

Comentario sobre *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*,
Informe del Órgano de Apelación, 4 de abril de 2012

Bradly J. Condon

I. Introducción

El 4 de abril de 2012 el Órgano de Apelación emitió su informe en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*.¹ El asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* concierne al artículo 907(a)(1)(A) de la *Ley federal de productos alimenticios, medicamentos y cosméticos* (FFDCA), que se incorporó a la FFDCA en virtud del artículo 101(b) de la *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia*. Dicha medida prohíbe la producción y venta en los Estados Unidos de cigarrillos de clavo de olor, así como de la mayoría de los demás cigarrillos aromatizados. Sin embargo, la medida excluye de la prohibición a los cigarrillos mentolados. Indonesia es el principal productor mundial de cigarrillos de clavo de olor, y la inmensa mayoría de los cigarrillos de clavo de olor que se consumían en los Estados Unidos antes de la prohibición se importaban de Indonesia.

Indonesia alegaba que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor era incompatible con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), por ser discriminatoria e innecesaria. El Grupo Especial determinó que la medida impugnada estaba comprendida en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC, por ser un “reglamento técnico” en el sentido del Anexo 1 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial constató que la prohibición era incompatible con la obligación de trato nacional del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, porque daba a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable que el que otorgaba a los cigarrillos mentolados. Constató que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son “productos similares” en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Sin embargo, el Grupo Especial constató que Indonesia no había demostrado que la prohibición restringe el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo (en este caso, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes) en el sentido del artículo 2.2 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial también constató que los Estados Unidos habían actuado en forma incompatible con el artículo 2.9.2 (obligación de notificar a los Miembros de la OMC los reglamentos técnicos) y el artículo 2.12 (obligación de prever un plazo prudencial entre la publicación y la entrada en vigor de los reglamentos técnicos).²

El Órgano de Apelación confirmó, aunque por razones distintas, la constatación del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. También confirmó, aunque por razones distintas, la constatación de que, al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y eximir al mismo tiempo a los cigarrillos mentolados de la prohibición, el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales, en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Por lo tanto, confirmó, aunque por razones distintas, la constatación de que el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA es incompatible con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Con respecto al artículo 2.12 del Acuerdo OTC, confirmó la constatación de que el párrafo 5.2 de la Decisión

¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor* (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor), WT/DS406/AB/R.

² Véase Bradly J. Condon, Comentario sobre *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, Informe del Grupo Especial, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/ComentarioCigarrillosdeclavo.pdf.

Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, sobre la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el artículo 2.12 del Acuerdo OTC. También confirmó, aunque por razones distintas, la constatación de que, al no haber previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el artículo 2.12 del Acuerdo OTC.

Este informe es importante porque confirma que el análisis del concepto de "productos similares" es esencialmente igual en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC y el artículo III:4 del GATT de 1994. Sin embargo, el análisis del concepto de "trato menos favorable" es distinto. Cuando el reglamento técnico en litigio no establece una discriminación *de jure* contra las importaciones, la existencia de un efecto perjudicial para las oportunidades de competencia del grupo de productos importados frente al de productos nacionales similares no es determinante con respecto a la existencia de trato menos favorable a tenor del artículo 2.1. En cambio, un grupo especial debe analizar si el efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja la discriminación del grupo de productos importados. Al formular esta determinación, un grupo especial debe examinar el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio y, en particular, si éste es imparcial, para determinar si discrimina contra el grupo de productos importados.³

Otro aspecto importante de este informe es la interpretación hecha del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre los acuerdos ulteriores sobre interpretación.

II. Artículo 2.1 del Acuerdo OTC

Los Estados Unidos adujeron que el Grupo Especial erró al constatar que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares y que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.⁴ El artículo 2.1 del Acuerdo OTC incorpora una obligación de trato nacional y una obligación de trato de la nación más favorecida, por lo que se refiere a las instituciones del gobierno central:

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

El Órgano de Apelación notó que, para que quede establecido un incumplimiento de la obligación de trato nacional del artículo 2.1, deben concurrir tres elementos: i) que la medida en litigio sea un reglamento técnico; ii) que los productos importados y nacionales de que se trata sean productos similares; y iii) que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares. La apelación de los Estados Unidos se refirió únicamente a los elementos segundo y tercero de este criterio de incompatibilidad.⁵ No obstante, antes de analizar estas cuestiones, el Órgano de Apelación formuló algunas observaciones de alcance

³ Ibid, párrafo 182.

⁴ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 85.

⁵ Ibid, párrafo 87.

general sobre el preámbulo del Acuerdo OTC, la definición de "reglamento técnico", la pertinencia del artículo III:4 del GATT de 1994 a la interpretación del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, y la inexistencia entre las disposiciones de ese Acuerdo de una disposición sobre excepciones generales análoga al artículo XX del GATT de 1994.

