen.

17. Los medios de vida de la mayoría de la población de Malawi dependen del cultivo y el comercio de tabaco. Las prescripciones reglamentarias cada vez mayores que se imponen a los productos de tabaco menoscaban considerablemente el desarrollo económico de Malawi porque tienen efectos negativos en el volumen y el valor del tabaco objeto de comercio. Las consecuencias negativas de las medidas de empaquetado genérico para los Miembros menos adelantados que dependen del tabaco deben tenerse en cuenta junto con los argumentos jurídicos presentados por todas las partes. No se puede hacer caso omiso de las consecuencias económicas y sociales del empaquetado genérico para los Miembros más vulnerables cuya única opción es continuar basando en el cultivo de tabaco su desarrollo económico.

18. A juicio de Malawi, las medidas de empaquetado genérico adoptadas por Malawi son incompatibles con sus obligaciones en virtud del Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC. Malawi no cuestiona el objetivo perseguido por Australia pero opina que ese país dispone de un margen de políticas suficiente a los efectos de ese objetivo y podría haber adoptado medidas eficaces y que restringieran menos el comercio compatibles con los Acuerdos de la OMC.

## ANEXO C-10

### RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE NUEVA ZELANDIA

#### I. Introducción

1. Este asunto plantea importantes cuestiones sistémicas relativas al derecho de los Miembros de la OMC a reglamentar la comercialización de un producto a fin de proteger sus objetivos legítimos de salud pública. Nueva Zelanda tiene interés en que se asegure que el equilibrio de derechos y obligaciones que negociaron los Miembros en el Acuerdo sobre la OMC se mantenga y que el *Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* ("Acuerdo sobre los ADPIC") y el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* ("Acuerdo OTC") se interpreten y apliquen debidamente. Esto es especialmente importante cuando se trata de un producto que es la principal causa de muerte y morbilidad evitables en Nueva Zelanda, Australia y muchos otros países.

2. Los reclamantes en la presente diferencia alegan que la medida de empaquetado genérico del tabaco adoptada por Australia es incompatible con gran número de disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC. Los reclamantes han propuesto interpretaciones de las disposiciones en que se fundan que carecen de toda base en el texto de los acuerdos en cuestión y hacen caso omiso de las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados. Esto plantea graves preocupaciones a Nueva Zelanda.

#### II. La "naturaleza del producto" no constituye un obstáculo al registro de una marca de fábrica o de comercio de tabaco en el sentido del párrafo 4 del artículo 15

3. En el artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC se establece lo que es la "materia objeto de protección" con respecto a las marcas de fábrica o de comercio. El párrafo 1 del artículo 15 trata de lo que puede constituir una marca de fábrica o de comercio y el párrafo 4 de dicho artículo trata de qué obstáculos al registro de una marca no están permitidos. El artículo 28 de la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco* de 2011 australiana significa que, incluso si la medida de empaquetado genérico del tabaco impide que una persona utilice una marca de fábrica o de comercio en el empaquetado para el comercio al por menor de los productos de tabaco, la capacidad de registrar la marca en Australia no resulta afectada. La naturaleza de los productos de tabaco a que se aplica una marca de fábrica o de comercio *no puede*, por lo tanto, constituir un obstáculo al registro de la marca. Los reclamantes aducen que, al impedir el uso de ciertos "signos", la medida de empaquetado genérico del tabaco es un "obstáculo al registro" porque impide que esos signos adquieran carácter distintivo y, por consiguiente, se conviertan en una marca de fábrica o de comercio. No obstante, con esto se intenta combinar los párrafos 1 y 4 del artículo 15 y se va mucho más allá del sentido corriente del párrafo 4 de dicho artículo. Australia no infringe el párrafo 4 del artículo 15 debidamente interpretado.

#### III. La medida de empaquetado genérico del tabaco no reduce los derechos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada de conformidad con los párrafos 1 o 3 del artículo 16

4. El artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC establece los "derechos conferidos" a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas. En el párrafo 1 del artículo 16 se prevé un "derecho exclusivo de impedir" el uso de ciertos signos cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. El párrafo 3 del artículo 16 confiere a los titulares de marcas registradas notoriamente conocidas el derecho de impedir que terceros utilicen la marca. El "derecho de impedir" es un derecho negativo que permite al titular de una marca de fábrica o de comercio obtener reparación cuando un tercero utiliza su marca en determinadas circunstancias. Los derechos del titular de una marca de fábrica o de comercio son derechos frente a otros comerciantes. No son derechos positivos de *uso* de la marca frente a un Miembro de la OMC. No obstante, los Miembros están obligados a proporcionar a los titulares de las marcas de fábrica o de comercio la oportunidad de registrar su marca de manera que puedan protegerse sus derechos. Australia ha cumplido sus obligaciones a ese respecto y no ha infringido los párrafos 1 o 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.



#### **IV. La medida de empaquetado genérico del tabaco no infringe el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC**

5. A fin de demostrar que existe una infracción del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, un reclamante debe establecer que:

- i) la medida en litigio impone *exigencias especiales* al uso de las marcas de fábrica o de comercio;
- ii) las exigencias especiales *complican el uso* de una marca de fábrica o de comercio *en el curso de operaciones comerciales*; y
- iii) la medida en litigio impone la complicación *injustificablemente*.

6. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales no será complicado injustificablemente con exigencias especiales y contiene una lista no exhaustiva de esas exigencias especiales, cada una de las cuales se refiere al *uso* de una marca. Si se ha demostrado que la medida de empaquetado genérico del tabaco impone exigencias especiales que complican el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, debe establecerse además que el uso no se complica "injustificablemente". Sobre la base de los puntos de vista del Órgano de Apelación de la OMC expresados en *Brasil - Neumáticos recauchutados*<sup>1</sup> y *CE - Productos derivados de las focas*<sup>2</sup> y el sentido corriente de la palabra "injustificablemente", en su contexto y a la luz del objeto y fin del Acuerdo, es evidente que el uso de una marca de fábrica o de comercio solo es complicado justificablemente con exigencias especiales si no hay una conexión racional entre la imposición de las exigencias especiales y un objetivo legítimo.

7. Nueva Zelandia reconoce que el texto y el objeto y fin del artículo XX del GATT son distintos de los del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y que el artículo 20 no contiene el concepto de discriminación. Pese a esas diferencias, Nueva Zelandia considera que el razonamiento del Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* y *CE - Productos derivados de las focas* proporciona una orientación útil sobre el sentido corriente de la palabra "injustificablemente" en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y es coherente con dicho sentido.

8. Esta interpretación de la palabra "injustificablemente" es coherente con el contexto que proporcionan otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y el objeto y fin de ese Acuerdo. El párrafo 1 del artículo 8 y la *Declaración Ministerial de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública* de 2001 confirman que el Acuerdo sobre los ADPIC debe interpretarse de manera que respalde el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública e indican que la protección de la salud pública tiene especial importancia para los Miembros.

9. Los reclamantes parecen interpretar que el artículo 20 importa un criterio de "necesidad" o un criterio de "mínima restricción del comercio". Ese enfoque introduce en el texto del artículo 20 palabras que no figuran en él. Dado que los conceptos de "necesidad" y "mínima restricción del comercio" no se incluyeron en el artículo 20, es razonable llegar a la conclusión de que los redactores de ese artículo no tenían intención de incorporar esos conceptos. El hecho de que la existencia de dichos conceptos no resulte evidente en ninguna parte del texto del artículo 20 significa que se debe dar al sentido corriente de los términos su efecto interpretativo. Nueva Zelandia señala también que es importante no introducir por la puerta trasera un criterio de necesidad o de mínima restricción del comercio elaborando un criterio que, a todos los efectos, sea equivalente a un criterio de "necesidad" "o mínima restricción del comercio".

#### **V. La medida de empaquetado genérico del tabaco no restringe el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2**

10. Los reclamantes han alegado que la medida de empaquetado genérico del tabaco australiana infringe el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC). La protección de la salud humana es evidentemente uno de los "objetivos

<sup>1</sup> Informe del Órgano de Apelación, párrafos 226 y 227.

<sup>2</sup> Informe del Órgano de Apelación, párrafo 5.306.

legítimos" abarcados por el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo son graves. El párrafo 2 del artículo 2 protege las expectativas de los Miembros de la OMC de que los reglamentos técnicos no limiten el comercio en un grado mayor de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. No se ha demostrado que la medida de empaquetado genérico del tabaco restrinja el comercio o que haya modificaciones de las condiciones de mercado como resultado de esa medida que tengan un efecto limitativo del comercio de los productos de tabaco importados. En cualquier caso, las pruebas aportadas por Australia demuestran que la medida de empaquetado genérico del tabaco contribuye a sus objetivos de salud pública disminuyendo el atractivo de los productos de tabaco y contribuyendo a sus objetivos más amplios de desalentar el consumo, alentar el abandono y, de ese modo, reducir la exposición al humo. Los reclamantes no han satisfecho la carga que les correspondía de hacer una acreditación *prima facie* de infracción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Además, las Directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) recomiendan que las partes consideren la posibilidad de adoptar el empaquetado sencillo de los productos de tabaco. Por lo tanto, las medidas están incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

## **VI. Análisis de las pruebas presentadas por los reclamantes que comparan la prevalencia del tabaquismo en Australia y Nueva Zelanda**

11. Nueva Zelanda formula también observaciones sobre las pruebas presentadas por los reclamantes que tratan de comparar la prevalencia del tabaquismo en Australia y Nueva Zelanda. El "informe del experto J. Klick" sobre los efectos de la Ley relativa al empaquetado genérico australiana en el tabaquismo, presentado por Ucrania<sup>3</sup>, adolece de numerosas deficiencias, contiene un análisis defectuoso y llega a conclusiones inválidas. Esto es especialmente inquietante para Nueva Zelanda debido a la comparación que hace el informe con datos procedentes de Nueva Zelanda. En particular, el estudio de Klick establece un criterio de evaluación falso y prácticamente imposible al buscar una reducción marcada a corto plazo de la prevalencia del tabaquismo y el consumo de tabaco en la población. Además, la utilización de Nueva Zelanda como caso para la comparación es superficial e induce a error, los conjuntos de datos utilizados por el Profesor Klick no son fiables y la presentación de los resultados de la encuesta en el informe induce asimismo a error.

12. Nueva Zelanda señala que el Grupo Especial tiene derecho a basarse en las pruebas empíricas disponibles en el momento de la aplicación de una medida y en las pruebas posteriores a la aplicación que contribuyen a la evaluación de la conexión racional entre la medida y el objetivo legítimo y el grado en que la medida contribuye a los objetivos legítimos de política pública de un Miembro de la OMC. Hacer caso omiso de esas pruebas sería incumplir la norma de examen de los grupos especiales establecida en el artículo 11 del ESD: realizar una evaluación objetiva de los hechos del asunto. No obstante, al evaluar esas pruebas empíricas, un grupo especial debe examinar todas las pruebas objetivamente, con ánimo inquisitivo. Cuando las pruebas presenten deficiencias decisivas, como ocurre en el informe del Profesor Klick, el grupo especial no debe concederles ninguna importancia.

13. Por otra parte, el hecho de que las medidas de Australia se hayan aplicado en fecha relativamente reciente es un factor importante que el Grupo Especial debe tener presente al evaluar las pruebas de los reclamantes y las pruebas de Australia relativas al período posterior a la aplicación. Al determinar la importancia de cada elemento de prueba y el peso que el Grupo Especial debe conceder a esas pruebas, este debe tener presente que el efecto del empaquetado genérico del tabaco en las tasas de tabaquismo como parte de un conjunto amplio de medidas será más significativo a largo plazo. Cuando el objetivo es modificar el comportamiento a largo plazo, las pruebas de los efectos en el período inmediatamente posterior a la aplicación serán claramente menos convincentes. Esto es especialmente cierto cuando, como en este asunto, los reclamantes intentan llegar a conclusiones definitivas sobre el éxito del empaquetado genérico del tabaco únicamente sobre la base de las tasas de prevalencia del tabaquismo poco después de la aplicación de la medida.

---

<sup>3</sup> Informe del experto J. Klick, "The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data" (el efecto de la Ley relativa al empaquetado genérico de Australia en el tabaquismo: pruebas procedentes de los datos de la encuesta y el mercado) (Prueba documental UKR-5).

## **VII. Conclusión**

14. A juicio de Nueva Zelandia, los reclamantes no han demostrado que la medida de Australia sea incompatible con los Acuerdos de la OMC de que se trata en la presente diferencia.

## ANEXO C-11

### RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE NICARAGUA

1. Este resumen de los argumentos de Nicaragua en la presente diferencia refleja las comunicaciones escritas y oral de ese país al Grupo Especial.<sup>1</sup> El Gobierno de Nicaragua agradece esta oportunidad de resumir sus puntos de vista y confía sinceramente en que el Grupo Especial tomará en cuenta sus preocupaciones sobre la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011* de Australia.
2. Como país en desarrollo y parte en el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) de la Organización Mundial de la Salud, Nicaragua comparte el objetivo de implementar medidas efectivas para el control del tabaco a fin de proteger la salud pública, mientras se facilita y promueve a la vez el comercio y el crecimiento económico.
3. Nicaragua desea manifestar su profunda preocupación por la imposición de medidas de control del tabaco que no han demostrado ser eficaces y que afectan negativamente a su comercio e intereses económicos. A este respecto, Nicaragua señala que cuenta con un importante sector tabacalero nacional que comprende el cultivo de la hoja de tabaco y la fabricación de productos de tabaco y genera más de 30.000 empleos directos y 180.000 empleos indirectos. Así pues, Nicaragua se siente preocupada por este reglamento técnico que restringe el comercio y que carece de una base científica sólida y no es compatible con los acuerdos abarcados de la Organización Mundial del Comercio ("OMC").
4. Nicaragua no cuestiona el derecho de Australia para tratar de regular la venta de productos de tabaco. Sin embargo, está seriamente preocupada por el hecho de que el empaquetado genérico no ha logrado contribuir a su objetivo de salud pública. El empaquetado genérico limita la capacidad de usar las marcas de fábrica o de comercio en productos legalmente disponibles y está teniendo el efecto de restringir severamente el comercio internacional.
5. En el curso de esta diferencia, Nicaragua ha resaltado algunas de las obligaciones de la OMC que Australia incumple mediante la aplicación de una medida innecesaria que restringe la capacidad de utilizar marcas de fábrica o de comercio para distinguir productos lícitos y los efectos que esto tiene en un país en desarrollo como Nicaragua. A este respecto, Nicaragua desea apoyar las alegaciones y los argumentos formulados por Cuba, Honduras, Indonesia, la República Dominicana y Ucrania en el marco de los Acuerdos de la OMC.
6. Antes de examinar sus preocupaciones con respecto a la medida australiana en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC") y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al comercio ("Acuerdo OTC"), Nicaragua desea señalar que no cree que la aplicación de ambos Acuerdos a la misma medida sea motivo de "preocupaciones sistémicas". Efectivamente, la aplicación de todas las disciplinas de la OMC pertinentes y aplicables a una medida de un Miembro impugnada es una característica común de las diferencias de la OMC y se exige a los grupos especiales en virtud del párrafo 2 del artículo 7 y el artículo 11 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD").
7. Si se consideran sus efectos en las cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual protegidos por el Acuerdo sobre los ADPIC, la medida de empaquetado genérico de Australia es un reglamento singular. Es el primero de su tipo que niega las funciones esenciales de las marcas de fábrica o de comercio a un grupo específico de productos. Las marcas ya no pueden realizar su función esencial de identificación de la fuente y de distinguir entre productos de competidores. Por lo tanto, en lugar de "proteger" los derechos de marca de fábrica o de comercio en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad

---

<sup>1</sup> Comunicación escrita presentada por Nicaragua en calidad de tercero de 10 de abril de 2015, declaración oral de Nicaragua en la sesión destinada a los terceros de la primera audiencia del Grupo Especial de 3 de junio de 2015 y respuestas de Nicaragua a las preguntas formuladas a los terceros por el Grupo Especial de 6 de julio de 2015.

Industrial ("Convenio de París"), Australia previene la protección de las marcas a través de la aplicación de la medida de empaquetado genérico.

8. Nicaragua considera que la medida de empaquetado genérico viola los párrafos 1 y 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC al prohibir el uso de todas las marcas no denominativas sin evaluar individualmente cada una de ellas. Los signos figurativos y no intrínsecamente distintivos que resultan de los requisitos de empaquetado genérico impuestos por Australia no pueden constituir una "marca de fábrica o de comercio" como se define en el Acuerdo sobre los ADPIC. La medida de empaquetado genérico de Australia es de producto específico debido a que la prohibición de utilizar las marcas solo se aplica a una categoría particular de productos.

9. Nicaragua no está convencida por el argumento formalista de Australia de que el empaquetado genérico no afecta a los derechos sustantivos establecidos en el artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC porque las marcas de fábrica o de comercio que ya no pueden ser utilizadas se mantienen registradas en Australia. El texto del artículo 16 establece un vínculo importante entre el uso de una marca, su fuerza y la capacidad del titular de una marca de proteger su marca contra una violación de su derecho. De ese modo, mediante la prevención de la capacidad de utilizar las marcas comerciales, Australia reduce el nivel de protección por debajo del nivel mínimo garantizado por los párrafos 1 y 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

10. En relación con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, Nicaragua es de la opinión de que el requisito que impone es muy claro. Este artículo establece que una medida reguladora que obstaculice el uso de marcas comerciales está sujeta a las disciplinas del Acuerdo sobre los ADPIC. Por lo tanto, el argumento de que las marcas de fábrica o de comercio solo proporcionan derechos "negativos" es desmentido por el texto del artículo 20, que protege claramente el uso de una marca de obstáculos injustificables. En otros términos, se debe permitir, en principio, que se utilicen las marcas de fábrica o de comercio sin complicaciones indebidas introducidas por el Gobierno.

11. Además, Nicaragua señala que la medida de empaquetado genérico es una "exigencia especial" sujeta al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, pero que las restricciones generales de la publicidad no son "específicas" en relación con el uso de las marcas de fábrica o de comercio y, por lo tanto, no están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 20. Esta distinción es importante porque Nicaragua sostiene que los Miembros conservan un amplio grado de discrecionalidad para la reglamentación eficaz del comportamiento privado que puede afectar de manera incidental al uso de las marcas. El amplio margen de políticas conferido a los Miembros para reglamentar en esa esfera proporciona también un contexto que permite comprender el amplio alcance del término "injustificablemente".

12. Nicaragua considera que el término "injustificablemente" no debe interpretarse de manera limitada para permitir cualquier obstáculo que esté meramente relacionado con un objetivo de política legítimo. En este sentido, la lectura del término por parte de Australia, que solo requiere una "conexión racional" con el objetivo de la política, no es claramente sostenible. La mayor parte de los Miembros parece estar de acuerdo en que la interpretación que hace Australia del término "injustificable" es indebidamente restringida. A juicio de Nicaragua, la palabra "injustificablemente" denota un nivel de proporcionalidad e idoneidad y se incluyó en el artículo 20 para permitir solo complicaciones limitadas y proporcionadas. Nicaragua señala que el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994") proporciona un contexto pertinente para la interpretación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC pero desea recordar al Grupo Especial que deben tenerse en cuenta varias diferencias entre ambas disposiciones, como se ha dicho en nuestras respuestas a las preguntas del Grupo Especial. Otro tanto ocurre en el caso de los términos del párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, como se ha expuesto también en nuestras respuestas a las preguntas del Grupo Especial.

13. Nicaragua sostiene que Australia viola sus obligaciones en virtud del artículo 20 porque una exigencia especial que prohíbe el uso de una marca de fábrica o de comercio y tiene como objetivo principal la destrucción de sus funciones de determinación de origen y distinción de producto no es una complicación "proporcional" y, por lo tanto, es necesariamente "injustificable". Además, una medida que no evalúa individualmente las marcas de fábrica o de comercio en cuestión sino que prohíbe abiertamente el uso de esas marcas viola el artículo 20. En otros términos, la medida de empaquetado genérico de Australia es una medida reglamentaria desproporcionada que

menoscaba el contenido mismo de los derechos conferidos a las marcas de fábrica o de comercio en el Acuerdo sobre los ADPIC.