El contexto interpretativo del Acuerdo OTC

El segundo considerando del preámbulo del Acuerdo OTC vincula el Acuerdo OTC con el GATT de 1994, donde se dice: "Deseando promover la realización de los objetivos del GATT de 1994". Según el Órgano de Apelación, este considerando indica que el Acuerdo OTC es un desarrollo de las disciplinas del GATT de 1994, y que los dos Acuerdos tienen un ámbito de aplicación parcialmente coincidente y objetivos similares. Indica que ambos acuerdos deben interpretarse de forma coherente y armónica.⁶

El quinto considerando del Acuerdo OTC expresa el "deseo" de que los reglamentos técnicos, las normas técnicas y los procedimientos de evaluación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. El Órgano de Apelación estimó que el quinto considerando tiene su reflejo en las disposiciones del Acuerdo OTC que están dirigidas a reducir los obstáculos al comercio internacional y que limitan el derecho de los Miembros a reglamentar, por ejemplo, prohibiendo la discriminación contra los productos importados (artículo 2.1) o exigiendo que los reglamentos técnicos no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo (artículo 2.2).⁷

No obstante, el objetivo de evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional está matizado en el sexto considerando por el reconocimiento expreso del derecho de los Miembros a reglamentar con miras a alcanzar ciertos objetivos legítimos. El sexto considerando sirve de contrapeso al objetivo de liberalización del comercio que expresa el quinto considerando. Se "reconoce" el derecho de los Miembros a reglamentar frente al "deseo" de evitar que se creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. Según el Órgano de Apelación, el sexto considerando indica que los Miembros tienen derecho a recurrir a reglamentos técnicos para alcanzar sus objetivos legítimos, siempre que lo hagan de manera imparcial y de forma que en lo demás sea conforme a las disposiciones del Acuerdo OTC. De este modo, el equilibrio que se establece en el preámbulo del Acuerdo OTC entre el deseo de evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional, de un lado, y el reconocimiento del derecho de los Miembros a reglamentar, de otro, no es en principio diferente del equilibrio establecido en el GATT de 1994, en el que la disposición del artículo XX sobre excepciones generales limita obligaciones como la de trato nacional del artículo III.⁸

El Órgano de Apelación observó que el artículo 2.1 del Acuerdo OTC se aplica únicamente con respecto a los reglamentos técnicos, a los que el párrafo 1 del Anexo 1 define como "[d]ocumento[s] en el [los] que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria". Consideró que las características de un producto establecidas en un reglamento técnico pueden a su vez ser pertinentes para determinar si los productos son similares en el sentido del artículo 2.1. En consecuencia, en el caso de los reglamentos técnicos, la propia medida puede proporcionar elementos pertinentes a la determinación de si los productos son similares y si se ha dado a los productos importados un trato menos

⁶ Ibid, párrafos 90-91.

⁷ Ibid, párrafos 92-93.

⁸ Ibid, párrafos 94-96.

favorable. Las medidas que establecen distinciones en función de las características del producto están en principio permitidas. No obstante, una cosa es que un reglamento técnico pueda definir las características de un producto con miras a alcanzar un objetivo de política legítimo y otra que pueda hacerlo dando a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares.⁹

El Órgano de Apelación señaló que la formulación de la obligación de trato nacional del artículo 2.1 del Acuerdo OTC se asemeja estrechamente a la del artículo III:4 del GATT de 1994. Se configuran en torno a las mismas expresiones básicas ("productos similares" y "trato no menos favorable") y todo reglamento técnico en principio está sujeto a ambas disposiciones. Esto confirma que el artículo III:4 del GATT de 1994 es un elemento contextual pertinente para la interpretación de la obligación de trato nacional del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.¹⁰

Por último, observó que el Acuerdo OTC no tiene una cláusula sobre excepciones generales, mientras que el GATT de 1994 contiene una cláusula de esa naturaleza en el artículo XX.¹¹

La expresión "productos similares" del artículo 2.1 del Acuerdo OTC

El Grupo Especial constató que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial llegó a esta conclusión después de evaluar los criterios de "similitud" tradicionales (características físicas, usos finales, gustos y hábitos de los consumidores y clasificación arancelaria), teniendo en cuenta que la medida en litigio es un reglamento técnico con la finalidad inmediata de regular los cigarrillos que tienen un aroma característico con miras a alcanzar el objetivo legítimo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes. Los Estados Unidos no apelaron contra las constataciones del Grupo Especial relativas a las características físicas y la clasificación arancelaria de los productos.¹²

El Grupo Especial declaró que el artículo III:4 del GATT de 1994 no podía considerarse contexto inmediato del artículo 2.1 del Acuerdo OTC y señaló que la referencia del Órgano de Apelación a un "acordeón" de "similaridad" permite interpretaciones distintas de la expresión "productos similares" en estas disposiciones. El Grupo Especial consideró que el hecho de que el artículo 907 (a)(1)(A) de la FFDCA sea un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC y tenga por finalidad inmediata la reglamentación de cigarrillos con aromas característicos con el fin de alcanzar el objetivo legítimo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes debería tener importancia para determinar si los productos en cuestión son similares. Señaló también que el sexto considerando del preámbulo y el artículo 2.2 del Acuerdo OTC podrían justificar una interpretación distinta de la "similitud" en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. En consecuencia, el Grupo Especial consideró que la interpretación del artículo 2.1 del Acuerdo OTC no debía abordarse principalmente desde una perspectiva orientada a la competencia, sino que la ponderación de las pruebas relativas a los criterios de "similitud" debía estar influida por el hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico que tiene por finalidad inmediata la reglamentación de los cigarrillos con aromas característicos por motivos de salud pública. El Grupo Especial atribuyó especial importancia al objetivo de salud del

⁹ Ibid, párrafos 97-98.