14. Finalmente, Nicaragua ha revisado las pruebas presentadas en esta diferencia relativa a la contribución de la medida de empaquetado genérico a su objetivo de salud pública. Está convencida por las pruebas de los reclamantes que demuestran que el empaquetado genérico no ha tenido ningún efecto positivo tanto en el número total de fumadores como en el consumo en los dos años siguientes a su aplicación. Nicaragua señala que Australia no ha sido capaz de responder de forma adecuada ni brindar información para contrarrestar las pruebas presentadas por los reclamantes. La dependencia de Australia de ciencias del comportamiento y teorías de comercialización no es convincente cuando existen hechos en contrario en el expediente. Así pues, el empaquetado genérico es una complicación injustificable porque no es "necesario" para la protección de la salud pública, ya que no contribuye a reducir el tabaquismo, como confirman los datos que se han presentado al Grupo Especial.

15. En resumen, con respecto a las cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual que se plantean en la presente diferencia, Nicaragua considera que la prohibición del uso de las marcas y la obligación de utilizar los nombres de marca en una forma estandarizada son impedimentos injustificables impuestos al uso de una marca. Por lo tanto, el empaquetado genérico los compromisos de Australia en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

16. En cuanto a la compatibilidad de la medida de Australia con el Acuerdo OTC, Nicaragua constata que la medida -que está contenida en un documento que establece requisitos relacionados con el producto o la producción para el marcado y el etiquetado- es claramente un reglamento técnico sujeto a las disciplinas de ese Acuerdo. En cuanto a la alegación de violación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, Nicaragua considera que el empaquetado genérico restringe el comercio más de lo necesario para cumplir el objetivo declarado de reducir el uso de productos de tabaco.

17. La norma legal que se aplicará se ha desarrollado con el tiempo en las diferencias relacionadas con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994, en los cuales se establece una prueba de "necesidad". Nicaragua señala que una medida que es restrictiva del comercio y que no contribuye de manera efectiva del todo al cumplimiento del objetivo legítimo no puede ser considerada como "necesaria". Todas estas medidas constituyen obstáculos "innecesarios" al comercio, y no es necesario analizarlas con respecto a medidas alternativas que restrinjan menos el comercio.

18. En primer lugar, los muy estrictos requisitos de empaquetado y producto impuestos por Australia restringen necesariamente las oportunidades competitivas en el mercado australiano, pese al hecho no pertinente de que puede no ser parte de la medida una discriminación basada en el origen. De hecho, el empaquetado genérico es un fuerte desincentivo para Nicaragua y otros Miembros de exportar sus productos a Australia, ya que hace 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.

19. En segundo lugar, como ha sido presentado por los reclamantes, los hechos demuestran la falta de contribución de la medida de empaquetado genérico a su objetivo de salud pública. No hay nada en las pruebas presentadas por Australia que convincentemente contradiga estas conclusiones. El empaquetado genérico ha tenido efectos perjudiciales, como ha resultado, en particular, en el desarrollo del comercio ilícito. Australia podía haber utilizado alternativas menos restrictivas del comercio para alcanzar sus objetivos de salud declarados. En consecuencia, Nicaragua considera que Australia infringe el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

20. En conclusión, Nicaragua apoya las políticas de control del tabaco eficaces que realmente contribuyan a reducir el tabaquismo y proteger la salud. Sin embargo, la medida de empaquetado genérico del tabaco de Australia que fue adoptada con un objetivo de protección de la salud no cumple con las obligaciones internacionales que dispone el Acuerdo sobre los ADPIC en materia de marcas y viola las obligaciones de Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

21. La protección de las marcas de fábrica o de comercio y la aplicación de las normas que rigen la imposición de reglamentos técnicos son importantes, especialmente para los países en

desarrollo donde se cultiva tabaco y se fabrican productos de tabaco. Por lo tanto, Nicaragua solicita respetuosamente al Grupo Especial que tome en consideración sus comentarios al resolver estas diferencias, que tienen importantes implicaciones sistémicas para todos los Miembros de la OMC.

## ANEXO C-12

### RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE NIGERIA\*

#### INTRODUCCIÓN

Nigeria agradece la oportunidad de exponer sus opiniones al Grupo Especial encargado de las diferencias DS434, DS435, DS441, DS458 y DS467. La medida objeto de la presente diferencia guarda relación con la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011 de Australia ("Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco"), que: 1) prohíbe el uso de logotipos, imagerie de marca, colores y textos promocionales en el empaquetado de los productos de tabaco destinados al comercio minorista; 2) permite el uso del nombre comercial y de la empresa o compañía y de cualquier nombre de variante en el empaquetado de los productos destinados al comercio minorista, siempre que estos nombres aparezcan en forma normalizada; 3) impone determinadas restricciones a la forma y el acabado del empaquetado de los productos de tabaco destinados al comercio minorista; y 4) impone otros requisitos relativos al aspecto de los productos de tabaco. Además, la medida también impuso el uso de grandes advertencias sanitarias gráficas que abarcan un 75% de la cara anterior y un 90% de la cara posterior del paquete de cigarrillos.

2. Esta comunicación se centrará en: i) la importancia económica del tabaco en Nigeria; ii) la protección de las marcas de fábrica o de comercio de conformidad con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC); y iii) las prescripciones reglamentarias en el marco del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC).

#### IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL TABACO EN NIGERIA

3. Nigeria cuenta con plantas de producción que generan importantes niveles de actividad económica, ingresos fiscales y empleo. Por lo tanto, el tabaco es una fuente de empleo e ingresos para muchos agricultores nigerianos. Dada la importancia del tabaco para el desarrollo económico de Nigeria, consideramos que las preocupaciones sanitarias relacionadas con el consumo de tabaco no dan lugar a la adopción de restricciones innecesarias del comercio y medidas reglamentarias ilegítimas que perjudican a los productores sin beneficiar al interés público general.

4. Nigeria es parte en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco ("CMCT") al que se remite la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco. Nigeria considera que el CMCT no obliga a adoptar el empaquetado genérico y no permite a los Miembros incumplir sus obligaciones internacionales. De hecho, ninguna disposición del CMCT se refiere al empaquetado genérico y, en consecuencia, este no forma parte de ninguna de las obligaciones mínimas de dicho Convenio. El párrafo 1 del artículo 2 del CMCT indica que las partes pueden ir más allá de las obligaciones que les corresponden en virtud del CMCT siempre que actúen en conformidad con el derecho internacional, incluido el derecho de la OMC. Queda claro que cuando se adoptaron las directrices no vinculantes relativas a los artículos 11 y 13 sobre empaquetado y publicidad, y se recomendó considerar la posibilidad de introducir el empaquetado sencillo, esta no era ni una obligación de adoptar el empaquetado sencillo ni una sugerencia de que se hiciera caso omiso de los principios constitucionales internos ni de las obligaciones jurídicas internacionales. La adopción que las Directrices del CMCT sugerían no era otra cosa que examinar si el empaquetado sencillo sería un medio eficaz y si era una medida que pudiera ser compatible con las obligaciones que impone el derecho internacional a los Miembros en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

#### PROTECCIÓN DE LAS MARCAS DE FÁBRICA O DE COMERCIO EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

6. Nigeria considera que está firmemente establecido que las marcas de fábrica o de comercio tienen un cometido importante en un mercado de competencia al permitir que los productores diferencien sus productos. Esta función de distinguir productos es la esencia de las marcas de

\* La comunicación escrita de Nigeria se utiliza como su resumen.



fábrica o de comercio y tiene el importante cometido de garantizar una competencia leal y efectiva en el mercado. Un mercado mundial sin marcas de fábrica o de comercio es inimaginable.

7. Las pruebas presentadas por Ucrania, Honduras, la República Dominicana, Indonesia y Cuba (en adelante, "los reclamantes") confirman el cometido fundamental que tienen las marcas de fábrica o de comercio en la competencia y el comercio. El cometido de distinguir productos crea oportunidades de competencia, internamente y en el comercio internacional. El informe de la OMPI sobre las "marcas mundiales" al que se han referido algunos de los reclamantes resume adecuadamente el cometido fundamental de las marcas de fábrica o de comercio en el mercado.<sup>1</sup> Además, el informe del experto Profesor Neven, presentado por Ucrania, ayuda a comprender mejor las diferentes funciones de las marcas de fábrica o de comercio y el importante papel que desempeñan en relación con la entrada en nuevos mercados a través de su función de comunicación.<sup>2</sup>

8. El importante cometido de las marcas de fábrica o de comercio en materia de competencia y comercio no parece ser objeto de diferencia entre las partes. Es evidente que solo cuando se permite usarlas en productos las marcas de fábrica o de comercio pueden desempeñar esta función, y no cuando permanecen sin más en un registro. Una de las cuestiones objeto de diferencia es si estas funciones económicas de las marcas de fábrica o de comercio se traducen en obligaciones jurídicas vinculantes en el Acuerdo sobre los ADPIC.

9. A este respecto, Nigeria ha considerado detenidamente los argumentos jurídicos presentados por ambas partes sobre la interpretación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC. Los reclamantes<sup>3</sup> aducen que la prohibición respecto de las marcas de fábrica o de comercio impuesta por la medida relativa al empaquetado genérico de Australia contradice varios principios consagrados en las diversas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Señalan que la medida no aborda preocupaciones específicas relacionadas con determinadas marcas de fábrica o de comercio, lo que contradice el enfoque referido a marcas de fábrica o de comercio específicas del Acuerdo sobre los ADPIC. También destacan que la medida prohíbe todas las marcas no denominativas y, en consecuencia, crea una diferenciación entre distintos tipos de marcas sobre la base de su forma, lo que infringe el principio consagrado en el párrafo 1 del artículo 15. Además, se aduce que es la naturaleza del producto y no la naturaleza de la marca de fábrica o de comercio la que lleva a Australia a prohibir las marcas de fábrica o de comercio, en infracción de la norma establecida en el párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.

10. Según los reclamantes, los derechos que han de conferirse a los titulares de una marca de fábrica o de comercio como resultado del registro se basan en la posibilidad de usar dicha marca en el comercio (es decir, en relación con los consumidores), posibilidad que los determina. La esencia de su argumento al amparo del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC es que hay un vínculo directo e inseparable entre el uso de la marca, la fuerza de la marca y el alcance de su protección garantizado en virtud del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Además aducen que la facultad del titular de una marca de fábrica o de comercio de impedir el uso no autorizado por terceros es un medio para un fin, y que el fin es el uso de la marca de fábrica o de comercio, como signo distintivo, por su titular.

13. En vista de la importancia de las marcas de fábrica o de comercio, Nigeria opina que los argumentos presentados por Australia no son convincentes. Nigeria está de acuerdo con los reclamantes en que la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio válidamente registradas por razones no relacionadas con las marcas específicas es incompatible con la prescripción del Acuerdo sobre los ADPIC de "proteger" las marcas. El Acuerdo sobre los ADPIC procura proteger los derechos de propiedad intelectual por el valor que aportan al comercio como factores que aseguran la competencia efectiva y proporcionan oportunidades de competencia. A juicio de Nigeria, si esta medida que prohíbe el uso de marcas de fábrica o de comercio por lo demás válidas se hubiera aplicado a un producto diferente, la infracción hubiera sido obvia; por lo

---

<sup>1</sup> Véase, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, "Informe mundial sobre la propiedad intelectual -Reputación e imagen en el mercado global"- Prueba documental UKR-20.

<sup>2</sup> Informe del experto D. Neven, *et al.*, "The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment" - Prueba documental UKR-3, página 39.

<sup>3</sup> Si bien hay algunas diferencias entre los argumentos específicos de los reclamantes y algunos de ellos formulan algunos argumentos y otros no, en nuestra calidad de tercero en las cinco diferencias nos remitimos a los argumentos de los reclamantes en su conjunto.

tanto, las marcas no están protegidas y los derechos conferidos a sus titulares no están garantizados si no pueden usarse, dado que son marcas distintivas que diferencian productos.

14. Nigeria considera que el informe del experto Profesor Dinwoodie, presentado por Ucrania como Prueba documental UKR-1, explica convincentemente cómo la oportunidad de usar una marca de fábrica o de comercio es inseparable y determinante del alcance de su protección. Es casi de sentido común que si el uso legítimo de la marca de fábrica o de comercio es un requisito para mantener la protección de la marca -como prevé el artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC y recoge la legislación australiana- entonces debe considerarse que una mínima oportunidad de uso forma parte del marco de protección de esa marca. Entendemos que esto también queda recogido en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que impide que los Miembros compliquen el uso de marcas de fábrica o de comercio con exigencias reglamentarias injustificables.

15. En consecuencia, el texto del Acuerdo sobre los ADPIC refleja la lógica económica de que las marcas de fábrica o de comercio merecen ser protegidas en los acuerdos internacionales por su función de distinción y su beneficiosa contribución conexas a la economía. Una marca de fábrica o de comercio solo puede desempeñar esta función cuando se usa. Esta es la razón de que el Acuerdo sobre los ADPIC se centre en el carácter distintivo como el único criterio para considerar que un signo constituye una "marca de fábrica o de comercio"; por ello puede exigirse el uso para mantener el registro; y por ello existe el artículo 20 (es decir, para proteger el uso de las marcas en el comercio frente a exigencias reglamentarias injustificables). El registro y la posibilidad de impedir que terceros no autorizados usen signos similares en productos similares, o incluso en productos no similares en el caso de marcas notoriamente conocidas, carece efectivamente de sentido si no se permite que la marca de fábrica o de comercio desempeñe su principal función. Leer todo el capítulo del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la "protección" de las marcas de fábrica o de comercio sin tomar en consideración el fundamento de tal protección no da sentido efectivo a las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.

16. En consecuencia, el uso es un elemento esencial de los derechos conferidos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio por el Acuerdo sobre los ADPIC. El criterio contrario es que los derechos fundamentales mínimos conferidos a los titulares de las marcas de fábrica o de comercio consisten simplemente en que estos registren sus marcas, pero no en la posibilidad de que las usen. Esta no es una interpretación convincente del Acuerdo sobre los ADPIC. Entendemos que esta es también la opinión expresada por otro destacado experto en derecho internacional público, el Juez Schwebel, en su informe, presentado como Prueba documental UKR-2.<sup>4</sup>

17. En resumen, estamos de acuerdo con los reclamantes en que la medida de empaquetado genérico de Australia es incompatible con disposiciones fundamentales del Acuerdo sobre los ADPIC que se ocupan de la definición de las marcas de fábrica o de comercio, los derechos conferidos y las limitaciones impuestas a los requisitos oficiales que complican el uso de las marcas de fábrica o de comercio. Esto no quiere decir que Australia no pueda combatir las marcas de fábrica o de comercio que sean equívocas o engañosas o de tal naturaleza que transgredan la moral pública; todas ellas son razones firmemente establecidas para invalidar el registro y la protección de una marca de fábrica o de comercio y pueden servir de base para impedir su uso. Sin embargo, ello exige efectuar un análisis del signo específico en cuestión y su naturaleza supuestamente equívoca. La tajante medida de empaquetado genérico de Australia no examina la marca de fábrica o de comercio en relación con un criterio general de engaño, sino que simplemente prohíbe todas las marcas de fábrica o de comercio. Eso no es admisible con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.

18. Si bien los derechos de las marcas de fábrica o de comercio pueden ser "derechos negativos", esos derechos dependen del uso de la marca por su titular, uso que los determina y para el que se confieren. Nigeria está de acuerdo con la caracterización del "uso" por el Profesor Dinwoodie como la "savia" de la marca de fábrica o de comercio.<sup>5</sup>

19. A juicio de Nigeria, la medida de empaquetado genérico de Australia impide que los titulares gocen de los beneficios del valor y el activo intangible de sus marcas de fábrica o de comercio y

<sup>4</sup> Informe del experto S.M. Schwebel, "On Whether the Owner of a Registered Trademark Has the Right To Use that Trademark", Prueba documental UKR-2.

<sup>5</sup> Informe pericial de G.B. Dinwoodie, "Compatibility of Restrictions on the Use of Trade Marks within the TRIPS Agreement", página 1, Prueba documental UKR-1.

hace imposible que los titulares diferencien sus marcas de las de sus competidores. Una medida que comoditice el producto y su empaquetado alentará la entrada de productos falsificados y pirateados en el mercado. Desde una perspectiva comercial, Nigeria considera que las marcas de fábrica o de comercio desempeñan un importante cometido en la penetración de nuevos mercados. En consecuencia, el empaquetado genérico frustra el lanzamiento de productos en el mercado de Australia por parte de los fabricantes que no operan actualmente en él.

20. Esto no significa que Nigeria considere que el comercio o los derechos de propiedad intelectual sean más importantes que la salud; por supuesto que no. Sin embargo, a juzgar por los argumentos presentados por las partes, no parece ser esa la cuestión examinada en las presentes diferencias. El Acuerdo sobre los ADPIC permite excepciones sanitarias, como se desprende claramente del contexto de la protección mediante patentes, donde el Acuerdo sobre los ADPIC permite expresamente las licencias obligatorias. Esta flexibilidad se aclaró más aún en la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, adoptada en 2001, y la Decisión sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, adoptada en 2003, que se refieren al acceso a los medicamentos. Las marcas de fábrica o de comercio nunca fueron objeto de ese debate.

21. Las condiciones impuestas para permitir las licencias obligatorias, sin embargo, ponen de manifiesto un enfoque equilibrado en un contexto de gran dramatismo en que el acceso a los medicamentos puede tener el efecto directo y demostrable de salvar vidas. En la sección del ADPIC sobre las marcas de fábrica o de comercio no hay ninguna disposición similar que permita la expropiación directa o indirecta de la marcas de fábrica o de comercio e imponga condiciones que salvaguarden el respeto a los diferentes intereses. Esto probablemente sea un reflejo de la naturaleza diferente de las marcas de fábrica o de comercio en comparación con las patentes. El titular de una patente reivindica la exclusividad sobre un producto capaz de salvar vidas y puede dictar las condiciones para la puesta de ese producto a disposición del público. Por lo tanto, la excepción sanitaria parece obvia. Por el contrario, el titular de una marca de fábrica o de comercio solo reivindica la titularidad sobre un signo que desea usar para distinguir un producto del de los competidores. Dado que del texto del Acuerdo sobre los ADPIC se desprende claramente que un signo que sea equívoco por ejemplo en cuanto a las características positivas del producto en materia de salud no debe registrarse y es posible denegar su uso, no parece necesario establecer ninguna otra excepción sanitaria.

22. Por último, Nigeria considera que la adopción de la interpretación de Australia tendría efectos negativos para los titulares de marcas de fábrica o de comercio y también para los consumidores, y no sería un enfoque correcto para equilibrar los intereses comerciales y en materia de salud en el marco de la OMC.

### **REQUISITOS REGLAMENTARIOS PREVISTOS EN EL ACUERDO OTC**

23. Nigeria recuerda que en 2011 la medida de empaquetado genérico en proyecto de Australia se notificó a la OMC como un reglamento técnico que podía afectar significativamente al comercio con otros Miembros. Muchos Miembros, incluida Nigeria, expresaron en el Comité OTC su preocupación por esa medida en proyecto. Nigeria se refirió a las plantas de producción de la industria tabacalera que generaban importantes niveles de actividad económica, ingresos fiscales y empleo en Nigeria. El tabaco era una fuente de empleo e ingresos para muchos agricultores nigerianos y, por lo tanto, existía preocupación por las repercusiones sistémicas de la medida australiana y sus consecuencias comerciales directas e indirectas para la economía nacional nigeriana. Nigeria expresó la opinión de que la medida de empaquetado genérico en proyecto restringía el comercio más de lo necesario para alcanzar los legítimos objetivos de salud y era contraria al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.<sup>6</sup>

24. Nigeria posteriormente explicó que le preocupaba que la medida eliminara todos los diseños, logotipos, características cromáticas y otras marcas similares del empaquetado del tabaco de marca e hiciera prácticamente imposible identificar productos de marca específicos. Esto dificultaría la entrada de los fabricantes extranjeros en el mercado australiano. En consecuencia, Nigeria solicitó datos científicos y técnicos que demostraran que el empaquetado genérico reduciría el número de fumadores en Australia y la conformidad de la medida con los párrafos 2 y 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, e instó a Australia a tener en cuenta las opiniones y las

<sup>6</sup> G/TBT/M/55, párrafos 185 y 186.

preocupaciones de los Miembros y a presentar una medida alternativa que asegurara el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC.<sup>7</sup>

25. Más recientemente, Nigeria también manifestó preocupación por un proyecto de medidas de empaquetado genérico similar presentado por Irlanda. En la reunión celebrada por el Comité OTC en marzo de 2014, Nigeria observó con preocupación que las medidas de empaquetado genérico, podrían sentar un precedente, en particular en lo que respecta a la imposición de restricciones similares a productos muy regulados como las bebidas alcohólicas, los aperitivos y las bebidas carbonatadas. En la reunión, Nigeria no se opuso al objetivo de proteger la salud de las personas, pero expresó sus dudas acerca de que las medidas de empaquetado pudieran contribuir a lograr ese objetivo. Nigeria afirmó que estas medidas parecían restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo.<sup>8</sup>

Por lo tanto, Nigeria estaba particularmente interesada en examinar los argumentos jurídicos y fácticos de las partes relativos a la medida de empaquetado genérico de Australia.