¹⁰ Ibid, párrafos 99-100.

¹¹ Ibid, párrafo 101.

¹² Ibid, párrafos 103-104.

artículo 907(a)(1)(A) en su evaluación de las características físicas de los productos y de los gustos y hábitos de los consumidores.¹³

El Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que la interpretación de la expresión "productos similares" del artículo 2.1 del Acuerdo OTC debe partir del texto de esa disposición teniendo en cuenta el contexto proporcionado por el propio artículo 2.1, por las demás disposiciones del Acuerdo OTC y por el Acuerdo OTC en su conjunto. Coincidió también en que el hecho de que el artículo 2.1 sea aplicable a los reglamentos técnicos forma parte del contexto pertinente y que el preámbulo del Acuerdo OTC reconoce el derecho de los Miembros a reglamentar mediante reglamentos técnicos. Sin embargo, no estuvo convencido de que de esos elementos del contexto y del objeto y fin del Acuerdo OTC se desprenda que no es posible abordar la interpretación del concepto de "productos similares" del artículo 2.1 desde una perspectiva orientada a la competencia.¹⁴

Según el Órgano de Apelación, el concepto de "trato no menos favorable" informa la determinación de la similitud, lo que sugiere que la similitud concierne a la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos. El concepto de "trato no menos favorable" relaciona a los productos con el mercado, porque sólo en el mercado puede determinarse cuál es el trato que da la medida a los productos importados y nacionales similares. No obstante, al determinar la similitud sobre la base de la relación de competencia entre dos o más productos, los grupos especiales deben prescindir de los eventuales efectos de distorsión que la propia medida en litigio pueda tener sobre la relación de competencia y dejar el examen de esos efectos al análisis del trato menos favorable. En tales casos, el grupo especial debe determinar la naturaleza y medida de la relación de competencia a efectos de la determinación de la similitud con independencia de la medida en litigio. Por lo tanto, no estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que el texto y el contexto del Acuerdo OTC respalden una interpretación del concepto de "similitud" del artículo 2.1 que atienda a los objetivos legítimos y las finalidades del reglamento técnico y no a la relación de competencia entre dos o más productos. Observó además que los objetivos no siempre pueden discernirse fácilmente del texto ni incluso del diseño, arquitectura y estructura de la medida. La determinación de la similitud sobre la base de los objetivos normativos de la medida, y no de la relación de competencia entre los productos, exigiría la identificación de todos los objetivos pertinentes de una medida y la evaluación de cuáles de esos objetivos son pertinentes o deben prevalecer al determinar si los productos son similares. Esto no siempre resultaría posible.¹⁵

Además, consideró que el concepto de "productos similares" del artículo 2.1 no se presta a distinciones entre productos basadas en los objetivos normativos de una medida. El concepto de "productos similares" sirve para definir los productos que deben compararse para establecer si se otorga un trato menos favorable a los productos importados. Es más fácil establecer distinciones entre productos que se ha constatado que son similares al examinar, posteriormente, si se ha otorgado un trato menos favorable que al determinar la similitud, porque esa última forma de proceder alteraría el alcance y el resultado de la comparación a los efectos del trato menos favorable. Sin embargo, el Órgano de Apelación resaltó que las preocupaciones y consideraciones normativas pueden cumplir una función en la aplicación de algunos de los criterios de "similitud" (características físicas y preferencias de los consumidores) y por ende en la

¹³ Ibid, párrafos 105-107.

¹⁴ Ibid, párrafo 108.

¹⁵ Ibid, párrafos 111-113.

determinación de la similitud.¹⁶ En el grado en que sean pertinentes al examen de ciertos criterios de "similitud" y se reflejen en la relación de competencia de los productos, las preocupaciones normativas a las que responden los reglamentos técnicos pueden desempeñar un papel en la determinación de la similitud.¹⁷

El Órgano de Apelación recordó que, en *CE – Amianto*, constató que, al examinar si los productos son similares, los grupos especiales deben evaluar todas las pruebas pertinentes, incluidas las relativas a los riesgos que entraña un producto para la salud y que eran la causa de la preocupación a que respondía la medida impugnada en esa diferencia. Declaró que los riesgos que entraña un producto para la salud son pertinentes a la determinación de la relación de competencia entre productos y analizó los riesgos para la salud como parte de las características físicas de los productos y de los gustos y hábitos de los consumidores. En lo que respecta a las características físicas, el Órgano de Apelación consideró que los grupos especiales deben examinar plenamente las propiedades físicas de los productos y en particular aquellas propiedades físicas que probablemente influyan en la relación de competencia entre ellos en el mercado. Entre esas propiedades están las propiedades físicas que hacen que un producto sea tóxico o peligroso por otras razones para la salud. En lo que respecta a los gustos y hábitos de los consumidores, el Órgano de Apelación constató que los riesgos para la salud asociados con un producto podían influir en la preferencia de los consumidores. De manera análoga consideró que las preocupaciones normativas a que responde una medida, al igual que los riesgos para la salud asociados a un determinado producto, pueden ser pertinentes a un análisis de los criterios de "similitud" en el marco del artículo III:4 del GATT de 1994, así como del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, en tanto en cuanto tengan repercusiones en la relación de competencia entre los dos o más productos en cuestión.¹⁸