26. Nigeria observa que los reclamantes han impugnado la medida de empaquetado genérico de Australia por considerarla incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Los reclamantes aducen que el párrafo 2 del artículo 2 exige sopesar y confrontar el grado de restricción del comercio de la medida, el grado de contribución a alcanzar su objetivo y la disponibilidad de medidas alternativas menos restrictivas pero igualmente eficaces.

27. Nigeria considera que el Acuerdo OTC somete a disciplinas la aplicación por los Miembros de reglamentos técnicos que sean innecesariamente restrictivos del comercio. El Acuerdo exige que los Miembros de la OMC sopesen y confronten los métodos para alcanzar los objetivos legítimos de política pública, como la reducción del tabaquismo, con los intereses de los interlocutores comerciales de la OMC. Como mínimo, los costos y las dificultades de acceso al mercado que impone un reglamento deben contribuir efectivamente a alcanzar el objetivo. Además, la restricción del comercio producida por el reglamento debería ser proporcional a la contribución al logro del objetivo. Asimismo, si existe una medida alternativa que constituya un impedimento menor para acceder al mercado y sea eficaz o más eficaz que la medida efectivamente impuesta, debería aplicarse la medida menos restrictiva. Ese criterio jurídico está firmemente establecido y no debiera ser diferente en función de la naturaleza del producto.

28. Nigeria ha examinado detenidamente la gran cantidad de hechos y pruebas incluidos en las numerosas pruebas documentales presentadas por las partes sobre la eficacia real o probable de la medida. Sobre la base de este examen, Nigeria considera que las pruebas presentadas por los reclamantes demuestran que la medida de empaquetado genérico no ha contribuido a reducir el tabaquismo y no es probable que lo haga en el futuro.

29. La medida de empaquetado genérico es un reglamento técnico que contiene varios requisitos de empaquetado y etiquetado estrictos que se aplican a los productos de tabaco. El objetivo de Australia al adoptar la medida de empaquetado genérico era reducir la prevalencia del hábito de fumar en la población australiana en su conjunto y, en particular, en los aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres. En consecuencia, el objetivo de salud pública, que también está recogido en la Ley de Empaquetado Genérico del Tabaco, es mejorar la salud pública reduciendo el inicio y aumentando el abandono del hábito. Nigeria apoya plenamente este objetivo. Sin embargo, la naturaleza legítima del objetivo no justifica los medios elegidos para perseguirlo.

30. Las pruebas de expertos en economía presentadas al Grupo Especial 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.<sup>9</sup> En consecuencia, la medida de empaquetado genérico impone una restricción muy importante a la competencia y el comercio. Sin embargo, las pruebas presentadas también demuestran que la medida de empaquetado genérico restrictiva del comercio australiano no es necesaria en absoluto para alcanzar el objetivo declarado de proteger la salud. Los hechos muestran que dos años después de

<sup>7</sup> G/TBT/M/56, párrafo 166.

<sup>8</sup> G/TBT/M/62, párrafo 2.182.

<sup>9</sup> Informe del experto D. Neven, *et al.*, "The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment.", páginas 37-40, Prueba documental UKR-5.

la aplicación del empaquetado genérico, la medida no ha contribuido a reducir el tabaquismo ni a modificar el comportamiento con respecto al hábito de fumar de manera más general. Por lo tanto, no ha contribuido a proteger la salud pública. El estudio del Profesor Klick en el que se compara la situación en Australia (que adoptó el empaquetado genérico) con la de Nueva Zelanda (que no adoptó el empaquetado genérico) durante el mismo período confirma que el empaquetado genérico no ha modificado el comportamiento de la población con respecto al consumo de tabaco y, por lo tanto, no hay ninguna prueba de que haya reducido el tabaquismo.<sup>10</sup> El estudio confirma los datos del mercado y otras pruebas objetivas de Australia presentadas por los reclamantes.

31. Parece especulativo aducir, como hace Australia, que es probable que en el futuro la medida haga una contribución si en los dos primeros años no ha producido efecto alguno. De hecho, Nigeria considera convincentes las pruebas presentadas por los reclamantes sobre por qué las personas empiezan a fumar y por qué les resulta difícil dejar de hacerlo. Los expertos consideran que el empaquetado y las marcas de fábrica o de comercio no influyen en esos comportamientos. Si esto es así, entonces resulta difícil entender por qué motivo cabría esperar que la eliminación de las marcas de fábrica o de comercio y la normalización del empaquetado tuvieran efecto alguno. En tanto en cuanto se supone que la medida se ocupa de la información al consumidor, Nigeria señala que el empaquetado genérico no proporciona ninguna información. De hecho, es de conocimiento general que fumar es muy peligroso para la salud de los consumidores, por lo que Nigeria no comprende bien cuál sería el objetivo de información al consumidor que cumpliría el empaquetado genérico. En cualquier caso, Nigeria observa que las grandes advertencias sanitarias impuestas por Australia en virtud de un conjunto distinto de normas y reglamentos no han sido impugnadas por los reclamantes.

32. El análisis económico de la oferta y la demanda presentado por el experto Profesor Neven en su informe confirma lo improbable de que el empaquetado genérico haga alguna contribución positiva. De hecho, su conclusión es que es sumamente probable que el empaquetado genérico tenga el efecto opuesto.<sup>11</sup> Esto indica que el "riesgo de incumplimiento" del objetivo es mayor *con* el empaquetado genérico que *sin* el empaquetado genérico. El análisis de tendencias presentado por la República Dominicana demuestra que el empaquetado genérico tiene el efecto de cambio a productos de menor precio y también confirma las consecuencias desfavorables del empaquetado genérico.<sup>12</sup>

33. Todas las pruebas apuntan en el mismo sentido. La medida de empaquetado genérico de Australia no ha modificado el comportamiento con respecto al tabaquismo hasta el momento y no lo hará en el futuro porque simplemente no tiene la capacidad de hacerlo. Antes bien, las pruebas confirman que la medida amenaza socavar el objetivo de salud de Australia al fomentar la competencia sobre la base del precio, que aumenta el consumo, y al estimular el comercio ilícito.

En tales circunstancias, el debate sobre las alternativas pierde sentido. En cualquier caso, Nigeria desea formular dos observaciones sobre las alternativas que se presentaron y el rechazo de estas alternativas por parte de Australia. En primer lugar, el hecho de que una medida ya exista no significa que no pueda existir una "alternativa". En efecto, está firmemente establecido que la tributación es el instrumento más eficaz para el control del tabaco. Por este motivo entonces, no cabe duda de que un aumento de los tributos australianos pertinentes que se propusiera para cumplir la recomendación de la Organización Mundial de la Salud constituiría una medida alternativa. Nigeria entiende que esta también ha sido la opinión de la OMC hasta ahora.<sup>13</sup> En segundo lugar, Nigeria considera que cuando existe una institución que se ocupa de las cuestiones relacionadas con la protección del consumidor relativas al empaquetado, como sucede en Australia, entonces un mejor uso de esa institución parece ser una alternativa que merece seguir considerándose antes de imponer medidas novedosas como el empaquetado genérico.

<sup>10</sup> Informe del experto J. Klick, "The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data", página 2, Prueba documental UKR-5.

<sup>11</sup> Informe del experto D. Neven, *et al.*, "The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment.", Prueba documental UKR-3, páginas 32-35, página 44.

<sup>12</sup> Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, elaborado por el Institute for Policy Evaluation (Dr. David Afshartous, Profesor Marcus Hagedorn, Profesor Ashok Kaul y Profesor Michael Wolf) (7 de octubre de 2014), página 2, Prueba documental DR-100.

<sup>13</sup> Véanse, por ejemplo, los informes del Grupo Especial, *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*, WT/DS431/R / WT/DS432/R / 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, párrafo 7.186.

34. A juicio de Nigeria, debería darse a los Miembros un amplio margen de política para perseguir sus objetivos legítimos, como la protección de la salud pública. Australia tiene uno de los regímenes de control del tabaco más estrictos del mundo y la felicitamos por su eficaz lucha contra el tabaquismo. Sin embargo, precisamente en tales circunstancias, debería velarse por mantener un enfoque equilibrado y garantizar que las nuevas restricciones del comercio y los derechos de propiedad intelectual sean lícitas y necesarias. Nigeria considera que los argumentos jurídicos presentados por los reclamantes con respecto a la infracción de los derechos de propiedad intelectual y las pruebas presentadas para demostrar la falta de contribución de la medida de empaquetado genérico confirman que la medida de Australia es innecesaria y un medio ilícito de alcanzar un fin legítimo. A juicio de Nigeria, si el producto está legalmente disponible en el mercado y nada indica que la marca de fábrica o de comercio específica sea equívoca o engañosa, y si no es ofensiva ni transgrede de algún otro modo la moral pública en Australia, entonces, en principio, debería permitirse que la marca se utilice en el producto para cumplir sus importantes funciones económicas.

### **CONCLUSIÓN**

Nigeria mantiene su apoyo al derecho de los Miembros de adoptar medidas para proteger la salud pública de conformidad con los Acuerdos de la OMC y felicitamos a Australia por su lucha contra el tabaquismo. Sin embargo, se debe velar por mantener un enfoque equilibrado que garantice la compatibilidad con las normas de la OMC. Nigeria considera que los argumentos jurídicos presentados por los reclamantes con respecto a la infracción de las normas de la OMC y las pruebas confirman que la medida en litigio es incompatible con el derecho de la OMC. Por lo tanto, consideramos que si un producto está legalmente disponible en el mercado y nada indica que una marca de fábrica o de comercio específica sea equívoca o engañosa, entonces, en principio, debería permitirse su uso en el producto para que cumpla su importante función económica.

**ANEXO C-13****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE NORUEGA****I. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC****A. El Acuerdo sobre los ADPIC y la protección de la salud pública**

1. En el Acuerdo sobre los ADPIC se reconoce el derecho de los Miembros a proteger la salud pública. Especialmente importantes a ese respecto son el artículo 7 y el párrafo 1 del artículo 8, así como la *Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública* (Declaración de Doha sobre la Salud Pública). La *Declaración de Doha sobre la Salud Pública* proporciona orientaciones interpretativas expresas, al afirmar 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". Aunque la Declaración no reúne las condiciones para ser una interpretación autorizada con arreglo al Acuerdo de Marrakech, su párrafo 4 debe considerarse un "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena. A la luz de esto, las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC deben interpretarse de manera que apoye los derechos de los Miembros a proteger la salud pública.

**B. El Acuerdo sobre los ADPIC no prevé un "derecho de usar" una marca de fábrica o de comercio**

2. Las alegaciones jurídicas formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC están basadas en la idea de que el Acuerdo prevé un derecho positivo a usar una marca de fábrica o de comercio registrada.<sup>1</sup> Noruega discrepa totalmente de esa idea y sostiene que la afirmación de los reclamantes de que existe un "derecho de usar" no halla ningún respaldo en las disposiciones pertinentes del Acuerdo cuando se interpretan debidamente. En lugar de ello, el Acuerdo sobre los ADPIC confiere derechos negativos a impedir determinados usos por terceros.

**C. Cuestiones jurídicas relacionadas con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC**

3. Las partes no están de acuerdo en si corresponde a los reclamantes o al demandado la carga de la prueba en virtud del artículo 20. Según 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".<sup>2</sup> A quién corresponde la carga de la prueba depende de la naturaleza jurídica de la disposición en cuestión. Noruega sostiene que la mejor descripción del artículo 20 es "una única obligación positiva".<sup>3</sup> Sobre esa base, la carga de la prueba en virtud del artículo 20 incumbe a los reclamantes. Para establecer la existencia de una infracción del artículo 20, los reclamantes deben demostrar que el uso de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales" ha sido "complica[do] injustificablemente ... con exigencias especiales". En los párrafos siguientes, Noruega expondrá su opinión sobre la interpretación de estos distintos elementos.

4. En primer lugar, por lo que se refiere a la expresión "en el curso de operaciones comerciales", Noruega está de acuerdo con la mayoría de las partes en la presente diferencia en que alude al proceso de compra y venta de bienes y servicios, y en que cualquier complicación posterior a ese momento queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 20.<sup>4</sup> En segundo lugar, Noruega sostiene que debe entenderse que la expresión "exigencias especiales" que se refiere a prescripciones relativas a la manera en que puede utilizarse una marca de fábrica o de comercio y

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 227-229 y 235.

<sup>2</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

<sup>3</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 428-430.

<sup>4</sup> Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafo 349, nota 539. Únicamente Honduras parece tener una opinión divergente; véase la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 224. Véase también la primera comunicación escrita de Australia, nota 350.

no a prescripciones que prohíben el uso de una marca. Se hace referencia a los argumentos de Australia a ese respecto.<sup>5</sup>

5. En tercer lugar, por lo que respecta al criterio que se ha de aplicar al evaluar la "naturaleza injustificable" de una complicación del uso, Noruega está de acuerdo con Australia en que se debe interpretar que la palabra "injustificablemente" hace referencia a una indagación de si hay una "conexión racional" entre las "exigencias especiales" y la directiva de política a la que obedecen esas exigencias.<sup>6</sup> A juicio de Noruega, el argumento de los reclamantes de que la palabra "injustificablemente" remite a un criterio similar al de "necesidad" no es compatible con una interpretación adecuada de conformidad con el sentido corriente que se ha de dar a ese término en su contexto y a la luz del objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC.

6. La palabra "*unjustifiably*" ("injustificablemente") se define como "*not capable of being justified*" (que no puede justificarse).<sup>7</sup> Esto no abarca los conceptos de "necesidad" y "mínimo carácter restrictivo". El término "injustificable" se utiliza en varios lugares de los Acuerdos de la OMC como parte de la expresión "discriminación arbitrari[a] e injustificable". En ese contexto, el Órgano de Apelación ha dicho que uno de "los factores más importantes" en la evaluación de la palabra "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".<sup>8</sup> El sentido corriente de la palabra "injustificable", tal como se interpreta en esos informes, respalda la interpretación de que en el artículo 20 la palabra "injustificablemente" debe hacer referencia a una indagación de si hay una "conexión racional" entre las "exigencias especiales" y la directiva de política a la que obedecen esas exigencias.

7. El contexto de la palabra "injustificable" confirma aún más esa interpretación. A ese respecto, Noruega haría referencia en particular al hecho de que los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC incluyeron la palabra "necesario" en varios lugares del Acuerdo pero optaron por *no* usarla en el artículo 20. Debe darse efecto a esa elección. Por consiguiente, no es admisible el argumento de los reclamantes de que se debe interpretar que el término "injustificablemente" abarca los conceptos de "necesidad", "mínimo carácter restrictivo" y "alternativas razonablemente disponibles".

8. El "objeto y fin del Acuerdo, tal como se expresa, en particular," en el párrafo 1 del artículo 8 respalda una interpretación de la palabra "injustificablemente" que preserva el alcance del derecho de los Miembros a perseguir objetivos de política legítimos mediante medidas que estén en conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo. Noruega sostiene que una interpretación que esté en armonía con el sentido corriente del término, como la arriba expuesta, responde mejor al principio que figura en el párrafo 1 del artículo 8.

9. Sobre la base de lo que antecede, es evidente que el alcance del artículo 20 no incluye los elementos prohibitivos de la medida de empaquetado genérico. Además, de una interpretación adecuada de la palabra "injustificablemente" se desprende que esta no hace referencia a conceptos como "necesidad" o "mínimo carácter restrictivo del comercio" sino, más bien, a una indagación de si hay una "conexión racional" entre las "exigencias especiales" y la directiva de política a la que obedecen esas exigencias.

## II. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL ACUERDO OTC

### A. Introducción

10. El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC contiene normas aplicables a las medidas que se ajustan a la definición de "reglamento técnico" que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.<sup>9</sup> Noruega considera que las prescripciones relativas al empaquetado, el marcado o el etiquetado deben considerarse "reglamentos técnicos" de conformidad con esa definición y no

<sup>5</sup> Primera comunicación escrita de Australia, parte IV, D, 2.

<sup>6</sup> Véase la primera comunicación escrita de Australia, párrafos 362 y 363.

<sup>7</sup> *Collins English Dictionary*, novena edición, HarperCollins Publishers, 2007.

<sup>8</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306.

<sup>9</sup> Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 175; y *CE - Amianto*, párrafo 59.



considera necesario, en la evaluación del párrafo 2 del artículo 2, distinguir entre la restricción del uso de una marca de fábrica o de comercio y los requisitos materiales.

**B. Las Directrices del CMCT son normas internacionales pertinentes en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

11. El párrafo 5 del artículo 2 dispone que se presumirá, a reserva de impugnación, que los reglamentos técnicos elaborados, adoptados o aplicados para alcanzar un objetivo legítimo mencionado en el párrafo 2 del artículo 2 y que estén "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" no constituyen "obstáculo[s] innecesario[s] al comercio internacional" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.

12. Noruega opina que, en primer lugar, el reglamento técnico en litigio ha sido adoptado para proteger la salud humana, lo cual es un objetivo legítimo con arreglo al párrafo 2 del artículo 2. En segundo lugar, la medida de empaquetado genérico fue adoptada, entre otras cosas, para dar cumplimiento a las obligaciones de Australia en virtud del CMCT, en particular, de las Directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 del CMCT. En tercer lugar, Noruega está de acuerdo con el razonamiento y la conclusión de Australia en su primera comunicación escrita de que las Directrices del CMCT para la aplicación de los artículos 11 y 13 pueden calificarse de "normas internacionales pertinentes" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2, en armonía con la definición que figura en el Anexo 1 del Acuerdo OTC y la Guía 2 de la ISO/IEC de 1991. Por último, se debe considerar que la medida de empaquetado genérico está "en conformidad" con esas Directrices.

13. Por consiguiente, se debe presumir, "a reserva de impugnación" que la medida "no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional". La presunción parece implicar que en relación con la cuestión de si una medida es un obstáculo innecesario al comercio internacional de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 la norma de la prueba es más exigente que en los casos en que la presunción del párrafo 5 del artículo 2 no es aplicable.

**C. La evaluación de si puede considerarse que la medida restringe el comercio más de lo necesario en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

14. Según el párrafo 2 del artículo 2, se debe evaluar si una medida "restring[e] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo". Noruega opina que los reclamantes deben demostrar, como cuestión previa, que el reglamento técnico en litigio "restringe el comercio".

15. Si el Grupo Especial considera que los reclamantes han acreditado *prima facie* que la medida restringe el comercio, debe evaluar si la medida restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. El Órgano de Apelación ha explicado que la evaluación de la "necesidad" exige la identificación del objetivo que se persigue con la medida<sup>10</sup>, la evaluación de la legitimidad de los objetivos<sup>11</sup> y un análisis relacional.<sup>12</sup>

16. A ese respecto, Noruega recuerda en primer lugar que la medida de empaquetado genérico tiene el objetivo de proteger la salud humana, el cual es un objetivo legítimo de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2. Este objetivo "es vital y de la máxima importancia"<sup>13</sup>, consideración que debe tenerse en cuenta al estimar si la medida es necesaria.

17. En segundo lugar, si el Grupo Especial concluyera que la medida restringe el comercio, debería evaluar el grado de esa restricción. En caso de que la restricción se considere mínima,

<sup>10</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 313 y 314; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 371.

<sup>11</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 313; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 370 y 372.

<sup>12</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 315, 318, 319 y 321. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 373-375, 377 y 390.

<sup>13</sup> En el contexto del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, véase el informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 172 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 162); Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 144.

incluso un pequeño grado de contribución de la medida al objetivo legítimo sería suficiente, a juicio de Noruega, para llegar a la conclusión de que la medida no va más allá de lo que es necesario.

18. En tercer lugar, cuando evalúe el grado de contribución de la medida al objetivo legítimo, el Grupo Especial debería examinar complejos problemas de salud, como aquel de que se trata, en el contexto más amplio de las estrategias globales aplicadas para luchar contra esos problemas.<sup>14</sup> El Grupo Especial debería tener en cuenta, en particular, 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.

19. En cuarto lugar, Noruega opina que tanto la naturaleza como la gravedad de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo respaldan la conclusión de que la medida de empaquetado genérico no restringe el comercio más de lo necesario. La naturaleza de los riesgos para la salud humana es tanto vital como importante en grado sumo, y la gravedad de las consecuencias a que daría lugar que no se alcanzara el objetivo es también indudablemente mucha.

20. Por último, Noruega está de acuerdo con Australia en que no parecen existir medidas alternativas igualmente eficaces.<sup>15</sup> Entre otras cosas, algunas de las medidas alternativas propuestas deben considerarse, más bien, *suplementos* de la medida de empaquetado genérico. Noruega también duda de si algunas de las medidas alternativas de hecho restringirían menos el comercio. Además, debe señalarse que uno de los efectos que se pretende alcanzar con la medida de empaquetado genérico es colmar la última laguna en la prohibición de la publicidad del tabaco. A juicio de Noruega, ninguna de las medidas alternativas propuestas puede colmar esa laguna y de ese modo reforzar el efecto de las medidas existentes.

---

<sup>14</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 154.

<sup>15</sup> Los reclamantes sostienen que el objetivo de la medida podría alcanzarse igualmente bien mediante otras medidas, como aumentos de los impuestos especiales, abordando el acceso de los jóvenes a los productos de tabaco, la ley de consumo australiana, campañas sociales de comercialización y sistemas de escrutinio previo.

**ANEXO C-14****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE OMÁN**

1. Omán considera que el uso de tabaco es una de las mayores amenazas para la salud pública que ha conocido el mundo. Según la OMS, el consumo de tabaco mata actualmente a casi seis millones de personas al año a través del uso directo y los efectos letales del tabaquismo pasivo, que como promedio mata a una persona cada seis segundos. El tabaco es sin duda en el mundo de hoy la causa de muerte más prevenible. Es el único producto de consumo legal que mata hasta a la mitad de aquellos que lo utilizan según prevé y recomienda el fabricante.
2. Omán opina que la legislación australiana de empaquetado genérico que se impugna tiene la finalidad de impedir la publicidad y la promoción del tabaco. Alcanza sus objetivos declarados de: reducir 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 productos de tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los daños del tabaquismo.
3. Omán considera que las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que se invocan en la presente diferencia logran un equilibrio que respeta la autonomía reglamentaria soberana de los Miembros de la OMC, especialmente en relación con la salud pública.
4. Omán señala que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC se diseñó para proporcionar a los Miembros un margen de políticas que les permita aplicar diversas políticas nacionales, entre otras cosas en relación con la salud o la vida humana, en forma de reglamentos técnicos. El párrafo 2 del artículo 2 reconoce el derecho de los Miembros a aplicar esos reglamentos técnicos en el entendimiento de que esas medidas no deben crear obstáculos innecesarios al comercio. En otros términos, el texto reconoce la existencia de preocupaciones legítimas que pueden dar lugar a la aplicación de medidas que restrinjan o limiten el comercio y permite que se adopten esas medidas siempre que "no restrin[an] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta el riesgo que crearía no alcanzarlo".
5. Por consiguiente, la evaluación del párrafo 2 del artículo 2 no se refiere a si la medida en litigio restringe el comercio sino, más bien, a si cumple los requisitos enunciados en ese párrafo relativos a su contribución a alcanzar un objetivo legítimo, por una parte y a la necesidad de la medida, por la otra.
6. En cuanto a la cuestión de la "necesidad" en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, Omán recuerda que en *Estados Unidos - Atún II*<sup>1</sup>, el Órgano de Apelación se basó en su razonamiento en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*<sup>2</sup>, señalando que: "[e]n un extremo de este continuo, 'necesarias' se entiende como 'indispensables'; en el otro extremo, en el sentido de 'que contribuyen a'". Omán considera que esa evaluación tiene un valor instructivo para el Grupo Especial y debe informar su análisis del párrafo 2 del artículo 2 para la determinación de lo que se ha de considerar "necesario".
7. Omán está de acuerdo con la argumentación y las pruebas fácticas pertinentes articuladas en la comunicación de Australia, que demuestran claramente que el empaquetado genérico contribuye a una reducción de las tasas de tabaquismo y del consumo de tabaco.
8. La protección de la salud pública es un objetivo legítimo de la máxima importancia para cada Miembro de la OMC individualmente y para la comunidad mundial en su conjunto. El objetivo o meta de proteger la salud humana reduciendo el uso de tabaco no se logra mediante una sola medida sino, más bien, mediante una multiplicidad de medidas que actúan colectivamente para

<sup>1</sup> 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, párrafo 318.

<sup>2</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, párrafo 161.

alcanzar el objetivo legítimo a los niveles que trata de lograr el Miembro que aplica la medida. El empaquetado genérico es una de esas medidas.

9. Además, en el cuarto párrafo del preámbulo del Acuerdo OTC se reconoce expresamente el derecho de cada Miembro a aplicar medidas para la protección de la salud y la vida de las personas "... a los niveles que considere apropiados", a condición de que no discriminen entre los Miembros ni actúen como una restricción encubierta del comercio. El empaquetado genérico tiene la finalidad de proteger la salud humana reduciendo el uso de tabaco, lo cual es un objetivo legítimo. La medida trata todos los productos de tabaco en pie de igualdad y, por lo tanto, no es discriminatoria. Y las Directrices del CMCT de la OMS reconocen expresamente que el empaquetado genérico es una medida legítima para reducir el hábito de fumar<sup>3</sup>, por lo que difícilmente se puede considerar una restricción encubierta del comercio.

10. Omán considera que el texto del preámbulo concede expresamente a los Miembros facultades discrecionales para determinar el nivel a que aspiran sus reglamentos técnicos.

11. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*<sup>4</sup> estableció que la carga de la prueba incumbe a la parte que alega una infracción del párrafo 2 del artículo 2. Esto quiere decir que, para que un reclamante formule con éxito una alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2, tendría que hacer una acreditación *prima facie* que demostrara la incompatibilidad con el mencionado párrafo.

12. Además, el párrafo 5 del artículo 2 dispone que cuando un reglamento técnico esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea obstáculos innecesarios al comercio internacional. En otros términos, cuando la medida en litigio cumple las condiciones establecidas en el párrafo 5 del artículo 2, el análisis del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 debe comenzar con una presunción, a reserva de impugnación, de que la medida no es un obstáculo innecesario al comercio. Omán considera que esa presunción, a reserva de impugnación, debe tener el efecto de hacer recaer una carga más pesada en el reclamante que alega una infracción del párrafo 2 del artículo 2 para justificar sus alegaciones.

13. A este respecto, Omán considera que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT) es una "norma internacional pertinente". Tenemos presente que en los acuerdos abarcados de la OMC no hay una definición expresa de las normas internacionales pero consideramos que el Acuerdo OTC proporciona orientación suficiente a ese respecto para que se constate que el CMCT constituye una "norma internacional pertinente".

14. En cuanto a las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC, Omán considera que en ese Acuerdo no hay nada que confiera 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.

15. Por otra parte, la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, adoptada por la Conferencia Ministerial de la OMC el 14 de noviembre de 2001, reconoce expresamente "el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública" y confirma que los Miembros de la OMC coinciden en que el Acuerdo sobre los ADPIC "puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye" ese derecho.

16. Además de los Acuerdos de la OMC, el CMCT de la OMS proporciona también la base jurídica internacional para la aplicación del empaquetado genérico de los productos de tabaco. La medida de Australia refleja el consenso multilateral sobre el control del tabaco. Las Directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 del CMCT de la OMS recomiendan concretamente que todas las Partes en el Convenio (180 Partes hasta el momento) consideren la posibilidad de adoptar el empaquetado sencillo del tabaco a fin de "aumentar la ... eficacia de las advertencias sanitarias" y "eliminar los efectos de la publicidad ... en los envases".

<sup>3</sup> Véase la parte II.F de las Directrices del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

<sup>4</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/R, párrafo 7.331.

17. Omán considera que las cuestiones que tiene ante sí este Grupo Especial deben examinarse en el contexto más amplio de los esfuerzos internacionales para reducir el consumo mundial de productos de tabaco, aspiración que se basa en testimonios científicos indiscutibles que relacionan el consumo de tabaco con diversas enfermedades.

**ANEXO C-15****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL PERÚ\***

1. El Perú agradece esta oportunidad de participar como tercera parte en estas diferencias. Tal como indicamos cuando solicitamos constituirnos como tercera parte, nuestro interés es principalmente sistémico, por cuanto nos interesa la interpretación que se efectúe en torno a las disposiciones relevantes del Acuerdo sobre los ADPIC, del Acuerdo OTC y del GATT de 1994, frente a las medidas de salud pública que adopte un Miembro de la OMC respecto a los productos de tabaco o productos derivados del tabaco. Asimismo, el presente caso es de nuestro interés, dado que la decisión del Grupo Especial también tendrá un impacto sobre los compromisos asumidos en los Acuerdos OMC frente a la implementación de otros instrumentos internacionales, tales como el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, entre otros.
2. Una medida que disponga el empaquetado genérico de un determinado producto, tal y como la implementada por Australia, podría ser considerada como una limitación al uso de una marca otorgada a productos de tabaco o productos derivados del tabaco. En particular el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que 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 de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Sin embargo, el término clave en esta disposición es "injustificablemente", toda vez que reconoce que el derecho al uso de la marca no es absoluto y podría haber justificaciones para su limitación. Al respecto, el propio Acuerdo sobre los ADPIC reconoce como principio la capacidad de los Miembros para adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública, dentro de la cual, están contenidas las medidas relativas al control del tabaco.
3. Por otro lado, los compromisos en el marco de la OMC no se encuentran aislados de los compromisos internacionales que los Miembros asumen en otros ámbitos. Particularmente, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco se encuentra en vigencia desde el 2005. Actualmente, el mencionado Convenio cuenta con 180 Partes, entre ellas, Australia, Honduras, el Perú y Ucrania.
4. Australia ha indicado que la medida en cuestión se ajusta a las "Directrices para la aplicación del artículo 11 (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco" y que dicho documento constituye una norma internacional pertinente, en los términos del artículo 2.4 del Acuerdo OTC. Sobre el particular, el párrafo 46 de las Directrices exhorta a las Partes a considerar la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a restringir o prohibir en el empaquetado el uso 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, es decir, un empaquetado genérico.
5. En ese sentido, en adición al análisis de las disposiciones del Acuerdo de los ADPIC, es necesario resolver la diferencia analizando las disposiciones del Acuerdo OTC, a fin de determinar si es posible considerar a la Conferencia de las Partes (COP) del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco como una institución con actividades de normalización y, de ser afirmativa, que las Directrices antes mencionadas constituyen una norma internacional relevante.
6. En el presente caso, el Perú considera necesario que el Grupo Especial se pronuncie sobre ambos aspectos, no siendo posible la aplicación del principio de economía procesal, toda vez que la medida cuestionada abarca tanto, aspectos de propiedad intelectual (uso de la marca), como disposiciones relativas a reglamentos técnicos (etiquetado de los productos de tabaco y derivados).

---

\* Versión original en español. La declaración oral del Perú se utiliza como su resumen.

7. El Perú agradece la atención del Grupo Especial, de las Partes y de los demás Terceros y, habiendo concluido su intervención en la presente audiencia, queda a disposición del Grupo para realizar las aclaraciones que este estime necesarias.

Muchas gracias.

## ANEXO C-16

### RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE FILIPINAS\*

1. Sr. Presidente, miembros del Grupo Especial, personal de la Secretaría, Filipinas agradece la oportunidad de comparecer ante ustedes hoy como tercero en estas diferencias.
2. Como expusimos en las consultas celebradas el 1º de mayo de 2012 en el marco de la diferencia DS435, los intereses de Filipinas en la diferencia son pluridimensionales. Allí señalamos nuestro importante interés comercial en el asunto, ya que en 2010 empezamos a exportar cigarrillos a Australia y experimentamos un significativo crecimiento de las exportaciones que prometía ir en aumento.
3. Por otra parte, Filipinas también señaló que es parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) y le interesa comprender la pertinencia de la medida para la aplicación efectiva del CMCT y el vínculo que tiene con su objetivo declarado de política de salud pública. Damos importancia a los objetivos de política de salud pública, consagrados en el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y la Declaración Ministerial de Doha sobre la Salud Pública.
4. También se debe señalar que Filipinas toma nota de la importancia de la diferencia. Tenemos gran interés en entender mejor el vínculo entre la medida en litigio por un lado, y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) por el otro, en el contexto de los objetivos de política de salud pública. Consideramos que es posible definir este vínculo de la manera menos distorsionadora o restrictiva del comercio.
5. La medida en litigio es la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de Australia de 2011 y los instrumentos jurídicos conexos, que exigen utilizar el empaquetado genérico uniforme en los paquetes destinados a la venta minorista y los propios productos de tabaco. La medida fomenta el objetivo de política de salud pública de regular el consumo de tabaco. Distingue los productos principalmente por su nombre comercial, impreso él mismo en letra de fuente y tamaño uniformes.
6. Filipinas es consciente de la atención sin precedentes prestada por varios Miembros y colectivos interesados en estas diferencias acumuladas, y se ha sumado a los cinco reclamantes, el demandado y 41 terceros más en las actuaciones del Grupo Especial.
7. Dadas las exhaustivas declaraciones y comunicaciones escritas presentadas por las Partes y los terceros ante este estimado Grupo Especial, confiamos en que se llegará a un resultado justo y sentido que confirme los Acuerdos de la OMC y los intereses legítimos de los Miembros en el marco del sistema multilateral de comercio.
8. Aun cuando seguimos de cerca la marcha de las actuaciones para determinar cuál es la mejor forma de proteger y promover los intereses de miles de nuestros agricultores y empresas generadoras de empleo del sector del tabaco, así como la salud y el bienestar de nuestros ciudadanos, Filipinas entiende que debería hacerse una determinación jurídica de la compatibilidad de la medida con el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC.
9. Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, las constataciones formuladas en estas diferencias se referirían al alcance, la naturaleza (es decir, de derecho positivo o negativo) y las exigencias especiales admisibles sobre el uso de una marca de fábrica o de comercio y una indicación geográfica. Las constataciones también pueden ahondar en el grado de margen de actuación en materia de salud pública en relación con los derechos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC. En cuanto al aspecto de la reglamentación técnica, las pruebas demostrarán si la medida es o no un obstáculo innecesario al comercio y si restringe el comercio más de lo necesario.

---

\* La declaración oral de Filipinas se utiliza como su resumen.



10. Además somos conscientes de que, desde una perspectiva más amplia, el comercio del siglo XXI está imbuido de muchos aspectos pluridimensionales. La propiedad intelectual, la política de salud pública, las preocupaciones ambientales y la tecnología de la información son solo algunas de las esferas que afectan al comercio entre las economías. Incluso en el plano interno es necesario equilibrar las preocupaciones inmediatas de los agricultores y los fabricantes con los imperativos sanitarios de largo plazo para proteger y proyectar plenamente el interés nacional. El comercio no tiene lugar en el vacío y las demás dimensiones que lo afectan suelen tener importancia política. Quizá estas otras dimensiones también deban tenerse en cuenta para hallar una solución positiva a estas diferencias.

11. A Filipinas también le interesa saber si la medida en litigio y las constataciones formuladas en las presentes diferencias tendrían repercusiones en el comercio internacional de otros bienes y servicios. ¿Se considerará que los productos de tabaco, dados sus efectos en la salud pública, son *sui generis*, o serán una puerta de entrada a una mayor prevalencia del uso del empaquetado genérico para desalentar el consumo de otros productos?

12. Señor Presidente, mientras escuchamos atentamente nuestras deliberaciones del día de hoy y analizamos detenidamente los acontecimientos de los próximos meses, nos preguntamos cómo un paquete genérico de cigarrillos, destinado a reducir el atractivo, ha suscitado un grado de atención internacional sin precedentes.

13. Esto sirve para recordarnos que las normas y decisiones que adoptamos en abstracto en esta estimada Organización tienen efectos concretos y reales en nuestras poblaciones -desde los agricultores que concienzudamente plantan y cosechan el tabaco para ganarse la vida, pasando por los fabricantes que producen y empaquetan mercancías de elevada calidad, hasta los consumidores y ciudadanos cuyo bienestar esta Organización se ha comprometido a defender-. Confiamos en que, en definitiva, las decisiones que adoptemos en estas diferencias redunden en beneficio de nuestras poblaciones.

14. En la presente diferencia se han esgrimido argumentos e interpretaciones novedosos sobre los acuerdos abarcados pertinentes y Filipinas, en calidad de tercero, ha evaluado las repercusiones de estas actuaciones, teniendo en cuenta objetivos nacionales. Filipinas se reserva sus derechos al amparo del párrafo 4 del artículo 10 del ESD de recurrir a los procedimientos normales de solución de diferencias establecidos en el ESD.

15. Gracias, Sr. Presidente.

**ANEXO C-17****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE SINGAPUR****I. Introducción**

1. La presente diferencia se refiere a si la medida en litigio ("medida de empaquetado genérico") está permitida de conformidad con los acuerdos abarcados. No se refiere a si debe prevalecer la salud pública o el comercio. Tampoco se refiere a si los derechos de propiedad intelectual son importantes y deben ser protegidos. No cabe duda de que los acuerdos abarcados pueden y deben interpretarse armoniosamente, de manera que se logre el debido equilibrio entre el respeto de los derechos de propiedad intelectual y el derecho a proteger la salud pública.

2. Preocupa gravemente a Singapur que, al tratar de impugnar la medida de empaquetado genérico, los reclamantes hayan intentado extender el sentido de las disposiciones más allá de lo que dicen los acuerdos abarcados y hayan creado obligaciones en casos en que no las hay. Esa interpretación introducirá una incertidumbre considerable en el sistema multilateral de comercio y debe rechazarse.

**II. Análisis y observaciones****A. Alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC****Observaciones horizontales**

3. Los reclamantes alegan que no afirman que el Acuerdo sobre los ADPIC establezca un derecho positivo de uso de una marca de fábrica o de comercio. No obstante, aducen que debe permitirse que las marcas se utilicen o debe dárseles la oportunidad de ser utilizadas. En el fondo, esto no es distinto de afirmar la existencia de un derecho positivo de uso. Sin embargo, los derechos de las marcas de fábrica o de comercio, tal como se confieren en el Acuerdo sobre los ADPIC, son derechos negativos. Son el derecho a excluir a los demás del uso de determinados signos. No comprenden un derecho a usar una marca de fábrica o de comercio. Cualquier alegación de que existe un derecho de uso de una marca con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC carece de respaldo en el texto, el contexto o el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC pertinentes y en la jurisprudencia de la OMC. Aunque el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas (Estados Unidos)* indicó que los titulares de marcas de fábrica o de comercio tienen un interés legítimo en preservar el carácter distintivo de sus marcas, también dejó claro que el interés legítimo *no* es sinónimo de derechos conferidos de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Por lo tanto, sería erróneo confundir ambas cosas al interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC.