Usos finales

Al examinar los usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y de los cigarrillos mentolados, el Grupo Especial constató que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados tienen el mismo uso final, es decir, "ser fumados", y discrepó de los Estados Unidos en que los usos finales de un cigarrillo incluyen "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". El Grupo Especial consideró que los usos finales presentados por los Estados Unidos se refieren a las razones por las que la gente fuma, pero ello no significa que los cigarrillos tengan varios usos finales. El Grupo Especial consideró que las observaciones de los Estados Unidos relativas al atractivo de los aromas para algunos fumadores guardan más relación con los gustos y hábitos de los consumidores que con los usos finales.¹⁹

El Órgano de Apelación observó que los usos finales describen las posibles funciones de un producto, mientras que los gustos y hábitos de los consumidores reflejan la apreciación que tienen los consumidores de esas funciones. Sin embargo, el hecho de que un producto no se utilice principalmente para cumplir una función determinada no excluye que pueda cumplir esa función. Aunque cada criterio se refiere a un aspecto diferente de los productos de que se trata, que debe ser examinado por separado, los diferentes criterios están relacionados entre sí y no se excluyen mutuamente, de modo que algunas pruebas bien pudieran incluirse en más de un

¹⁶ Ibid, párrafos 116-117.

¹⁷ Ibid, párrafos 120.

¹⁸ Ibid, párrafos 118-119.

¹⁹ Ibid, párrafo 122.

criterio. Por consiguiente, a su juicio, el hecho de que los consumidores fumen para satisfacer una adicción o fumen por placer es pertinente para el examen tanto de los usos finales como de los gustos y hábitos del consumidor, aunque en el análisis de esos dos criterios de "similitud" distintos se aborden aspectos diferentes. No consideró que sea correcto caracterizar el hecho de "satisfacer una adicción a la nicotina" y el de "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo" como gustos y hábitos, y no como usos finales. En la medida en que describen posibles funciones de los productos, y no la apreciación que tienen los consumidores de esas funciones, representan efectivamente diferentes usos finales de los productos en cuestión, y no gustos y hábitos de los consumidores. Los gustos y hábitos de los consumidores deben indicar en qué medida los consumidores están dispuestos a sustituir los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados para satisfacer una adicción a la nicotina y/o crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo.²⁰

No se cuestiona que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados son "para ser fumados". Sin embargo, "ser fumados" no describe exhaustivamente las funciones de los cigarrillos. En consecuencia, constatar que el uso final de los cigarrillos de clavo de olor y de los cigarrillos mentolados es "ser fumados" no ofrece orientación suficiente en cuanto a si esos productos son productos similares en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. También los cigarros, el tabaco suelto y las hierbas comparten el mismo uso final de ser "fumados", aunque esto no dice mucho sobre si todos esos productos son similares. Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial no había realizado un análisis de los usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y mentolados lo bastante completo y específico como para proporcionar indicaciones significativas sobre la similitud de esos productos. Estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que hay combinaciones y funciones más específicas de "fumar" que son pertinentes para los usos finales de los cigarrillos, como "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". El Grupo Especial debería haber considerado esas combinaciones y funciones en su evaluación de si los productos en cuestión son similares. Sin embargo, los Estados Unidos no demostraron que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados no pudieran ambos cumplir las funciones de "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". El hecho de que los "adictos" que fuman cigarrillos mentolados sean más numerosos que los que fuman cigarrillos de clavo de olor no significa que estos últimos no puedan ser fumados para "satisfacer una adicción a la nicotina". Lo que importa al determinar el uso final de un producto es que el producto pueda cumplir ese uso final, no que éste represente el uso final principal o más común del producto. Por tanto, se puede llegar a la conclusión de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados comparten los usos finales de "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". En consecuencia, consideró que los usos finales más específicos de los productos presentados por los Estados Unidos también sustentan la constatación general del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares.²¹

Gustos y hábitos de los consumidores

²⁰ Ibid, párrafos 125-127.

²¹ Ibid, párrafos 130-132.

El Grupo Especial afirmó que el objetivo legítimo del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, es decir, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, delimitaba el alcance de los consumidores cuyos gustos y hábitos se debían examinar conforme a este criterio. En consecuencia, el Grupo Especial consideró procedente examinar la sustituibilidad de los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados desde la perspectiva del grupo de consumidores pertinente, el cual comprendía los fumadores jóvenes y quienes estaban listos para convertirse en fumadores. El Grupo Especial constató que las pruebas presentadas por las partes demostraban que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados, debido a sus aromas característicos, que ayudan a enmascarar la aspereza del tabaco, atraen a los jóvenes y son mejores vehículos que los cigarrillos ordinarios para que los jóvenes empiecen a fumar. Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que, desde la perspectiva de los consumidores de que se trata en este caso, los cigarrillos aromatizados con mentol y los aromatizados con clavo de olor son similares por lo que respecta a la finalidad de empezar a fumar.²²