**Párrafo 1 del artículo 2, párrafo 4 del artículo 15, párrafos 1 y 3 del artículo 16, párrafo 2 b) del artículo 22 y párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC**

4. A juicio de Singapur, las alegaciones formuladas con respecto al párrafo 1 del artículo 2, el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 no pueden prosperar. La interpretación y aplicación correctas de las disposiciones son las siguientes:

- a) el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (incorporado por el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) obliga a los Miembros a admitir para su depósito y protección "tal cual es" toda marca de fábrica o de comercio debidamente registrada en otro país. La disposición no trata la naturaleza de la protección que se deriva del registro ni obliga a los Miembros a conceder a los titulares de las marcas un "derecho de uso" con respecto a sus marcas. Esta interpretación es compatible con la opinión de la OMPI de que el párrafo 1 de la sección A del artículo 6*quinquies* no se ocupa de la cuestión del uso;

- b) el artículo 10*bis* del Convenio de París (incorporado por el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) trata los "acto[s] de competencia desleal" cuando son actos de deshonestidad comercial en el sentido de afirmaciones falsas. La disposición no se refiere a las condiciones del mercado. La capacidad de usar nombres comerciales o nombres de empresas o compañías con nombres de variantes en el empaquetado del tabaco (que pueden ser ellos mismos marcas de fábrica o de comercio o elementos de marcas) permite a los consumidores distinguir claramente los productos de tabaco de una empresa de los de otra;
- c) el párrafo 4 del artículo 15 se refiere al registro de una marca de fábrica o de comercio al disponer que la naturaleza del producto al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no será obstáculo para el registro. La disposición se refiere al registro y no al uso. Contrariamente a lo que alegan los reclamantes, los signos relacionados con el tabaco que no son intrínsecamente distintivos y no han adquirido carácter distintivo no pueden constituir marcas de fábrica o de comercio; no pueden registrarse *per se* y, por lo tanto, *a fortiori*, no pueden ser un "obstáculo para el registro" debido a la naturaleza de los bienes o servicios en cuestión. Además, los Miembros no están obligados a permitir que un signo adquiera carácter distintivo;
- d) el párrafo 1 del artículo 16 confiere la protección que resulta del registro, que es el derecho exclusivo de impedir el uso no autorizado de signos idénticos o similares para bienes idénticos o similares cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. El párrafo establece un derecho negativo de excluir y no un derecho positivo de uso. Incluso si se aduce que los titulares de marcas de fábrica o de comercio tienen un interés legítimo en preservar el carácter distintivo de sus marcas, ese interés no es un "derecho" en el sentido del párrafo 1 del artículo 16, y aún menos un derecho de usar una marca. La erosión de cualquier interés legítimo en preservar el carácter distintivo mediante el uso no es una infracción del párrafo 1 del artículo 16;
- e) el párrafo 3 del artículo 16 protege las marcas de fábrica o de comercio registradas notoriamente conocidas impidiendo el registro de esas marcas o su uso en productos no similares. La disposición establece un derecho negativo de impedir el registro o el uso y *no* un derecho positivo de uso. El párrafo 3 del artículo 16 no impone a los Miembros la obligación de permitir que un titular mantenga la condición de marca notoriamente conocida de una marca de fábrica o de comercio. Análogamente, el párrafo 3 del artículo 16 no obliga a los Miembros a admitir el uso de una marca de fábrica o de comercio a fin de capacitarla para que adquiera la condición de marca notoriamente conocida;
- f) 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 cualquier utilización que constituya un acto de competencia desleal. Esto no es lo mismo que un derecho positivo de uso;
- g) el párrafo 3 del artículo 24 prohíbe a los Miembros reducir la protección de las indicaciones geográficas que existía en el Miembro inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Los reclamantes no han demostrado que existiera en Australia antes del 1º de enero de 1995 una indicación geográfica pertinente. En cualquier caso, la protección de las indicaciones geográficas en Australia no ha sido reducida por la medida de empaquetado genérico porque, con arreglo a la legislación australiana, no existía un derecho positivo de uso de las indicaciones geográficas.

#### **Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC**

5. El artículo 20 dispone que no se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales. A juicio de Singapur, el artículo 20 trata del uso de marcas de fábrica o de comercio en productos que se colocan legítimamente en el mercado y no se refiere a medidas que reglamenten la disponibilidad de los propios productos en el mercado. Sin embargo, esto no significa que todas las medidas que tratan del uso de marcas de fábrica o de comercio en productos que se coloquen legítimamente en el mercado estén incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 20. Sostenemos que los aspectos

de la medida de empaquetado genérico que prohíben el uso de marcas de fábrica o de comercio "no denominativas" no están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 20.

6. Sostenemos también que la medida de empaquetado genérico no es injustificable porque tiene una conexión racional con un objetivo legítimo de salud pública y no va en contra de ese objetivo. Por consiguiente, la medida no infringe el artículo 20.

### **Complicado con exigencias especiales**

7. Por las razones que exponemos a continuación, los aspectos de la medida de empaquetado genérico que prohíben el uso de marcas de fábrica o de comercio no están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 20. En primer lugar, teniendo en cuenta el canon de interpretación *ejusdem generis*, señalamos que una prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio no es del mismo tipo que las situaciones que ilustran la expresión "se complicará ... con exigencias especiales".

8. En segundo lugar, confirma esta interpretación la historia de la negociación del artículo 20. Los comentaristas han explicado que el artículo 20 se dirigió durante la Ronda Uruguay contra determinadas prácticas, como el requisito de que las marcas de fábrica o de comercio extranjeras se utilizaran con la marca de fábrica o el nombre comercial del licenciataria local. Señalamos que, en los documentos de las negociaciones de la Ronda Uruguay, las prácticas examinadas no incluían prohibiciones del uso de marcas de fábrica o de comercio.

9. En tercer lugar, la objeción de que esta interpretación crea una "laguna" que permitiría eludir el artículo 20 prohibiendo totalmente el uso de las marcas de fábrica o de comercio está totalmente fuera de lugar. Es evidente que el artículo 20 no contempla o aborda la prohibición del uso de las marcas, y debemos proceder con cautela cuando se formulen argumentos de política muy débiles para hacer caso omiso del claro ámbito de una disposición cuidadosamente negociada.

### **Injustificablemente**

10. A juicio de Singapur el criterio expresado por la palabra "injustificablemente" no es el que se halla en el artículo 17, que rige las excepciones a los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, porque la capacidad de utilizar una marca no es un derecho conferido por el artículo 16. Por lo tanto, un criterio que implica el tipo de ejercicio de equilibrio previsto en el artículo 17 debe rechazarse porque el artículo 17 no es aplicable en este contexto.

11. En segundo lugar, el criterio tampoco es el de necesidad, ya se interprete de conformidad con el artículo XX del GATT de 1994 o de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Singapur señala que las palabras "necesarias", "necesariamente" y "necesario" se utilizan en otros lugares del Acuerdo sobre los ADPIC, como el párrafo 1 del artículo 8, el párrafo 2 del artículo 27 y el párrafo 3 del artículo 39, y pueden tener toda una gama de significados, según el contexto en que se usen. La adopción de términos distintos en disposiciones diferentes del mismo acuerdo -"injustificablemente" en el artículo 20 y "necesarias", "necesariamente" y "necesario" en el párrafo 1 del artículo 8, el párrafo 2 del artículo 27 y el párrafo 3 del artículo 39, etc.- indica que los redactores tenían intención de dar a la palabra "injustificablemente" del artículo 20 un sentido distinto del de las palabras "necesarias", "necesariamente" y "necesario".

12. En tercer lugar, contrariamente a lo que opinan los reclamantes, el criterio no exige una evaluación individualizada de las marcas de fábrica o de comercio. Singapur sostiene que, si no existe tal prescripción en la evaluación de las excepciones a los "derechos" conferidos por una marca de fábrica o de comercio, con mayor razón no se aplicará la misma prescripción en el contexto actual ya que la capacidad de utilizar una marca no es un "derecho" conferido por una marca de fábrica o de comercio. Además, las prescripciones de empaquetado genérico deben evaluarse de manera holística y no individualmente para determinar si son injustificables en virtud del artículo 20, ya que las prescripciones se refuerzan mutuamente para, entre otras cosas, reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores.

13. A nuestro juicio, de conformidad con anteriores decisiones del Órgano de Apelación, una medida no es injustificable si tiene una conexión racional con un objetivo legítimo y no va en

contra de ese objetivo. La evaluación de si una medida tiene una conexión racional con un objetivo legítimo implica la evaluación de los siguientes factores:

- la importancia del interés que se trata de proteger;
- el alcance de la complicación; y
- el grado de contribución de la medida al objetivo de política

14. Sostenemos que esta interpretación es coherente con el sentido corriente de la palabra "injustificablemente", en su contexto y a luz del objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 8, que reconoce y afirma el derecho soberano de los Miembros a adoptar medidas de salud pública, y con el párrafo 4 de la *Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública*, que 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*, la palabra "injustificablemente" *debe* interpretarse de manera que respalde el derecho de los Miembros de la OMC a proteger la salud pública.

15. Por último, la medida de empaquetado genérico no es injustificable porque tiene una conexión racional con los objetivos legítimos de salud pública y no va en contra de esos objetivos. En relación con esto, señalamos que el conjunto de las pruebas respalda la conclusión de que el empaquetado genérico es eficaz para reducir el atractivo de los productos de tabaco.

## **B. Alegación formulada al amparo del Acuerdo OTC**

### **Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

16. Singapur sostiene que la medida de empaquetado genérico no restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar sus objetivos de salud pública.

17. Como cuestión preliminar, consideramos que tanto las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio como las relativas al formato deben examinarse conjuntamente al evaluar la compatibilidad de la medida de empaquetado genérico con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. A nuestro juicio, tanto las prescripciones relativas a las 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.

### **Carácter restrictivo del comercio**

18. Sostenemos que el carácter restrictivo del comercio debe considerarse un criterio absoluto y no uno relativo y sugerimos que el Grupo Especial lo evalúe comparando el efecto en un producto importado antes y después de la introducción de la medida únicamente mediante la evaluación del efecto *solo en ese producto*. Tener que sumergirse en un análisis del "producto similar" equivaldría a desviarse indebidamente hacia un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2. El criterio de carácter restrictivo del comercio debe dar cabida a un supuesto en el que un Miembro demandado imponga un reglamento técnico que afecte desfavorablemente al producto importado cuando ese producto se encuentre solo y *no tenga competencia en el mercado*. Además, contrariamente a lo que afirman Australia y la UE, opinamos que el comercio afectado puede tener lugar únicamente entre el Miembro reclamante y el Miembro demandado.

19. Sobre la base del objeto y fin del Acuerdo OTC, señalamos que el centro de la obligación prevista en el párrafo 2 del artículo 2 es el criterio de necesidad. Comprendemos el atractivo del argumento de la República Dominicana de que "el párrafo 2 del artículo 2 *da por supuesto* que los reglamentos técnicos son restrictivos" (sin cursivas en el original). El Acuerdo OTC trata de los *obstáculos* técnicos al comercio. Sostenemos que, incluso si no debe considerarse que los reglamentos técnicos son intrínsecamente restrictivos del comercio, el umbral del "carácter restrictivo del comercio" en este contexto no debe ser indebidamente gravoso.

### **Objetivo legítimo**

20. El Grupo Especial debería rechazar el restringido foco de atención que los reclamantes ponen en la prevalencia del hábito de fumar como base principal para evaluar el grado de contribución de la medida de empaquetado genérico a sus objetivos. Los objetivos de la medida de empaquetado genérico se establecen en la sección 3 de la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco y se explican mejor en la parte II.H de la primera comunicación escrita de Australia. Singapur apoya el argumento de Australia sobre la vía causal a través de la cual la medida de empaquetado genérico contribuirá en último término al logro de sus objetivos más amplios desalentando el consumo, alentando el abandono, desalentando la recaída y reduciendo la exposición al humo.

### **Conjunto de medidas para el control del tabaco**

21. La contribución de la medida de empaquetado genérico a sus objetivos de salud pública debe entenderse y evaluarse en el contexto del conjunto amplio de medidas para el control del tabaco en Australia. La adopción de un conjunto amplio de medidas para el control del tabaco conduce a una reducción del uso de tabaco mayor de la que resultaría de los efectos separados de políticas individuales de control del tabaco.

### **Contribución a objetivos de salud pública**

22. Los testimonios científicos y de expertos presentados por Australia demuestran la contribución de la medida de empaquetado genérico a sus objetivos de salud pública. Singapur señala que no existe ningún estudio que constituya por sí solo una base probatoria, pero que 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 a que recurren los reclamantes para impugnar la base probatoria del empaquetado genérico son defectuosos por las razones expuestas en los párrafos 3 a 10 del anexo E de la primera comunicación escrita de Australia.

23. Por último, estamos de acuerdo en que ninguna de las medidas alternativas propuestas por los reclamantes puede sustituir a la contribución de la medida de empaquetado genérico a sus objetivos, ya que la medida de empaquetado genérico desempeña una función diferente y complementaria dentro del conjunto de medidas para el control del tabaco.

### **III. Conclusión**

24. Por las razones arriba expuestas, la opinión de Singapur es que la medida de empaquetado genérico no infringe: i) el párrafo 1 del artículo 2, el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 ni el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC; ni ii) el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

**ANEXO C-18****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE SUDÁFRICA****I. INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

1. En el párrafo 5 a) de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública se reconoce 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".

2. En el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se establece la norma general de interpretación de la manera siguiente: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

3. En el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*<sup>1</sup>, el Grupo Especial hizo referencia a los principios del Acuerdo sobre los ADPIC enunciados en el párrafo 1 del artículo 8: "Estos principios responden al hecho de que 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".

4. Es evidente que los únicos "derechos conferidos" con respecto a los titulares de marcas de fábrica o de comercio en el Acuerdo sobre los ADPIC son los derechos negativos de exclusión previstos en el artículo 16, que protege la posición de los titulares de las marcas en relación con los demás comerciantes que participan en el mercado. Esos derechos negativos no delimitan la relación reglamentaria pública entre los titulares de las marcas y los gobiernos soberanos ni prohíben la adopción de medidas legítimas de política pública con respecto al uso de esas marcas de fábrica o de comercio o indicaciones geográficas.

5. Se recuerda aquí al Grupo Especial que la teoría del "derecho de uso" propugnada por los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 15, 16, 20, 22 y 24 del Acuerdo sobre los ADPIC no está respaldada por el sentido corriente de esas disposiciones.

**II. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2, PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 15 Y PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC****A. Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC**

6. En el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC se dispone que en lo que respecta a las Partes II, III y IV del Acuerdo sobre los ADPIC "los Miembros [de la OMC] cumplirán los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967)". En el párrafo 1 de la sección A del artículo 6quinquies del Convenio de París, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 2 de dicho Acuerdo, se prevé que un Miembro no podrá 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. El párrafo 1 de la sección A del artículo 6quinquies no está dirigido al "uso" de las marcas de fábrica o de comercio sino a su registro y validez y no confiere a los titulares de las marcas un "derecho de uso" positivo con respecto a sus marcas.

7. Una marca de fábrica o de comercio registrada de conformidad con el artículo 6quinquies 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.

---

<sup>1</sup> Informes del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.210, (Australia), párrafo 7.246.

## **B. Párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC**

8. El párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC deja claro que un Miembro puede reglamentar un producto de una manera que restrinja o prohíba el uso de una marca de fábrica o de comercio en su territorio, siempre que no se niegue a registrar una marca sobre la base de la naturaleza del producto.

9. El párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC no confiere a ningún titular un derecho positivo de uso, y no se puede interpretar 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.

10. Por lo tanto, debe señalarse que las medidas de empaquetado genérico del tabaco se deben considerar compatibles con el párrafo 4 del artículo 15 porque no impiden el registro de marcas de fábrica o de comercio sobre la base de la naturaleza del producto de que se trata (es decir, el tabaco).

## **C. Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC**

11. Tomando como base el sentido corriente de los términos del párrafo 1 del artículo 16, el derecho conferido a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas es un derecho negativo. Es decir, el derecho de excluir el uso por terceros.

12. Por consiguiente, se debe considerar que las medidas de empaquetado genérico no impiden que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas ejerzan su derecho a buscar reparación en caso de que un tercero utilice un signo idéntico o similar en el curso de operaciones comerciales cuando ese uso cree probabilidad de confusión sobre la base de la naturaleza del derecho conferido de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16.

## **III. Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC**

13. La debida interpretación de la palabra "injustificablemente" contenida en el artículo 20 determina que, en ese artículo, no están presentes los criterios de "necesidad" o "mínima restricción del comercio". La palabra "injustificablemente" no tiene el mismo sentido que la palabra "necesario", y no se debe interpretar que impone un criterio similar al del análisis exigido de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, incluidos sus conceptos de "mínimo carácter restrictivo del comercio" y "alternativas razonablemente disponibles".

14. Como las interpretaciones anteriores de la palabra "injustificable" se han realizado en el contexto de la expresión "discriminación arbitrari[a] o injustificable", tal como figura en el artículo XX del GATT de 1994 y en el artículo XIV del AGCS, se invita al Grupo Especial a tomar nota de que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es fundamentalmente distinto del artículo XX del GATT de 1994 y el artículo XIV del AGCS. Estos últimos artículos actúan como excepciones a la infracción de otra disposición de los acuerdos abarcados mientras que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no tiene esa naturaleza. El texto mismo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC sencillamente no respalda esa interpretación. Si los redactores del Acuerdo hubieran tenido intención de obtener ese resultado, lo habrían previsto expresamente.

## **IV. Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

15. Como Sudáfrica es signatario del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), sería apropiado dirigir la atención del Grupo Especial hacia las "Directrices" para la aplicación de los artículos 11 y 13 del CMCT, que recomiendan que las partes consideren la posibilidad de adoptar el empaquetado sencillo de los productos de tabaco.<sup>2</sup> Si las medidas de empaquetado genérico deben considerarse reglamentos técnicos, las Directrices del CMCT son "normas internacionales pertinentes" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2.

---

<sup>2</sup> En la tercera reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco, celebrada en noviembre de 2008, se adoptaron las Directrices para la aplicación del artículo 13 y las Directrices para la aplicación del artículo 11 en relación con el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco.



16. Por consiguiente, y en tanto en cuanto la definición de "reglamento técnico" abarca las medidas que afectan al uso de una marca de fábrica o de comercio, se presume que ninguna medida de empaquetado genérico del tabaco crea un obstáculo innecesario al comercio internacional en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2.

#### **V. Conclusión**

17. Cualesquiera medidas de "empaquetado genérico" adoptadas por cualquier Miembro deben considerarse medidas legítimas de política encaminadas a alcanzar objetivos de salud pública en tanto en cuanto cumplen las prescripciones del Acuerdo sobre los ADPIC y en tanto en cuanto pueden considerarse medidas técnicas que no infringen disposiciones del Acuerdo OTC.

18. Se recuerdan al Grupo Especial las disposiciones del párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (Anexo 2).

## ANEXO C-19

### RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL TERRITORIO ADUANERO DISTINTO DE TAIWÁN, PENGHU, KINMEN Y MATSU\*

1. En mayo de 2003, la Organización Mundial de la Salud (OMS) adoptó el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (el CMCT) -un tratado con objetivos de salud pública que exigía que los signatarios promulgaran un conjunto de políticas universales de control del tabaco para limitar su consumo en todas las formas y en todo el mundo-.
2. El artículo 11 del CMCT estipula que cada Parte adoptará y aplicará medidas de empaquetado y etiquetado eficaces para conseguir que "en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne 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 ...". Las Directrices para la aplicación del artículo 11 del CMCT de la OMC indican que las Partes deberían considerar la adopción de medidas de empaquetado sencillo que creemos disminuirán tanto el vínculo entre los consumidores y los productos de tabaco como el consumo de estos.
3. Nuestra adhesión al CMCT fue aprobada por el Yuan Legislativo el 18 de enero de 2005, y sancionada por el Presidente el 30 de marzo de 2005. Tenemos el firme compromiso de cumplir las obligaciones previstas en el CMCT. También apoyamos plenamente el mandato de adoptar medidas que restrinjan el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco de conformidad con las Directrices del CMCT, propuesto universalmente y apoyado abrumadoramente por gobiernos, expertos y ONG por igual.
4. Si bien nuestro Gobierno no ha promulgado ninguna legislación relativa al empaquetado genérico hasta la fecha, seguiremos observando las tendencias internacionales, incluido el resultado de este asunto, y solicitando observaciones a todas las partes interesadas, teniendo en cuenta el equilibrio entre la salud nacional y el libre comercio, los testimonios científicos y las experiencias previas en materia de aplicación como fundamentos para nuestra futura política sobre el tabaco.

---

\* La comunicación escrita del Taipei Chino se utiliza como su resumen.