El Órgano de Apelación recordó que una determinación de la similitud es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos, y que las preocupaciones normativas subyacentes a una medida pueden considerarse en tanto en cuanto repercutan en la relación de competencia. Teniendo esto en cuenta, consideró que el Grupo Especial actuó erróneamente al circunscribir su análisis de los gustos y hábitos de los consumidores a aquellos consumidores (fumadores jóvenes y posibles fumadores jóvenes) que son la preocupación que aborda el objetivo del reglamento (reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes). En un análisis de la similitud basado en la relación de competencia de los productos, es el mercado el que define el alcance de los consumidores cuyas preferencias son pertinentes. La proporción de jóvenes y adultos que fuman diferentes tipos de cigarrillos puede variar, pero los cigarrillos de clavo de olor, los mentolados y los ordinarios son consumidos tanto por fumadores jóvenes como por fumadores adultos. Para evaluar el grado de sustituibilidad entre estos productos, el Grupo Especial debería haber evaluado los gustos y hábitos de todos los consumidores pertinentes de los productos en cuestión, no solo los de los principales consumidores de cigarrillos de clavo de olor y mentolados, en especial cuando es evidente que una proporción importante de los fumadores de cigarrillos mentolados son consumidores adultos. Además, el enfoque del Grupo Especial descartó el hecho de que el reglamento técnico en litigio pueda tener también otros objetivos que afectan a otros consumidores ya existentes y posibles de los productos en cuestión. Por consiguiente, no estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que el objetivo legítimo del artículo 907(a)(1)(A) delimite el ámbito de los consumidores cuyos gustos y hábitos se deben examinar a los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes.²³

El Órgano de Apelación consideró que a fin de determinar si los productos son similares en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, no es necesario demostrar que los productos son sustituibles para todos los consumidores o que compiten realmente en todo el mercado. Por el contrario, si los productos son muy sustituibles entre sí para unos consumidores pero para otros no, esto también puede respaldar una constatación de que los productos son similares, lo cual es consistente con su interpretación de la segunda frase del artículo III:2 del GATT de 1994 en *Filipinas – Aguardientes*. A su juicio, la idea de que no es necesario que haya una competencia real en todo el mercado, sino que esta puede limitarse a un segmento del mercado, es distinta de la cuestión del grado de competencia que se necesita para cumplir la norma de "productos similares".

²² Ibid, párrafo 133.

²³ Ibid, párrafos 136-138.

El examen que hizo el Grupo Especial de los gustos y hábitos de los consumidores fue demasiado limitado. Al mismo tiempo, el mero hecho de que los cigarrillos de clavo de olor sean fumados en forma desproporcionada por los jóvenes mientras que el consumo de cigarrillos mentolados esté más repartido entre los fumadores jóvenes y los adultos no afecta necesariamente al grado de sustituibilidad entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados. Los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes perciben los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados como suficientemente sustituibles. Esto basta para respaldar la constatación del Grupo Especial de que esos productos son similares en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, aun cuando el grado de sustituibilidad no sea el mismo para todos los fumadores adultos. Ello se debe a que el grado de competencia y sustituibilidad que constató el Grupo Especial en el caso de los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes es suficientemente elevado para respaldar una constatación de similitud en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.²⁴

Teniendo en cuenta lo que antecede, si bien discrepó de algunos aspectos del análisis realizado por el Grupo Especial, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que los criterios de "similitud" que examinó apoyan su conclusión general de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Trato menos favorable

El Grupo Especial constató que el artículo 2.1 exigía una comparación entre el trato otorgado a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia y el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales. Determinó que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados reciben un trato diferente, ya que los cigarrillos de clavo de olor están prohibidos, mientras que los cigarrillos mentolados están excluidos de la prohibición. Constató que esa diferencia de trato modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados. Rechazó el argumento de los Estados Unidos de que ese efecto perjudicial podía explicarse por factores o circunstancias que no guardaran relación con el origen extranjero del producto, puesto que el artículo 907(a)(1)(A) impone costos a los productores extranjeros sin imponer ningún costo a ninguna entidad estadounidense.²⁵

Según el Órgano de Apelación, el contexto y el objeto y fin del Acuerdo OTC inclinan la balanza a favor de interpretar el requisito de "trato no menos favorable" del artículo 2.1 en el sentido de que prohíbe tanto *de jure* como *de facto* la discriminación contra los productos importados, aunque al mismo tiempo permite que haya un efecto perjudicial para las oportunidades de competencia de las importaciones que derive exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas.²⁶ Después de resumir la jurisprudencia de la OMC sobre la norma de "trato no menos favorable" del artículo III:4 del GATT de 1994 concluyó que el artículo 2.1 del Acuerdo OTC también requiere determinar si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado del Miembro regulador en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares.²⁷ Sin embargo, reiteró que no prohíbe el efecto perjudicial a las importaciones que derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.²⁸ Por consiguiente, cuando el reglamento técnico en litigio no establece una discriminación *de jure* contra las importaciones, la existencia de un efecto

²⁴ Ibid, párrafos 142-145.

²⁵ Ibid, párrafo 162.

²⁶ Ibid, párrafo 175.

²⁷ Ibid, párrafo 180.