**ANEXO C-20****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE TAILANDIA\*****I. INTRODUCCIÓN**

1. Los riesgos y los efectos negativos de fumar para la salud son bien conocidos en todo el mundo. Varios países han venido adoptando activamente diversas medidas para combatir el consumo de tabaco y reducir su prevalencia. La necesidad de adoptar medidas que persigan intereses de salud pública está explícitamente reconocida en el propio marco de la OMC. En determinadas condiciones, se permite que los Miembros de la OMC adopten medidas para regular y controlar los productos de tabaco a efectos de atender las preocupaciones relativas a la salud pública. En efecto, si bien los Estados deben ejercer sus facultades normativas dentro de los límites de los compromisos que han aceptado, debe lograrse un equilibrio para asegurar que el sistema de comercio basado en normas de la OMC sea compatible con los intereses de salud pública y los respalde.

2. Tailandia se suma a la diferencia *Australia - Empaquetado genérico del tabaco* debido a nuestro interés sistémico en la interpretación de los derechos y obligaciones de la OMC cuando las medidas en cuestión se adoptan para alcanzar objetivos de salud pública. Huelga decir que las resoluciones en la presente diferencia tendrán importantes repercusiones sobre el modo en que los Miembros de la OMC podrían adoptar y aplicar medidas de reglamentación del tabaco, especialmente de una manera que pueda afectar a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Varios Miembros de la OMC están esperando el resultado de esta diferencia para decidir si pueden o no adoptar medidas similares a las prescripciones sobre empaquetado genérico de Australia de manera compatible con las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC. A este respecto, Tailandia espera que la decisión del Grupo Especial sobre las cuestiones jurídicas planteadas en esta diferencia proporcione a los Miembros de la OMC una orientación clara en su esfuerzo por regular los productos de tabaco de forma compatible con las normas de la OMC.

3. Tailandia reconoce que los reclamantes han formulado contra las prescripciones de empaquetado genérico adoptadas por Australia varias alegaciones al amparo del *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* ("Acuerdo sobre los ADPIC"), el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* ("Acuerdo OTC") y el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* ("GATT de 1994"). En esta comunicación escrita Tailandia quisiera centrarse en la cuestión de la forma en que debe interpretarse el Acuerdo sobre los ADPIC en general, pero se reserva el derecho de formular nuevas observaciones sobre otras cuestiones jurídicas en una etapa posterior de las actuaciones.

**II. LA INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**

4. Una de las importantes tareas del Grupo Especial en esta diferencia es aclarar e interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a las medidas de control del uso del tabaco que supuestamente afectan a los titulares de derechos de marcas de fábrica o de comercio y de indicaciones geográficas. Tailandia considera que cualquier interpretación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC debería hacerse de conformidad con normas firmemente establecidas de interpretación de los tratados del derecho internacional público, prestando especial atención al objeto y fin acordado por las partes del tratado en cuestión. Además, también debe considerarse cualquier acuerdo ulterior entre las partes que sea pertinente para interpretar las materias de que se trate. En esta comunicación se examinará cada uno de estos elementos en las secciones siguientes.

**A. NORMAS USUALES DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

5. Ante todo, el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") establece que el sistema de solución de diferencias de la OMC sirve para aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados en vigor "de conformidad con las normas

\* La comunicación escrita de Tailandia se usa como su resumen.

usuales de interpretación del derecho internacional público".<sup>1</sup> Estas normas usuales de interpretación de los tratados están codificadas en el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* ("Convención de Viena"), que dispone en la parte pertinente lo siguiente:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

...

3. Juntamente con el texto, 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;

6. El artículo 31 de la Convención de Viena ha sido reconocido por el Órgano de Apelación en varias diferencias como normas usuales para interpretar los acuerdos abarcados.<sup>2</sup> Por consiguiente, a juicio de Tailandia, el Grupo Especial debe observar estrictamente las normas usuales de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena al interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC. En particular, cualquier disposición poco clara del Acuerdo sobre los ADPIC debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente de los términos, en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin de dicho Acuerdo. Además, al hacer su interpretación, el Grupo Especial también debe tener en cuenta cualquier acuerdo ulterior entre los Miembros de la OMC que sea pertinente para el Acuerdo sobre los ADPIC.

B. EL OBJETO Y FIN DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

7. Con arreglo a las normas usuales de interpretación de los tratados de derecho internacional público expuestas *supra*, Tailandia desea señalar a la atención del Grupo Especial el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, que es indispensable para interpretar cuestiones controvertidas en la presente diferencia. Las disposiciones relativas al objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC están estipuladas en los artículos 7 y 8, que en su parte pertinente disponen lo siguiente:

### **Artículo 7**

#### **Objetivos**

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* (sin cursivas en el original).

### **Artículo 8**

#### **Principios**

1. *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* (sin cursivas en el original).

<sup>1</sup> Párrafo 2 del artículo 3 del ESD; la expresión "acuerdos abarcados" se refiere a los acuerdos enumerados en el Apéndice del ESD. Véase también el párrafo 1 del artículo 1 del ESD.

<sup>2</sup> Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 19; informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 46; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, párrafo 60.

## 1. Artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC

8. El artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC deja claro que, al aplicar el Acuerdo sobre los ADPIC, la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán promover el bienestar social y económico de la sociedad. Por tanto, es evidente que el Acuerdo sobre los ADPIC no solo tiene la intención de proteger los intereses de "derechos privados", sino también de salvaguardar otros importantes intereses socioeconómicos de los Miembros de la OMC.<sup>3</sup>

9. Además, el artículo 7 establece que el Acuerdo sobre los ADPIC debe lograr un equilibrio entre derechos y obligaciones. En el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, el Grupo Especial observó que este objetivo constituye una expresión de "buena fe" que "prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado".<sup>4</sup> Si bien Tailandia está de acuerdo en que los Miembros de la OMC deben ejercer sus derechos *en forma razonable*, en conformidad con las obligaciones prescritas en el Acuerdo sobre los ADPIC, por otro lado, los derechos legítimos de los gobiernos de los Miembros de la OMC no pueden verse socavados *en forma irrazonable* por las obligaciones establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>5</sup> A este respecto, Tailandia considera que el Acuerdo sobre los ADPIC debe interpretarse, teniendo en cuenta los objetivos de dicho Acuerdo, de modo que permita que los Miembros de la OMC apliquen las obligaciones previstas en él de manera que pueda mantenerse el equilibrio general entre la protección de los derechos privados y los derechos soberanos a perseguir intereses socioeconómicos para el público en general.

## 2. Artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC

10. El artículo 8 es considerado como una de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que establecen el objeto y fin del Acuerdo.<sup>6</sup> En particular, el párrafo 1 del artículo 8 reconoce explícitamente el derecho de los Miembros de la OMC a adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública, entre otros objetivos de política pública, a condición de que tales medidas sean compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC. Como no cabe exagerar la importancia y la necesidad de proteger la salud pública, al leer los principios del Acuerdo sobre los ADPIC a efectos de la interpretación de este deben tenerse presentes los puntos siguientes.

11. Para empezar, la jurisprudencia ha confirmado que se debe dar sentido y efecto a todos los términos del tratado. Según lo declarado por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, "[e]l intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado".<sup>7</sup> Por consiguiente, Tailandia considera que el Grupo Especial debe leer todo el párrafo 1 del artículo 8 de forma que se dé sentido y efecto a todas y cada una de las partes de dicha disposición, que incluye no solo la prescripción de compatibilidad con el Acuerdo sobre los ADPIC sino también la afirmación de los derechos de los Miembros de la OMC a actuar en pos de sus intereses de salud pública.

12. En segundo lugar, debe señalarse que el Acuerdo sobre los ADPIC solo establece niveles *mínimos* de protección que los Miembros de la OMC deben hacer extensivos a determinados tipos de propiedad intelectual, y exige que los Miembros de la OMC prevean determinadas obligaciones de observancia que aseguren que esos niveles de protección se respeten en sus respectivos territorios. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, "[l]os

<sup>3</sup> Véase el cuarto considerando del preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC, que reza "[r]econociendo que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados".

<sup>4</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 8.57; Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 158.

<sup>5</sup> En el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación declaró que el principio de buena fe "regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, *en forma razonable*" (sin cursivas en el original) (no se reproduce la nota de pie de página). Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 158.

<sup>6</sup> Véase la Declaración de la Conferencia Ministerial de DOHA relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, adoptada el 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001, párrafo 5 a).

<sup>7</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 27.

Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo". Por tanto, al evaluar la compatibilidad con el Acuerdo sobre los ADPIC, es esencial que el Grupo Especial determine cuáles son los niveles *mínimos* de protección de los derechos de propiedad intelectual en cuestión. A juicio de Tailandia, los niveles *mínimos* que los Miembros de la OMC están obligados a poner en efecto son los expresados en el texto del Acuerdo sobre los ADPIC. No debe desprenderse implícitamente del Acuerdo ni leerse en él ninguna prescripción adicional que tenga por resultado niveles más elevados de protección, salvo que el propio texto lo diga.

13. Además, si bien las normas de la OMC establecen excepciones generales a las obligaciones del GATT en determinadas condiciones, no existe ninguna excepción clara a las obligaciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Es decir, si bien una medida adoptada por ser necesaria para proteger la salud pública es justificable en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT, esa misma medida no puede quedar excusada del incumplimiento de las obligaciones previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC si no satisface los niveles mínimos de protección establecidos en este.<sup>8</sup> Dado que no hay excepciones generales al Acuerdo sobre los ADPIC, Tailandia considera que la interpretación de las obligaciones que este impone debería considerarse con más cautela y de forma que apoye los intereses públicos que son de importancia vital para la sociedad en su conjunto. Esta posición se ve reafirmada por el preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC, en el que se expresa el deseo de establecer relaciones de mutuo apoyo entre la OMC y las organizaciones internacionales competentes, que supuestamente incluyen la Organización Mundial de la Salud por lo que respecta a cuestiones de salud pública.<sup>9</sup>

14. En vista de lo anteriormente expuesto, Tailandia considera que, a efectos de la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 1 del artículo 8 es una orientación que afirma que los Miembros de la OMC pueden ejercer sus derechos de adoptar las medidas necesarias para atender las preocupaciones de salud pública. Se presume que tales medidas son compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC salvo que los reclamantes satisfagan la carga de demostrar lo contrario. Al adoptar una decisión al respecto, el Grupo Especial debe tener cautela y no aplicar niveles de protección más elevados que los explícitamente exigidos por el Acuerdo sobre los ADPIC. Cualquier interpretación que se haga de una disposición poco clara del Acuerdo sobre los ADPIC debería apoyar la salud pública para evitar posibles conflictos entre los derechos de propiedad intelectual y los intereses públicos en la mayor medida posible.

#### C. LA DECLARACIÓN RELATIVA AL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y LA SALUD PÚBLICA

15. El 14 de noviembre de 2001, los Ministros de la OMC adoptaron por consenso la *Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública* (la "Declaración de Doha"), por la que se hace hincapié en la importante función de los objetivos y principios establecidos en el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>10</sup> En particular, los párrafos 4 y 5 a) de la Declaración de Doha establecen:

4. 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.

<sup>8</sup> Véase en el párrafo 12 de esta comunicación escrita el debate sobre los estándares mínimos de protección exigidos por el Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>9</sup> Véase el preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC que dice "[d]eseosos de establecer unas relaciones de mutuo apoyo entre la OMC y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (denominada en el presente Acuerdo "OMPI") y otras organizaciones internacionales competentes".

<sup>10</sup> Conferencia Ministerial de Doha, Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, adoptada el 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001.

5. En consecuencia, y a la luz del párrafo 4 *supra*, al tiempo que mantenemos los compromisos que hemos contraído en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen lo siguiente:

a) 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.

16. A juicio de Tailandia, a los efectos de la presente diferencia, la Declaración de Doha es pertinente para interpretar las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC en cuestión. En esta sección empezaremos por examinar la condición jurídica de la Declaración de Doha, para después pasar a sus repercusiones en el Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública.

### 1. La condición jurídica de la Declaración de Doha

17. Para empezar, Tailandia reconoce que la Declaración de Doha puede no llegar a caracterizarse como una interpretación autorizada en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC* (el "Acuerdo sobre la OMC"), que establece que la Conferencia Ministerial y el Consejo General de la OMC poseen la "facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del [Acuerdo sobre la OMC] y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales".<sup>11</sup> Dado que la Declaración de Doha no se adoptó sobre la base de una recomendación del Consejo de los ADPIC, que es uno de los "dos requisitos específicos" establecidos en el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC, no puede constituir estrictamente una interpretación autorizada que tenga un "efecto jurídico generalizado" y sea en general "vinculante para todos los Miembros".<sup>12</sup>

18. No obstante, dada la forma en que se adoptó, Tailandia considera que la Declaración de Doha debería tener efectos interpretativos sea o no una interpretación formal autorizada. Cabe señalar en particular que la Declaración de Doha se acordó en la Conferencia Ministerial de la OMC, el órgano decisorio supremo de la OMC. Por lo tanto, puede decirse que la Declaración de Doha constituye una "decisión ministerial" en el sentido del párrafo 1 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC que establece una orientación para la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC en la esfera de la salud pública.<sup>13</sup> Como resultado, la Declaración de Doha es un instrumento indispensable que complementa la lectura e interpretación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC en la presente diferencia.

19. Además, Tailandia considera que la Declaración de Doha también refleja un "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena. En el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Órgano de Apelación constató que el párrafo 5.12 de la Decisión Ministerial de Doha es un acuerdo ulterior entre los Miembros sobre la interpretación del párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC sobre la base de que "expres[a] con claridad un entendimiento común entre los Miembros [...] y la aceptación de ese entendimiento".<sup>14</sup> Dado que la Declaración de Doha expresa un entendimiento común de los Miembros de la OMC y que se

<sup>11</sup> La expresión "Acuerdos Comerciales Multilaterales" se refiere a los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 del Acuerdo sobre la OMC. Véase el artículo II del Acuerdo sobre la OMC.

<sup>12</sup> Según declaró el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC establece "dos requisitos específicos": i) la decisión de la Conferencia Ministerial o del Consejo General de adoptar esas interpretaciones se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros; y ii) esas interpretaciones se adoptarán sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento del Acuerdo pertinente. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 250 y 251.

<sup>13</sup> El párrafo 1 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC establece que "[l]a OMC mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947. Salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión objeto de examen se decidirá mediante votación. En las reuniones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General, cada Miembro de la OMC tendrá un voto. Cuando las Comunidades Europeas ejerzan su derecho de voto, tendrán un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Miembros de la OMC. Las decisiones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General se adoptarán por mayoría de los votos emitidos, salvo que se disponga lo contrario en el presente Acuerdo o en el Acuerdo Comercial Multilateral correspondiente" (no se reproduce la nota de pie de página).

<sup>14</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 267.

adoptó por consenso, debería considerarse un acuerdo ulterior entre dichos Miembros pertinente para la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC. Este acuerdo ulterior establece un entendimiento común relativo al derecho de los Miembros de la OMC de atender las preocupaciones de salud pública y, al tiempo que reafirma que el Acuerdo sobre los ADPIC debe interpretarse de una manera que apoye dicho derecho. Por lo tanto, de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena el Grupo Especial debe tener en cuenta la Declaración de Doha a efectos de la interpretación del tratado.

## 2. Las repercusiones de la Declaración de Doha

20. La Declaración de Doha reconoce el derecho de los Miembros de la OMC de adoptar medidas con fines de salud pública y hace hincapié en que "el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública".<sup>15</sup> De conformidad con este principio, todos los Miembros de la OMC acordaron que el Acuerdo sobre los ADPIC "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".<sup>16</sup>

21. La primera parte del párrafo 4 de la Declaración de Doha aclara que la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC no debe entrañar la disminución del derecho de los Miembros de la OMC de atender las preocupaciones relativas a la salud pública en beneficio de la sociedad en su conjunto. En efecto, en los casos en que las disposiciones pertinentes son claras y explícitas, huelga decir que los Miembros de la OMC deben adoptar todas las medidas necesarias de conformidad con esas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Pero en los casos en que hay ambigüedad o más de una interpretación posible, Tailandia considera que el Grupo Especial debería atribuir más importancia a la interpretación que cause la menor interferencia con el ejercicio del derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública. De conformidad con la Declaración de Doha, la interpretación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC debería demostrar la función que tienen los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de apoyo a la protección de los intereses de salud pública.

22. La segunda parte del párrafo 4 de la Declaración de Doha reafirma el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar las flexibilidades previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC a efectos de proteger la salud pública. Una de las flexibilidades que ofrece dicho Acuerdo se enuncia en el párrafo 5 a) de la Declaración de Doha, donde se reitera que el Acuerdo sobre los ADPIC debe leerse a la luz de su objeto y fin, en particular del expresado en sus artículos 7 y 8. Tailandia considera que esta declaración no se limita a afirmar la pertinencia de los objetivos y principios del Acuerdo sobre los ADPIC a efectos de la interpretación del tratado. En particular, indica que la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC, a la luz del objeto y fin establecido en los artículos 7 y 8 es una de las *flexibilidades* que los Miembros pueden utilizar "al máximo".<sup>17</sup> Como resultado, al cumplir su deber de interpretación jurídica, el Grupo Especial debería leer el Acuerdo sobre los ADPIC de manera que proporcione flexibilidad suficiente para dar cabida a las necesidades de los Miembros de la OMC en materia de salud pública, de conformidad con los objetivos y principios del Acuerdo sobre los ADPIC.

## III. CONCLUSIÓN

23. Para llegar a una conclusión sobre si las prescripciones de empaquetado genérico australianas incumplen o no las obligaciones impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial debe interpretar varias disposiciones de dicho Acuerdo. A juicio de Tailandia, el Acuerdo sobre los ADPIC debería leerse e interpretarse aplicando estrictamente las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. El objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, y también el de la Declaración de Doha, es particularmente pertinente para el asunto que nos ocupa. Afirma explícitamente que los Miembros de la OMC tienen el derecho de adoptar las medidas que sean necesarias para proteger la salud pública. Corresponde a los reclamantes la carga de demostrar que las prescripciones de empaquetado genérico de Australia no cumplen los niveles *mínimos* explícitamente exigidos por el Acuerdo sobre los ADPIC. Al interpretar cualquier disposición poco clara, el Grupo Especial debería ejercer sus facultades discrecionales de manera que proporcione a los Miembros de la OMC la flexibilidad necesaria para atender las

<sup>15</sup> Declaración de Doha, párrafo 4.

<sup>16</sup> Declaración de Doha, párrafo 4.

<sup>17</sup> Declaración de Doha, párrafo 4.



preocupaciones de salud pública y garantice que el espíritu del Acuerdo sobre los ADPIC apoye los intereses públicos y sea compatible con ellos.

24. Tailandia espera que nuestra comunicación sea de ayuda para el Grupo Especial.

**ANEXO C-21****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE TURQUÍA\*****I. INTRODUCCIÓN**

1. Turquía agradece al Grupo Especial que le dé la oportunidad de exponer sus opiniones en el procedimiento de este importante Grupo Especial. Para comenzar, desearíamos poner de relieve que Turquía respeta plenamente los derechos de los Miembros a tratar de hallar métodos para intensificar la protección de la salud pública. A ese respecto, como todas las partes en la diferencia, Turquía entiende que las medidas dirigidas a controlar el consumo de tabaco, y en particular las encaminadas a impedir que los productos de tabaco resulten atractivos para los consumidores menores de edad, abarcan objetivos legítimos de salud pública en el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Es este un objetivo respecto del cual Turquía ha asumido también un sólido compromiso.

2. En el marco de ese entendimiento, Turquía desea hacer una contribución expresando sus opiniones sobre algunas cuestiones sistémicas relativas a la interpretación de las disposiciones del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).

3. Por lo tanto, con esta comunicación, Turquía se propone contribuir al análisis del Grupo Especial evaluando dos elementos que, a su juicio, tienen repercusiones sistémicas. Esas cuestiones son: i) si existe un "derecho de uso" en el Acuerdo sobre los ADPIC para los titulares de marcas de fábrica o de comercio, y ii) la carga de la prueba en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

**II. LA CUESTIÓN DE SI EXISTE "UN DERECHO DE USO" EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC PARA LOS TITULARES DE MARCAS DE FÁBRICA O DE COMERCIO**

4. Una de las cuestiones fundamentales que ocupa un lugar central en las alegaciones de derecho relacionadas con el Acuerdo sobre los ADPIC en la presente diferencia es si hay un "derecho de uso" positivo para los titulares de las marcas de fábrica o de comercio implícito en las disposiciones del Acuerdo. En otros términos, las partes en la diferencia no coinciden en si existe, en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, una obligación de los Miembros de reconocer el derecho de los titulares de marcas de usar sus marcas en el curso de operaciones comerciales.