²⁸ Ibid, párrafo 181.

perjudicial para las oportunidades de competencia del grupo de productos importados frente al de productos nacionales similares no es determinante con respecto a la existencia de trato menos favorable a tenor del artículo 2.1. En cambio, un grupo especial debe analizar si el efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja la discriminación del grupo de productos importados. Al formular esta determinación, un grupo especial debe examinar el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio y, en particular, si éste es imparcial, para determinar si discrimina contra el grupo de productos importados.²⁹

El Órgano de Apelación observó que, a los efectos del análisis del trato menos favorable, el trato dado a los productos importados del Miembro reclamante ha de compararse con el otorgado a los productos nacionales similares y a los productos similares de cualquier otro origen. Un grupo especial debe tratar de establecer, basándose en la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos en el mercado del Miembro regulador, qué productos de origen nacional (y de otro origen) son similares a los productos importados del Miembro reclamante. Al determinar cuáles son los productos similares en litigio, no tiene que limitar su análisis a los productos identificados por el Miembro reclamante en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. Más bien, el artículo 2.1 exige al grupo especial que identifique cuáles son los productos nacionales que guardan con los productos importados del Miembro reclamante una relación de competencia suficientemente estrecha para ser considerados productos similares. Una vez que se ha identificado el universo de productos similares importados y nacionales, se debe comparar el trato dado a todos los productos similares importados del Miembro reclamante con el otorgado a todos los productos nacionales similares.³⁰

Con respecto al grupo de productos importados, los Estados Unidos alegaron que el Grupo Especial incurrió en error al no incluir en su análisis el trato otorgado a los cigarrillos mentolados importados de todos los Miembros en los Estados Unidos. El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo. La inmensa mayoría de los cigarrillos que se importaban de Indonesia en los Estados Unidos eran cigarrillos de clavo de olor. El Grupo Especial consideró que estaba obligado por su mandato a limitar su análisis de la similitud a dos categorías de productos regulados por el artículo 907(a)(1)(A)—los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos mentolados nacionales—y, por lo tanto, limitó su análisis del trato menos favorable a una comparación del trato otorgado a esos dos grupos de productos. Los Estados Unidos no impugnaron en apelación el hecho de que el Grupo Especial excluyera los cigarrillos aromatizados de producción nacional de la etapa relativa a la similitud de su análisis. En cambio, la impugnación de los Estados Unidos se centró exclusivamente en el hecho de que el Grupo Especial excluyera los cigarrillos aromatizados de producción nacional de la etapa relativa al trato menos favorable de su análisis. Puesto que el artículo 2.1 limita expresamente el alcance de la comparación en cuanto al trato menos favorable a los productos similares importados y nacionales, el Órgano de Apelación no pudo determinar si el Grupo Especial incurrió en error al no incluir los cigarrillos aromatizados de producción nacional en su comparación relativa al trato menos favorable.³¹

Los Estados Unidos alegaron que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los efectos perjudiciales en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de

²⁹ Ibid, párrafo 182.

³⁰ Ibid, párrafos 190-194.

³¹ Ibid, párrafos 196-199.

clavo de olor importados no se explicaban por factores que no guardaran relación con el origen extranjero de esos productos. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial no se extendió sobre por qué el artículo 907(a)(1)(A) no impone costos "a ninguna entidad estadounidense", al margen de observar que "en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados", en el mercado estadounidense. No obstante, no estuvo convencido de que el Grupo Especial incurriera en error al constatar que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el artículo 2.1. Por su diseño, el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe todos los cigarrillos que tengan aromas característicos distintos del tabaco o el mentol. Con respecto a los cigarrillos que no están prohibidos, en los años 2000 a 2009, entre el 94,3 y el 97,4 por ciento de todos los cigarrillos vendidos en los Estados Unidos era de producción nacional, y los cigarrillos mentolados representaban en torno al 26 por ciento del total del mercado de cigarrillos estadounidense. Tres marcas nacionales dominan el mercado estadounidense de cigarrillos mentolados. Dado lo anterior, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del artículo 907(a)(1)(A) indican claramente que el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor refleja una discriminación contra el grupo de productos similares importados de Indonesia. Los productos que están prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A) consisten principalmente en cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia, mientras que los productos similares que esa medida de hecho permite consisten principalmente en cigarrillos mentolados de producción nacional. Además, el efecto perjudicial del artículo 907(a)(1)(A) en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados no derive de una distinción reglamentaria legítima. El objetivo declarado del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Una de las características particulares de los cigarrillos aromatizados, que los hace atractivos para los jóvenes, es la aromatización que enmascara la aspereza del tabaco, haciendo así más agradable comenzar a fumar que con cigarrillos ordinarios. En la medida en que esta característica en particular está presente tanto en los cigarrillos de clavo de olor como en los mentolados, los cigarrillos mentolados tienen la misma característica del producto que justificó la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. Además, las razones presentadas por los Estados Unidos para la exención de los cigarrillos mentolados no demuestran que el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados efectivamente derive de una distinción reglamentaria legítima. Por lo tanto, aunque el artículo 907(a)(1)(A) no distingue expresamente entre el trato dado a los productos similares importados y nacionales, dicha disposición funciona de manera que refleja una discriminación contra el grupo de productos similares importados de Indonesia. En consecuencia, al eximir a los cigarrillos mentolados de la prohibición de los cigarrillos aromatizados, el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares nacionales, en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.³²

Después de confirmar, aunque por razones distintas, la constatación del Grupo Especial según la cual el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA es incompatible con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación hizo la siguiente observación. No consideró que el Acuerdo OTC, ni ninguno de los acuerdos abarcados, deba interpretarse de manera que impida a los Miembros formular y aplicar políticas de salud pública en general, ni políticas de control del tabaco en particular, mediante la

³² Ibid, párrafos 215-226.

regulación del contenido de los productos de tabaco, incluida la prohibición o restricción del uso de ingredientes que aumenten el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos para los jóvenes y los posibles fumadores. Además, reconoció la importancia de los esfuerzos realizados por los Miembros en la Organización Mundial de la Salud en materia de control del tabaco. Aunque el artículo 907(a)(1)(A) persigue el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco por los jóvenes prohibiendo los cigarrillos que contienen aromas e ingredientes que aumentan el atractivo del tabaco para los jóvenes, lo hace de manera que es incompatible con la obligación de trato nacional establecida en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, puesto que exime de la prohibición de los cigarrillos aromatizados a los cigarrillos mentolados, los cuales contienen, de manera similar, aromas e ingredientes que aumentan el atractivo del tabaco para los jóvenes.³³

III. Artículo 2.12

Los Estados Unidos también apelaron contra la constatación del Grupo Especial de que al no haber previsto un período no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el artículo 2.12 del Acuerdo OTC. El párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación ("la Decisión Ministerial de Doha") definía la expresión "plazo prudencial" que figura en el artículo 2.12 del Acuerdo OTC como un período de al menos seis meses.³⁴ El Grupo Especial opinó que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha podría considerarse un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, por lo que respecta a la interpretación de la expresión "plazo prudencial" que figura en el artículo 2.12 del Acuerdo OTC.³⁵ También consideró que la intención de la Conferencia Ministerial era que el párrafo 5.2 fuese vinculante.³⁶

El Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial no determinó formalmente si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye una interpretación multilateral de conformidad con el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC. No obstante, examinó la cuestión de si el párrafo 5.2 tiene, de hecho, esa condición jurídica.³⁷ Recordó que el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC establece dos requisitos específicos aplicables a la adopción de interpretaciones multilaterales de los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Anexo 1 del Acuerdo sobre la OMC: 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. En lo que concierne al primer requisito, el Grupo Especial observó que la Conferencia Ministerial decidió por consenso sobre los asuntos tratados en la Decisión Ministerial de Doha. La cuestión de si se cumplió el primer requisito no se planteó en esta apelación. En cuanto al segundo requisito, el Grupo Especial señaló que "parece que al adoptar la Decisión Ministerial de Doha, la Conferencia Ministerial no cumplió el requisito previo establecido en el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC" de ejercer su facultad sobre la base de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías. El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en la medida en

³³ Ibid, párrafos 235-236.

³⁴ Ibid, párrafo 238.

³⁵ Ibid, párrafo 239.

³⁶ Ibid, párrafo 244.

³⁷ Ibid, párrafo 247.

que sugirió que la inexistencia de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías "es insuficiente para concluir que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación autorizada en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC". Los términos de esa disposición no indican que se pueda prescindir del cumplimiento de este requisito. Aunque es muy posible que el contenido del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha se haya basado en debates celebrados en el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, no estuvo convencido de que eso baste para establecer que la Conferencia Ministerial ejerció su facultad de adoptar una interpretación del Acuerdo OTC sobre la base de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías. En consecuencia, constató que, al no haber pruebas de la existencia de una recomendación específica del Consejo del Comercio de Mercancías con respecto a la interpretación del artículo 2.12 del Acuerdo OTC, el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha no constituye una interpretación multilateral adoptada de conformidad con el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC.³⁸

Los Estados Unidos adujeron que una decisión de la Conferencia Ministerial que no se ajuste al procedimiento específico de adopción de decisiones establecido por el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC no puede constituir un "acuerdo ulterior entre las partes" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena. El Órgano de Apelación observó que las interpretaciones multilaterales adoptadas de conformidad con el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC, por una parte, y los acuerdos ulteriores sobre interpretación en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, por otra, tienen diferentes funciones y producen efectos jurídicos distintos conforme a las normas de la OMC. Las interpretaciones multilaterales ofrecen a los Miembros un medio mediante el cual pueden adoptar interpretaciones vinculantes que aclaren las normas de la OMC a todos los Miembros. Por otra parte, el párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena es una norma de interpretación de los tratados en virtud de la cual el intérprete de un tratado utiliza un acuerdo ulterior entre las partes sobre la interpretación de una disposición de un tratado como medio de interpretación para determinar el sentido de esa disposición. Las interpretaciones formuladas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación en el curso de los procedimientos de solución de diferencias solamente vinculan a las partes en una diferencia concreta. El artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC no impide a los grupos especiales y al Órgano de Apelación recurrir a una norma usual de interpretación del derecho internacional público que, a tenor del artículo 3.2 del ESD, están obligados a aplicar. Consideró por lo tanto que una decisión adoptada por los Miembros distinta de una que haya sido adoptada de conformidad con el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC puede constituir un "acuerdo ulterior" sobre la interpretación de una disposición de un acuerdo abarcado en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena.³⁹

Basándose en el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, el Órgano de Apelación consideró que una decisión adoptada por los Miembros puede ser considerada un "acuerdo ulterior entre las partes" acerca de la interpretación de un acuerdo abarcado o de la aplicación de sus disposiciones si: i) la decisión se adopta, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo abarcado pertinente; y ii) los términos y el contenido de la decisión expresan un acuerdo entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de una disposición de las normas de la OMC. En cuanto al primer elemento, el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha se adoptó después del acuerdo pertinente de la OMC en cuestión, el Acuerdo OTC. Por lo que respecta al

³⁸ Ibid, párrafos 251-255.