5. El demandado, Australia, aduce que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC no contienen ningún derecho explícito de uso de los titulares de marcas de fábrica o de comercio.<sup>1</sup> Después de realizar un análisis disposición por disposición, Australia concluye que en ninguna de las disposiciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio se menciona el derecho de uso, salvo en el artículo 20. A su juicio, ni siquiera en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que dispone que "[n]o se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales", se confirma la existencia de ese derecho, ya que el artículo "rige la relación entre un gobierno como encargado de la reglamentación y todos los comerciantes y titulares de marcas de fábrica o de comercio, y no la relación entre comerciantes competidores".<sup>2</sup> Por consiguiente, según Australia, el artículo 20 no prevé, explícita o implícitamente, que "los Miembros de la OMC estén obligados a reconocer el derecho de uso de las marcas de fábrica o de comercio, aun cuando se permite la comercialización de los bienes".<sup>3</sup>

6. A juicio de Australia, el texto del Acuerdo sobre los ADPIC confirma que los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio conferidos en virtud del Acuerdo son de naturaleza negativa más que positiva. Esto significa que los derechos conferidos en el Acuerdo son los

\* Turquía solicitó que su comunicación en calidad de tercero sirviera de resumen.

<sup>1</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 243.

<sup>2</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 254.

<sup>3</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 254.

derechos de los titulares de marcas de fábrica o de comercio a excluir o impedir el uso por otras partes de marcas idénticas o similares mientras que los derechos positivos serían los derechos de usar realmente la marca.<sup>4</sup> Por lo tanto, los Miembros gozan de libertad para perseguir objetivos de política legítimos, y los derechos negativos conferidos en virtud del Acuerdo no limitan los reglamentos adoptados por los Miembros, que pueden restringir o no el uso de las marcas.

7. La posición de Australia con respecto al derecho de usar una marca de fábrica o de comercio es importante ya que, si esa posición es acertada, como aduce Australia, la mayor parte de las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC perderían su fundamento jurídico ya que dan por supuesto que hay un derecho de uso implícito en las disposiciones pertinentes. Si no existe un derecho de uso para los titulares de marcas, los fundamentos jurídicos de los reclamantes para impugnar una restricción del uso de las marcas en el curso de operaciones comerciales serán muy escasos.

8. Por otra parte, los reclamantes aducen que, contrariamente a lo que afirma Australia, el derecho de un titular de una marca de fábrica o de comercio a usar la marca es inherente a las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. A juicio de los reclamantes, en primer lugar, el uso es un componente fundamental de los regímenes de marcas de fábrica o de comercio. Por ejemplo, la República Dominicana formula una amplia argumentación sobre las razones por las que el uso es esencial para el titular de la marca. A juicio de la República Dominicana, la función de una marca de fábrica o de comercio -establecer el carácter distintivo de los bienes o servicios o diferenciarlos de otros- no puede cumplirse sin el uso en operaciones comerciales.<sup>5</sup> Sin el uso, una marca de fábrica o de comercio registrada no podría diferenciar un producto, y la expectativa de beneficio económico no podría satisfacerse.<sup>6</sup> De hecho, es esa la finalidad con la que las empresas invierten dinero y recursos en el desarrollo de una marca: obtener mayores beneficios mediante su uso.<sup>7</sup>

9. En segundo lugar, los reclamantes aducen que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC respaldan su posición. Por ejemplo, la República Dominicana realiza un análisis jurídico artículo por artículo y llega a la conclusión de que el texto del párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC implica el derecho de uso de los titulares de marcas de fábrica o de comercio.<sup>8</sup> Por lo tanto, para los reclamantes, el argumento de Australia de que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC no prevén ningún derecho positivo de uso carece de base y debe rechazarse.<sup>9</sup>

10. Turquía es de la opinión de que, al considerar si el Acuerdo sobre los ADPIC prevé o no un derecho de uso de los titulares de marcas de fábrica o de comercio, deben tenerse en cuenta todos los factores pertinentes, incluido el contexto que proporciona el capítulo del Acuerdo sobre los ADPIC dedicado a las marcas. Es una cuestión fáctica que el "uso" es una parte inseparable de los regímenes de marcas de fábrica o de comercio. Sin el uso, no puede realizarse la función esencial de una marca -distinguir un producto de los demás con una previsión de beneficios económicos-.<sup>10</sup> En ese contexto, no es sorprendente que numerosos Miembros de la OMC, incluida Turquía, tengan un requisito de uso real para el goce de los derechos que lleva consigo el registro de las marcas. De hecho, el registro sin uso crea un obstáculo innecesario para los nuevos registros y, sin uso, el gasto de dinero y otros recursos en el registro y la promoción de una marca de fábrica o de comercio carece de sentido.

11. Esto se ha puesto de relieve en el manual de propiedad intelectual preparado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI):

"La protección de las marcas de fábrica o de comercio no es un fin en sí misma. Aunque las leyes sobre las marcas de fábrica o de comercio por lo general no exigen el uso como condición de la solicitud de registro de una

<sup>4</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 255-258.

<sup>5</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 236.

<sup>6</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 239 y 240.

<sup>7</sup> Primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 167.

<sup>8</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 248-260.

<sup>9</sup> Primera comunicación escrita de Honduras, párrafos 165-175; primera comunicación escrita de Cuba, párrafos 317-320; y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 137-146.

<sup>10</sup> Véase un examen detallado de los efectos del uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en OMPI (2013), *Informe mundial sobre la propiedad intelectual, 2013*, páginas 81-88.

marca, y ni siquiera el registro efectivo, la razón última de la protección de las marcas de fábrica o de comercio es la función de distinguir los productos en los que se usa la marca de otros. Por lo tanto, no tiene sentido desde el punto de vista económico proteger las marcas de fábrica o de comercio mediante el registro sin imponer la obligación de usarlas. Las marcas de fábrica o de comercio no utilizadas son un obstáculo artificial para el registro de nuevas marcas. Es absolutamente necesario incluir una obligación de uso en la legislación sobre las marcas."<sup>11</sup>

12. A la luz de lo que antecede, existen a juicio de Turquía sólidas razones para creer que el derecho de uso del titular de una marca de fábrica o de comercio es un derecho inherente al registro de la marca. Turquía es de la opinión de que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC están en armonía con esa interpretación.

13. El derecho de uso de una marca de fábrica o de comercio del titular de la marca se da por supuesto y se reconoce implícitamente en las disposiciones relativas a las marcas del Acuerdo sobre los ADPIC. En particular, la existencia misma del artículo 20 indica que los titulares de marcas de fábrica o de comercio tienen un derecho inherente de utilizar sus marcas que va unido al registro de estas. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que "[n]o se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales".

14. Así pues, a juicio de Turquía, la práctica general en lo que respecta a los regímenes de marcas de fábrica o de comercio, así como las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, son suficientes para que concluyamos que el uso de una marca de fábrica o de comercio es un derecho del titular de la marca inherente al registro de esta. No obstante, ello no significa que el uso de una marca de fábrica o de comercio por el titular de la marca sea un derecho absoluto. Los Miembros de la OMC tienen derecho a regular los mercados y utilizan las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales para alcanzar diversos objetivos de política legítimos.<sup>12</sup>

15. De hecho, el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC reconoce claramente el derecho de los Miembros a reglamentar. El párrafo dispone lo siguiente:

Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la *salud pública* y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.  
(sin cursivas en el original)

16. Por consiguiente, en el párrafo 1 del artículo 8 se reconoce que la protección de la salud pública y la nutrición de la población y la promoción del interés público en sectores de importancia vital para el desarrollo socioeconómico y tecnológico de los Miembros son dos objetivos legítimos de política pública. No obstante, la disposición exige también que cualquier medida que se adopte para alcanzar esos objetivos sea compatible con lo dispuesto en el Acuerdo.

17. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, leído conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 8 arriba mencionado, configura un panorama claro. Como se ha dicho anteriormente, el artículo 20 dispone que "[n]o se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales" y pone ejemplos de esas complicaciones injustificables. Según ese texto, es evidente 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 existir

<sup>11</sup> OMPI, *WIPO Intellectual Property Handbook*, segunda edición (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2008) ("Manual de propiedad intelectual de la OMPI"), párrafo 2.390.

<sup>12</sup> COTTIER, Thomas "The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights" (El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) en MACRORY, Patrick F.J.; APPLETON, Arthur; PLUMMER, Micheal G. (editores) *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis* (La Organización Mundial del Comercio: Análisis jurídico, económico y político), volumen 1, 2005, páginas 1046 y 1047.

como resultado de un reglamento encaminado a alcanzar un objetivo de política legítimo de un Miembro. Uno de los ejemplos naturales de esos objetivos de política legítimos es proteger la salud pública y la nutrición de la población, como se dice expresamente en el artículo 8.

18. En otros términos, algunas de las medidas adoptadas por los Miembros que tienen algún grado de efectos restrictivos en el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales son justificables en el sentido del artículo 20 mientras que otras no lo son. En opinión de Turquía, el objetivo de política relacionado con una medida desempeña una importante función en la determinación de las medidas que pueden justificarse y de las que no pueden justificarse.

19. No obstante, para Turquía, es necesario un análisis del caso más en profundidad a fin de mantener un delicado equilibrio entre las preocupaciones de política legítimas de los Miembros, como la protección de la salud pública, y la protección eficaz de los derechos de propiedad intelectual. Turquía cree que este es un cometido fundamental que tiene ante sí el Grupo Especial para resolver la presente diferencia.

## II. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

20. En sus comunicaciones, mientras los reclamantes aducen que la carga de la prueba de que una medida complica injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio corresponde al demandado<sup>13</sup>, el demandado, Australia, sostiene que incumbe a los reclamantes.<sup>14</sup>

21. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC 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 ... (sin cursivas en el original)*

22. En el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, el Órgano de Apelación ha establecido claramente que:

*... la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.<sup>15</sup> (sin cursivas en el original)*

23. Desde ese momento se ha seguido ese enfoque en los informes de numerosos Grupos Especiales y del Órgano de Apelación.<sup>16</sup> Así pues, de conformidad con ese enfoque, según la disposición establezca una obligación positiva o una defensa, la carga de la prueba incumbe a una u otra parte. Además, también es importante considerar qué parte invoca una disposición, ya sea afirmando la existencia de una determinada infracción de la misma o defendiéndose contra una

<sup>13</sup> Primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 369-375.

<sup>14</sup> Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 430.

<sup>15</sup> 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 - Camisas y blusas de lana*), página 16; primera comunicación escrita de Australia, párrafos 427-440.

<sup>16</sup> Por ejemplo, Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/AB/R / WTDS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012, párrafo 379; 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, párrafos 4.484-4.496, o 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, párrafo 174.

alegación de infracción. Por lo tanto, la cuestión fundamental que tiene ante sí el Grupo Especial, es, en primer lugar, determinar si el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC contiene una obligación positiva o una excepción. En segundo lugar, el Grupo Especial debe tener también en cuenta qué parte invoca la disposición.

24. En cuanto a la primera cuestión, Turquía considera que la obligación contenida en el artículo 20 tiene carácter positivo y no de excepción. El hecho de que la palabra "injustificablemente" figure en el artículo 20 no modifica la naturaleza positiva de la obligación. Turquía cree que la lógica del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) puede aplicarse de manera similar al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. En el Acuerdo OTC en general y en su preámbulo en particular se reconoce que los Miembros de la OMC pueden adoptar medidas para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, que figuran entre los objetivos de política legítimos identificados en el Acuerdo. No obstante, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone que los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar esos objetivos legítimos.

25. En cuanto a la cuestión de la carga de la prueba, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* estableció que la carga de la prueba corresponde a la parte que alega la infracción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.<sup>17</sup> Turquía cree que ese enfoque debe arrojar luz sobre la determinación de la carga de la prueba en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Como se puso anteriormente de relieve en esta comunicación, el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC permite a los Miembros que adopten medidas para alcanzar varios objetivos de política legítimos, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo. Al igual que en el caso del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el derecho de los Miembros a adoptar medidas de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto al uso de una marca de fábrica o de comercio no es un derecho absoluto. Esas medidas no deberán complicar injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio. Si una parte formula una alegación de que existe tal complicación injustificable, a juicio de Turquía, corresponde a esa parte la carga de demostrar sus alegaciones.

26. En cuanto a la segunda cuestión, en el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, el Órgano de Apelación puso de relieve que "... la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa ..."<sup>18</sup> (sin énfasis en el original). Turquía interpreta a partir de este texto que no solo la naturaleza de la disposición sino también el autor de la reclamación o defensa de que se trata es un importante factor en la decisión de a quién corresponde la carga de la prueba.

27. Dicho esto, como señaló el Grupo Especial en el asunto *Argentina - Medidas sobre la importación*, Turquía desearía poner de relieve asimismo que "[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'".<sup>19</sup>

### III. CONCLUSIÓN

28. Turquía agradece esta oportunidad de exponer sus puntos de vista al Grupo Especial. Turquía solicita que este Grupo Especial examine las observaciones formuladas en esta comunicación al interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC.

---

<sup>17</sup> 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, párrafo 7.381.

<sup>18</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

<sup>19</sup> Informe del Grupo Especial, *Argentina - Medidas que afectan a la importación de mercancías*, WT/DS438/R, WT/DS444/R, WT/DS445/R, adoptado el 26 de enero de 2015, párrafo 6.31.

**ANEXO C-22****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL URUGUAY\***

1. Esta controversia se refiere básicamente a la capacidad reguladora del Estado en procura de un objetivo de política pública y los límites a esa capacidad en función de las obligaciones internacionales que el Estado ha contraído. La controversia también tiene un eje en el alcance y el tipo de derecho generado para el uso de una marca comercial en función de lo que dimana de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).
2. En este caso es relevante el hecho del escaso comercio afectado dado que de los cuatro Miembros reclamantes, apenas uno, Indonesia, tiene una corriente comercial significativa dirigida hacia el mercado australiano. De hecho, en el período reciente y de acuerdo a las estadísticas consultadas por el Uruguay las exportaciones de productos de tabaco de tres de los reclamantes hacia Australia han sido poco significativas desde bastante antes de la entrada en vigor de la medida por parte de Australia.
3. Teniendo en cuenta la situación del comercio bilateral entre Australia y los cuatro reclamantes en estos productos en los años recientes no se puede asumir que existe anulación y menoscabo tal como descrito en el artículo 2.8 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD). Podría haber un impacto comercial negativo de escasa magnitud o podría tener efecto indirecto en terceros mercados en donde las medidas australianas no se aplican y en donde Australia no tiene jurisdicción. Los efectos comerciales concretos en Australia y eventualmente en terceros mercados es un tema sobre el que las reclamaciones guardan silencio o dicen muy poco pero algunos de los argumentos presentados tienen como fundamento implícito este efecto.
4. La medida de empaquetado genérico contenida en la legislación conocida como "TPP Act y TTPP regulations" forman parte de un set de medidas que vienen siendo aplicadas por Australia desde tiempo atrás conformando un conjunto coherente y una política contra la epidemia del tabaco. El Uruguay ha seguido un camino muy similar el cual se desarrolla en la presentación realizada al Panel oportunamente. Es interesante destacar que la medida de empaquetado genérico es la única cuestionada no siéndolo ninguna de las medidas anteriores puestas en vigor por Australia. Por otro lado como puede apreciarse en la presentación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) al Panel y el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT) el consumo del tabaco es una epidemia mundial con serios efectos sobre la salud humana siendo la medida de empaquetado genérico un lineamiento del CMCT.
5. El extenso desarrollo que hacen los reclamantes de las disposiciones del artículo 20 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) no puede tener varias lecturas. El derecho y la obligación de un Miembro de proteger la salud pública a través de distintos instrumentos no pueden estar limitados completamente por la obligación de proteger los derechos de propiedad intelectual. Son obligaciones diferentes que aunque pueden estar conectadas no pueden ni deben estar en conflicto entre sí. Los bienes que protegen son distintos y de otra naturaleza. Una es un objetivo de política pública que abarca el conjunto de la sociedad que incluso puede requerir cierto tiempo hasta tanto la medida comience a tener efectos. La otra es la utilización de un instrumento de tipo comercial como es la marca comercial que tiene protección de uso exclusivo frente a otros utilizadores comerciales.
6. Por otro lado para el Uruguay el efecto directo debería ser estimable o medible y está fuera de consideración un efecto indirecto en terceros mercados dado que naturalmente Australia no tiene ni control ni jurisdicción fuera de su territorio.
7. Las medidas limitan el uso de la marca y tienen un impacto concreto en el consumo y no existen alternativas medibles con la misma eficacia. Las alternativas propuestas por algunos de los reclamantes sugieren un incremento fiscal medida que Australia ya ha aplicado y además sugieren

---

\* Original español.

un desconocimiento de la situación del mercado, el programa antitabaco que Australia viene aplicando hace tiempo atrás y son contradictorias entre sí.

8. La medida está justificada en términos del artículo 20 del ADPIC. Los propios reclamantes, como Honduras y República Dominicana no disputan el derecho de un Miembro (y nos gustaría agregarle obligación) a adoptar medidas para proteger la salud pública. El tipo de derecho protegido para los titulares de la marca es el uso exclusivo contra terceros que es típicamente la protección de un derecho con valor comercial que funciona en la órbita privada y el alcance está contenido en el artículo 17 del ADPIC.

9. A juicio del Uruguay no se logra probar una transgresión de las normas en los documentos presentados por los reclamantes. Se argumenta un efecto de distorsión causado por la medida de Australia en el mercado australiano que genera un movimiento del consumo hacia productos del segmento más bajo y de menor precio. Sin embargo, en las reclamaciones no se describe casi la segmentación del mercado australiano entre productos por precio. Se describe por parte de los reclamantes un perjuicio concreto en el mercado australiano con ese movimiento hacia el segmento más bajo del consumo (en términos de precio y calidad) pero este no es posible de evaluar o estimar dado que, como ya se ha mencionado, no existe casi comercio. Este argumento que es económico trata de presentar un perjuicio comercial que es indemostrable por parte de los reclamantes aunque de todas maneras Australia espera que el comercio y las importaciones se incrementen en los próximos años.

10. Según los reclamantes las medidas generan una desventaja para las marcas *premium* que se diferencian por su mejor calidad tanto en cigarrillos como en cigarros (incluyendo en estos últimos las indicaciones geográficas). Sin embargo, el concepto de calidad o *premium* de estos productos no se desarrolla y el precio parece el único determinante en establecer la diferencia entre productos de mayor o menor calidad.

11. Resulta importante resaltar que desde el punto de vista de la salud pública, no existen cigarrillos de mayor o menor calidad, debido a que todos generan enfermedad y muerte por su contenido de carcinógenos y sustancias tóxicas.

12. De los cuatro reclamantes sólo Cuba y la República Dominicana tienen indicaciones geográficas para cigarros y por lo tanto el tema no se presenta en cigarrillos. La argumentación es similar a la utilizada para las restricciones del uso de la marca y se fundamenta en la afectación de la competencia en el mercado australiano, el efecto del movimiento del consumo hacia productos de menor precio y la alternativa de medidas menos restrictivas del uso de la marca comercial que serían supuestamente más efectivas aunque esto es hipotético.

13. En lo relativo a argumentos jurídicos estos se concentran en las disposiciones del ADPIC y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) pero se limitan a restricciones al uso de la marca comercial y a caracterizar la medida de empaquetado genérico como un reglamento técnico cuyo objetivo no se cuestiona aunque se asegura que habría alternativas a la medida que podrían afectar menos el comercio. En ningún momento se menciona que el Convenio Marco de la OMS ha recomendado las medidas de empaquetado genérico PP, con buenas razones, como un instrumento efectivo, en el marco de una política más amplia y una batería de medidas que logra reducir el consumo.

14. Ahora bien, la conexión entre las obligaciones establecidas en los Acuerdos determinan que la medida en vigor debe contribuir al objetivo definido que en este caso es proteger la salud pública y debe hacerlo con el menor impacto posible en los derechos de otros Miembros. En la documentación pertinente Australia ha demostrado la reducción en el consumo y el incremento en el conocimiento de los impactos del tabaco en la salud, por tanto la correlación y la causalidad entre las medidas y el consumo de tabaco.

15. Por varias razones el Uruguay tiene un interés sustantivo en este procedimiento conforme a lo previsto en el artículo 10.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Es importante adelantar que el Uruguay ha emprendido desde tiempo atrás un programa para combatir la epidemia del tabaco que se convirtió en un serio problema de salud pública en nuestro país y que tiene un enorme costo en forma de tratamientos médicos y muertes prematuras.



16. Ante todo el Uruguay quisiera reafirmar que la protección de la salud pública es una competencia y potestad comprendida dentro de la autoridad soberana de los Estados y cada Miembro tiene el derecho y la obligación de legislar y reglamentar en el interés público con miras a proteger un objetivo legítimo de salud pública. Dentro del sistema de la OMC este derecho se reconoce en el Acuerdo sobre los ADPIC, en el Acuerdo OTC y en el GATT de 1994. También es reconocido por otros cuerpos de derecho internacional como el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT), y además, y no menos importante, es contemplado en la legislación y reglamentos nacionales de numerosos Estados que son Miembros de la OMC y la OMS.

**ANEXO C-23****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE ZAMBIA**

1. Zambia presenta aquí el resumen de su comunicación escrita en la diferencia sobre la medida de empaquetado genérico del tabaco australiana.
2. La Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011, el Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2011 y 2012 y la Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio (empaquetado genérico del tabaco) de 2011, que prohíben el uso de marcas registradas e imponen rigurosos requisitos sobre el empaquetado, el etiquetado y los productos, plantean graves preocupaciones a Zambia en el marco del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC") y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC") de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"). La solución de esas cuestiones es decisiva para garantizar que los Miembros cumplan sus obligaciones y no impongan medidas que restrinjan indebidamente el comercio y que tengan una especial repercusión en los países en desarrollo y menos adelantados Miembros.
3. Zambia pone de relieve desde un principio la importancia del tabaco para su desarrollo económico y desea situar esta diferencia en su contexto describiendo brevemente la importancia del cultivo y el comercio de tabaco en Zambia, así como las políticas zambianas destinadas a limitar el consumo y la prevalencia del tabaco. Zambia es un país del África Meridional sin litoral que posee un extenso territorio y abundantes recursos hídricos. El sector agrícola es el pilar fundamental de la economía zambiana, que contribuye al crecimiento económico y la diversificación de las exportaciones. La agricultura primaria representa aproximadamente el 35% de las exportaciones no tradicionales del país (es decir, de las exportaciones distintas del cobre y el cobalto), y le corresponde en torno al 10% de los ingresos de exportación. El sector agrícola vital proporciona alrededor del 70% del total de los puestos de trabajo y es una prioridad del Gobierno a fin de garantizar la seguridad alimentaria y la generación de ingresos, crear empleo y reducir la pobreza.
4. El tabaco es un cultivo de importancia estratégica en Zambia, 7,5 veces más rentable por hectárea que la producción de maíz y 14 veces más rentable que el algodón. Más de 26.000 agricultores de Zambia cultivan tabaco, y están empleados en el sector 40.000 trabajadores. La mayoría trabaja en pequeñas explotaciones agrícolas de menos de cinco hectáreas. La producción de tabaco -que no se ha visto muy afectada por las importantes fluctuaciones de los precios que han repercutido en otros cultivos- es indispensable para garantizar un ingreso mínimo a los agricultores, dado que el 70% de la población rural vive por debajo de la línea de la pobreza. Toda la cadena de valor que crea el tabaco proporciona empleo directo e indirecto a cerca de 450.000 personas.
5. El tabaco contribuye también considerablemente a los ingresos de exportación de Zambia ya que fue el quinto producto más exportado en 2013, con un valor de 180 millones de dólares EE.UU. Zambia ha comenzado a elaborar la hoja y a fabricar cigarrillos, y en 2013 sus exportaciones de cigarrillos alcanzaron un valor de 20 millones de dólares EE.UU. Se reconoce que el tabaco zambiano es de gran calidad. Las medidas australianas de empaquetado genérico tendrán indudablemente un efecto negativo en el valor del tabaco producido y exportado por Zambia porque los fabricantes ya no estarán dispuestos a pagar una prima sobre el precio por la hoja de calidad. Dado que el precio es el principal factor que distingue el tabaco, los fabricantes tendrán que reducir sus precios de venta u optar por utilizar hoja de calidad inferior y menor precio para seguir siendo competitivos.
6. Zambia se ha comprometido también con respecto a las políticas de control del tabaco. En 2002 aplicó el Reglamento de salud pública y en 2008 se adhirió al Convenio Marco para el Control del Tabaco ("CMCT") de la Organización Mundial de la Salud ("OMS"). Zambia sostiene que los Miembros de la OMC que son partes en el CMCT pueden cumplir plenamente sus obligaciones en el marco de la OMC y el CMCT al mismo tiempo. Contrariamente a lo que afirma Australia, las Directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 del CMCT no son normas internacionales en

el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC ni ordenan a las partes en el CMCT que impongan el empaquetado sencillo.

7. Pasando a referirse al Acuerdo OTC, Zambia recuerda que en noviembre de 2011 expresó en el Comité OTC sus graves preocupaciones acerca de la compatibilidad de la medida australiana con el párrafo 2 del artículo 2 de ese Acuerdo. Zambia señala que el Acuerdo OTC prohíbe los obstáculos innecesarios al comercio que restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. Zambia considera que el empaquetado genérico fue una respuesta desproporcionada a los objetivos de salud, no respaldada por pruebas creíbles de que alcanzaría el objetivo legítimo de Australia. Casi cuatro años después de sus intercambios iniciales con Australia y más de dos años después de la aplicación de las medidas de empaquetado genérico australianas, las preocupaciones de Zambia se han confirmado.

8. Las prescripciones relativas al empaquetado, el etiquetado y el producto que impone Australia son altamente restrictivas del comercio. Esas rigurosas prescripciones relativas al producto, el empaquetado y el etiquetado hacen que la producción de productos de tabaco para el mercado australiano sea más onerosa y costosa y tienen efectos perjudiciales en las oportunidades de competencia de las importaciones.

9. Zambia no cuestiona el objetivo declarado por Australia. De hecho, comparte ese objetivo legítimo de salud pública. No obstante, no comprende cuál es la contribución de las medidas de empaquetado genérico y su objetivo. Tras dos años de empaquetado genérico, no hay pruebas de que reduzca la prevalencia del tabaquismo o modifique el hábito de fumar y sí las hay de que la medida no funciona, como la comoditización del mercado y el hecho de que los consumidores cambien a productos de menor precio. Las pruebas cualitativas y cuantitativas presentadas a 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. Por consiguiente, no se puede constatar que las medidas de empaquetado genérico contribuyan al objetivo declarado de Australia.

10. Zambia cree además que las soluciones reglamentarias alternativas y compatibles con la OMC que han examinado los reclamantes permitirían alcanzar mejor el objetivo declarado. Así pues, Zambia considera que el empaquetado genérico constituye una clara infracción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que es perjudicial para los derechos de todos los Miembros productores de tabaco.

11. Zambia también ha planteado anteriormente en el Consejo de los ADPIC sus preocupaciones en relación con los aspectos de propiedad intelectual de las medidas. Zambia reconoce la importancia para el comercio y la competencia de las marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas, que permiten a los productores diferenciar sus bienes en el mercado y permiten a los consumidores hacer elecciones informadas sobre esos bienes.

12. A la luz de la función que desempeñan los derechos de propiedad intelectual en los procesos comerciales, Zambia considera que las medidas australianas son una complicación injustificable en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. El empaquetado genérico impone "exigencias especiales" drásticas al pequeño número de marcas denominativas que sigue existiendo y prohíbe totalmente el uso de todas las demás marcas de fábrica o de comercio. Por lo tanto, impone la "máxima complicación" al uso de las marcas.

13. Zambia no cree que exista ninguna justificación del empaquetado genérico, a la luz de las pruebas arriba mencionadas y del hecho de que la medida no considera cada marca individualmente. La aplicación a todas las marcas de fábrica o de comercio sobre la base de la naturaleza del producto es una exigencia irrazonable y desproporcionada que "menoscab[a] la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". Así es con arreglo al criterio de "necesidad" del artículo 20. El argumento de Australia de que el carácter justificable de conformidad con el artículo 20 se basa en una "conexión racional" no está respaldado por el texto del Acuerdo sobre los ADPIC y eliminaría, de hecho, cualquier disciplina sobre las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio con arreglo al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, ya que cualquier medida con alguna tenue conexión con un objetivo legítimo alcanzaría ese bajo umbral por mucho que restringiera el uso de las marcas de fábrica o de comercio.

14. Zambia cree que el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC se basa en la expectativa legítima de los titulares de que podrán ejercer su capacidad de hacer uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, lo cual debe tenerse en cuenta al analizar las alegaciones de los reclamantes de infracción de los artículos 15 y 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

15. Esta diferencia plantea varias cuestiones sistémicas importantes en relación con la función de las marcas de fábrica o de comercio en una economía mundial y el equilibrio entre las consideraciones de política y las medidas que restringen el comercio. No se puede constatar que una medida contraria a la esencia de los derechos de propiedad intelectual, con efectos desproporcionados en el comercio y de la que no se ha demostrado que contribuya al objetivo declarado es compatible con las disposiciones del Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC.

16. Zambia invita al Grupo Especial a considerar estas observaciones, que tienen en cuenta la importancia de este producto para muchos Miembros en desarrollo y menos adelantados, en su análisis de las alegaciones formuladas en la presente diferencia.

**ANEXO C-24****RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE ZIMBABWE**

1. En este resumen de Zimbabwe se examinan los argumentos formulados en la presente diferencia en la comunicación escrita presentada por Zimbabwe en calidad de tercero de 10 de abril de 2015 y en su declaración oral en la sesión destinada a los terceros de la primera audiencia del Grupo Especial de 3 de junio de 2015. Zimbabwe agradece la oportunidad de dar a conocer sus opiniones sobre la incompatibilidad con las disposiciones de la OMC de la medida de empaquetado genérico del tabaco australiana.

2. La medida australiana prohíbe el uso de marcas de fábrica o de comercio registradas e impone prescripciones rigurosas sobre el empaquetado y el etiquetado y, por ello, plantea graves preocupaciones en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC") y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC") de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") y tiene un efecto muy perjudicial en las oportunidades y el desarrollo económicos de Zimbabwe.

3. Zimbabwe se adhirió recientemente al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco y, por lo tanto, apoya el objetivo de salud pública legítimo de Australia. Zimbabwe desea que esas metas se persigan mediante medidas bien diseñadas, que contribuyan realmente al objetivo y se sitúen dentro de los límites de las obligaciones de los Miembros de la OMC.

4. Zimbabwe es un pequeño país en desarrollo, sin litoral y de ingresos bajos, cuya economía depende de un reducido número de productos agrícolas. El tabaco es el principal producto agrícola de Zimbabwe después del maíz y el algodón, y su rendimiento es muy superior al de esos cultivos, con lo que crea una mayor estabilidad financiera para los agricultores. La hoja de Virginia producida en Zimbabwe es de gran calidad y se exporta a clientes de todo el mundo, por lo que el tabaco es la mayor exportación agrícola de Zimbabwe en volumen y en valor y ocupa el tercer lugar entre las exportaciones totales en valor. El tabaco representó en 2013 alrededor del 15% del PIB de Zimbabwe, con considerables aumentos en 2014 y nuevas proyecciones de aumentos para 2015.

5. El sector del tabaco proporciona directamente unos 350.000 puestos de trabajo e indirectamente sostiene hasta a cinco millones de personas. Se prevé que el tabaco será el factor que más contribuya al crecimiento y la recuperación proyectados para el sector agrícola de Zimbabwe, así como para el país en general, ya que da lugar a inversiones en infraestructura y empleo.

6. Como el sector del tabaco se centra cada vez más en la obtención de hoja de Virginia de gran calidad, que Zimbabwe está en buena situación para proporcionar, la imposición de una forma genérica de empaquetado, que limita los medios de que disponen los consumidores para hacer elecciones informadas sobre la calidad del producto, hará que pierda valor el tabaco de Virginia superior que Zimbabwe produce. Esa pérdida de valor amenazaría directamente los medios de vida de 120.000 agricultores y sus familias, que dependen de la producción de tabaco, y de millones de zimbabwenses cuyos puestos de trabajo e ingresos dependen indirectamente del tabaco y la producción de tabaco, así como las perspectivas de desarrollo económico general del país.

7. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un reglamento técnico no debe restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, y deberían preferirse medidas alternativas igualmente eficaces pero que restringieran menos el comercio. Una restricción del comercio que no contribuya a que se alcance un objetivo legítimo o que vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar ese objetivo no puede justificarse. Estas obligaciones básicas son una expresión del principio de aplicación de buena fe de las obligaciones de los Miembros de la OMC en el sistema internacional de comercio, que exige que los Miembros eviten los reglamentos ineficaces, desproporcionados e innecesariamente restrictivos.

8. Zimbabwe señala que no se cuestiona que los requisitos materiales o formales de la medida están incluidos en la definición de "reglamento técnico" aunque Australia sostiene que los requisitos relativos a las marcas de fábrica o de comercio no están incluidos en esa definición. Zimbabwe opina que todos los aspectos de la medida prevén requisitos "obligatorios", "que establecen las características del producto" con respecto a "símbolos, embalaje, marcado o etiquetado" y se aplican a un grupo identificable de productos. Así pues, el intento de distinguir los tipos de requisitos no tiene sentido ya que todos los aspectos de la medida impugnada están abarcados por las disciplinas del Acuerdo OTC.

9. La medida de empaquetado genérico es también sumamente restrictiva del comercio. Los costos de adaptación y cumplimiento asociados a los requisitos del empaquetado genérico constituyen un importante desincentivo de la exportación, en particular para los países en desarrollo como Zimbabwe.

10. Además, la posible imposición del empaquetado genérico por Miembros distintos de Australia que son mercados de exportación muy importantes para Zimbabwe limitaría aún más las oportunidades comerciales. En los últimos años, utilizando su hoja de tabaco de Virginia de calidad, Zimbabwe ha desarrollado la fabricación de productos de tabaco. No obstante, las exportaciones de productos de tabaco han venido disminuyendo desde 2012. Esta tendencia podría persistir si se concediera a los Miembros el derecho a imponer medidas de empaquetado genérico y otras medidas que restrinjan el comercio.

11. En cuanto al objetivo de Australia de reducir la prevalencia del tabaquismo en su población, Zimbabwe está de acuerdo en que es legítimo. No obstante, no está convencido de que la medida pueda contribuir realmente a ese objetivo. A ese respecto, Zimbabwe señala los informes de expertos elaborados por el Profesor Klick y el Instituto de evaluación de políticas ("IPE"), que constatan que la medida australiana no está teniendo el efecto que se perseguía analizando las circunstancias posteriores a la aplicación en Australia en relación con una jurisdicción hipotética (Nueva Zelanda en el informe del Profesor Klick) y en relación con las tendencias en Australia a lo largo del tiempo (en el informe del IPE). Esos informes apoyan los demás informes y argumentos relativos al diseño, la arquitectura y la estructura de la medida y revelan que no es probable que el empaquetado genérico reduzca la prevalencia del tabaquismo y que, de hecho, no la está reduciendo. Los datos procedentes del mercado australiano confirman que la medida puede tener el efecto opuesto al perseguido.

12. La supresión de las marcas de fábrica o de comercio y la normalización del empaquetado tendrán el efecto de limitar considerablemente la posibilidad de distinguir entre los productos sobre la base de la calidad. Esto tiene como resultado la "comoditización" de esos productos y una presión descendente sobre los precios. Al impedir las distinciones basadas en la calidad, las medidas de empaquetado genérico afectarán sin duda negativamente al comercio de hoja de tabaco de Virginia de gran calidad como la que produce Zimbabwe. El aumento de la competencia en materia de precios tendrá un efecto de reducción de los precios de la hoja de tabaco porque los fabricantes de productos de tabaco tratarán de salvaguardar sus márgenes de beneficios obteniendo materias primas más baratas. Un descenso de los precios de la hoja de tabaco tendría consecuencias devastadoras para la economía zimbabwense en su conjunto debido a la importancia del tabaco y para los pequeños agricultores y sus familias, que subsisten gracias al cultivo de tabaco. Zimbabwe no podría soportar un descenso de los precios de la hoja de tabaco y no tiene a su disposición ninguna alternativa viable a continuar cultivando tabaco.

13. Se invita al Grupo Especial a aplicar rigurosamente las disposiciones del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en las presentes diferencias. Esas prescripciones reglamentarias son perjudiciales para Zimbabwe ya que su desarrollo económico depende de productos cada vez más regulados, incluidos los productos de tabaco, y los medios de vida de la mayor parte de su población siguen dependiendo directa o indirectamente del sector del tabaco. El Grupo Especial debe tener en cuenta los efectos comerciales y económicos del empaquetado genérico en los productos de tabaco y en la hoja de tabaco y otras materias primas afectadas por las medidas adoptadas por Australia.

14. Zimbabwe considera que la medida de empaquetado genérico debilita significativamente los derechos de propiedad intelectual al prohibir que todas las marcas de fábrica o de comercio, salvo determinados nombres comerciales y marcas de origen, aparezcan en los productos de tabaco. El

empaquetado genérico reduce también la protección de que gozaban en Australia las indicaciones geográficas.

15. Las marcas de fábrica o de comercio son fundamentales para diferenciar los productos y garantizar la competencia leal en el mercado. Se reconoce que son esenciales para abrir nuevos mercados, apoyando así la competencia y el comercio internacional de productos. Desde el punto de vista de los consumidores, las marcas de fábrica o de comercio proporcionan información sobre la calidad de los productos y las diferencias entre ellos, y les permiten distinguir los productos disponibles en el mercado. Las marcas de fábrica o de comercio desempeñan esas funciones mediante su uso en los productos y en el empaquetado de estos. La prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio en productos legítimos no toma en consideración la finalidad de las marcas y su beneficio para los consumidores y para los fabricantes de países en desarrollo a efectos de establecer marcas sólidas y notoriamente conocidas. La falta de distinciones a que da lugar la imposición del empaquetado genérico tendrá indudablemente un efecto negativo en el precio del tabaco y afectará significativamente a los productores de hoja de calidad superior.

16. Como muchos Miembros de la OMC, Zimbabwe prevé la protección del derecho de usar marcas de fábrica o de comercio en su legislación nacional. Zimbabwe considera que el uso de marcas 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. Por lo tanto, Zimbabwe considera que Australia incumple las obligaciones que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC al prohibir el uso comercial legítimo de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco.

17. Además, las indicaciones geográficas son importantes indicadores del origen de los productos y de la calidad, reputación o características que pueden atribuirse esencialmente a ese origen. Sin embargo, la medida australiana impide el uso de indicaciones geográficas denominativas distintas del nombre del país, en perjuicio de los productores y los consumidores. Así, las restricciones que impone la medida de empaquetado genérico a las indicaciones geográficas reducen la protección de dichas indicaciones que existía en Australia antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC y no proporcionan ningún medio de impedir el uso de indicaciones geográficas, infringiendo así el párrafo 3 del artículo 24 y el párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC.

18. A la luz de lo que antecede, Zimbabwe considera que las medidas de empaquetado genérico de Australia incumplen las obligaciones que impone a ese país el Acuerdo sobre los ADPIC, en particular el párrafo 1 del artículo 2, los artículos 15, 16 y 20, el párrafo 3 del artículo 24 y el párrafo 2 b) del artículo 22.

19. La hoja de tabaco y los productos de tabaco son vitales para el desarrollo económico y social de Zimbabwe. Como los medios de vida de millones de zimbabwenses dependen del tabaco, el Grupo Especial, además de tener en cuenta los argumentos formulados por las partes, debe tomar plenamente en consideración los efectos negativos reales y potenciales de las medidas de empaquetado genérico adoptadas por Australia para los países en desarrollo y menos adelantados Miembros.

20. Dada la falta de testimonios científicos que indiquen que la medida de empaquetado genérico en litigio contribuye al objetivo de salud pública declarado, las restricciones extremas e injustificables de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio y la existencia de medidas alternativas que serían más eficaces y restringirían menos el comercio y las marcas, Zimbabwe solicita que el Grupo Especial constate que la medida es incompatible con las obligaciones que imponen a Australia el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC.

---