³⁹ Ibid, párrafos 256-260.

segundo elemento, la pregunta clave es si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un acuerdo entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de la expresión "plazo prudencial" que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Siguiendo la Comisión de Derecho Internacional, examinó si el párrafo 5.2 "concretamente guarda relación con la interpretación" del artículo 2.12 del Acuerdo OTC. El párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha alude explícitamente a la expresión "plazo prudencial" que figura en el artículo 2.12 del Acuerdo OTC y define este plazo como "normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos" por un reglamento técnico. Por tanto el párrafo 5.2 concretamente guarda relación con la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el artículo 2.12 del Acuerdo OTC. Consideró además que el término "acuerdo" que figura en el párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena se refiere fundamentalmente al fondo y no a la forma. Así pues, se puede considerar que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es un "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena siempre y cuando exprese con claridad un entendimiento común entre los Miembros con respecto al sentido de la expresión "plazo prudencial" en el artículo 2.12 del Acuerdo OTC, y la aceptación de ese entendimiento. A este respecto, el entendimiento entre los Miembros acerca del sentido de la expresión "plazo prudencial" en el artículo 2.12 del Acuerdo OTC dice "se entenderá que ... significa", que no se puede considerar que sean meramente exhortatorios. Por estas razones, confirmó que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, acerca de la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el artículo 2.12 del Acuerdo OTC.⁴⁰

Sin embargo, el Órgano de Apelación observó que, aunque los términos del párrafo 5.2 deben ser "tenidos en cuenta" a efectos de la interpretación del artículo 2.12, eso no significa que los términos del párrafo 5.2 reemplacen a los que figuran en el artículo 2.12 o prevalezcan sobre ellos. Consideró que, teniendo en cuenta la aclaración interpretativa que ofrece el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, el artículo 2.12 del Acuerdo OTC establece la regla de que "normalmente" los productores de los Miembros exportadores necesitan un período "no inferior a seis meses" para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro importador. El artículo 2.12 presume que los productores extranjeros de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, necesitan como mínimo seis meses para adaptarse a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro importador. Sin embargo, el Miembro importador puede apartarse de esta obligación en caso de que con ese plazo "no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos" por el reglamento técnico.⁴¹

El Órgano de Apelación consideró que se establece una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el artículo 2.12 cuando se demuestra que el Miembro importador no ha previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del reglamento técnico en cuestión. Incumbe al Miembro reclamante establecer que el Miembro demandado no ha previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del reglamento técnico en cuestión. Si el Miembro reclamante establece esta presunción *prima facie* de incompatibilidad, corresponde al Miembro demandado refutarla. Para refutar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el artículo 2.12 del Acuerdo OTC, el Miembro demandado que ha previsto un plazo inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor de su

⁴⁰ Ibid, párrafos 262-268.

⁴¹ Ibid, párrafos 269-275.

reglamento técnico debe presentar pruebas y argumentos suficientes para demostrar o: i) que las "circunstancias urgentes" mencionadas en el artículo 2.10 del Acuerdo OTC rodearon la adopción del reglamento técnico en cuestión; ii) que los productores del Miembro reclamante podrían haberse adaptado a las prescripciones del reglamento técnico en cuestión en el plazo más breve que previó; o iii) que un período "no inferior a" seis meses haría que no fuera factible cumplir los objetivos legítimos de su reglamento técnico. Indonesia estableció una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, los Estados Unidos no sostuvieron que las "circunstancias urgentes" mencionadas en el artículo 2.10 rodearan la adopción del artículo 907(a)(1)(A). Tampoco presentaron las pruebas y los argumentos suficientes para demostrar que los productores de Indonesia podrían haberse adaptado a las prescripciones del artículo 907(a)(1)(A) en un período de tres meses. Tampoco presentaron argumentos adecuados para demostrar que prever un período no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) habría hecho que no fuera factible cumplir el objetivo legítimo de esta disposición. En consecuencia, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que los Estados Unidos no refutaron la presunción *prima facie* de incompatibilidad que Indonesia estableció en el marco del artículo 2.12 del Acuerdo OTC y actuaron de manera incompatible con esta disposición.⁴²

IV. Conclusión

En cuanto a la interpretación del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, este informe da orientaciones útiles para determinar hasta qué punto la jurisprudencia de un acuerdo puede aplicarse a las disposiciones similares en otros acuerdos, teniendo en cuenta los diferentes contextos de cada acuerdo.

Sin embargo, no es muy persuasiva la distinción que hizo el Órgano de Apelación entre el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC ("interpretaciones vinculantes que aclaren las normas de la OMC a todos los Miembros") y los acuerdos posteriores sobre interpretación en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena (que "solamente vinculan a las partes en una diferencia concreta"). Dada el efecto jurídico de los informes del Órgano de Apelación en diferencias posteriores, no hay gran diferencia en la práctica.⁴³ Es resultado más probable de este aspecto del informe es que los Miembros vayan a escoger con más cuidado los términos que utilizan en las declaraciones adoptadas por el Consejo General y la Conferencia Ministerial.

⁴² Ibid, párrafos 280-297.

⁴³ Véase Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Acero inoxidable (México).