

Comentario sobre *Filipinas – Impuestos sobre los aguardientes*, Informe del Órgano de Apelación

Bradly J. Condon

I. Introducción

El 21 de diciembre de 2011, el Órgano de Apelación emitió su informe en el asunto *Filipinas – Impuestos sobre los aguardientes*.¹ La importancia de este caso se centra en la determinación de lo que constituyen los "productos similares" en el artículo III:2 del GATT de 1994. El análisis del Órgano de Apelación se refiere a la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos como un elemento clave en la determinación de lo que constituyen los "productos similares". Aclaró que el análisis de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos dependerá del mercado donde esos productos compiten.

El Órgano de Apelación también aclaró el ámbito de los "productos similares" en la primera frase del artículo III:2 del GATT de 1994. No únicamente los productos que son perfectamente sustituibles entre sí pueden estar comprendidos dentro del ámbito de la primera frase, porque esa interpretación reduciría el ámbito de la primera frase básicamente a los productos idénticos. Consideró más bien que, en el marco de la primera frase, pueden ser "productos similares" aquellos que son casi perfectamente sustituibles entre sí, mientras que los productos que compiten en menor grado estarían comprendidos en el ámbito de la segunda frase del artículo III:2.

La relación de competencia también es pertinente para analizar la cuestión de similitud en el artículo III:4 del GATT de 1994 y en varios otros acuerdos abarcados que utilizan el término "productos similares", como el Acuerdo sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.² En este asunto, el Órgano de Apelación sólo aplica su análisis al artículo III:2. Sin embargo, el enfoque del Órgano de Apelación en este caso podría influir en la interpretación de varios acuerdos abarcados y, por lo tanto, podría tener implicaciones sistémicas para el derecho de la OMC.

II. Resumen de las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación

La Unión Europea y los Estados Unidos presentaron reclamaciones sobre el impuesto especial de Filipinas sobre los aguardientes. Con arreglo a la medida en litigio, los aguardientes elaborados a partir de determinadas materias primas designadas — la savia de nipa, coco, yuca, camote o palma de buri, o el jugo, jarabe o azúcar de caña — están sujetos a un tipo impositivo específico y uniforme inferior. En cambio, los aguardientes elaborados a partir de materias primas no designadas están sujetos a tipos impositivos que son 10 a 40 veces superiores a los aplicados a los aguardientes elaborados a partir de materias primas designadas. *De facto*, todos los aguardientes nacionales de Filipinas se elaboran a partir de una de las materias primas designadas — caña de azúcar — y por tanto están sujetos al tipo impositivo inferior. La inmensa mayoría de los aguardientes

¹ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre los aguardientes (Filipinas – Aguardientes)*, WT/DS403/AB/R, WT/DS396/AB/R, 21 de diciembre de 2011. Este informe fue recientemente adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias el 20 de enero de 2012.

² Véase Bradley J. Condon, "Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law", 12:4 *Journal of International Economic Law* 895-926 (2009), 906-911.

importados están elaborados a partir de materias primas no designadas y, por consiguiente, están sujetos a los tipos impositivos superiores.

El Grupo Especial constató que Filipinas sujeta los aguardientes importados a impuestos interiores superiores a los aplicados a aguardientes nacionales “similares” y, en consecuencia, actúa de manera incompatible con la primera frase del artículo III:2 del GATT de 1994. El Grupo Especial constató también que Filipinas había actuado de manera incompatible con la segunda frase del artículo III:2 del GATT de 1994 al aplicar impuestos distintos a los aguardientes importados y a los aguardientes nacionales “directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente”, de manera que se protege la producción filipina de aguardientes.

En la apelación, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que cada tipo de aguardiente importado en cuestión — gin, brandy, ron, vodka, whisky y tequila — es “similar” al mismo tipo de aguardiente nacional. En consecuencia, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que Filipinas había actuado de manera incompatible con la primera frase del artículo III:2 del GATT de 1994. El Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que todos los aguardientes importados elaborados a partir de materias primas no designadas son, independientemente de su tipo, “similares” a todos los aguardientes nacionales elaborados a partir de materias primas designadas. Sin embargo, el Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial de que todos los aguardientes importados y nacionales en cuestión son “directamente competidores o pueden sustituirse directamente” entre sí, en el sentido de la segunda frase del artículo III:2 del GATT de 1994. El Órgano de Apelación confirmó además la constatación del Grupo Especial de que la tributación distinta de los aguardientes importados y los aguardientes nacionales directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente se aplica “de manera que se protege” la producción filipina de aguardientes. Por lo tanto, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que Filipinas había actuado de manera incompatible con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III:2 del GATT de 1994 al aplicar impuestos interiores distintos a los aguardientes importados y los aguardientes nacionales directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente, de manera que se protege la producción nacional.

III. La "similitud" de los aguardientes importados y nacionales

El Grupo Especial abordó la prescripción de "similitud" establecida en la primera frase del artículo III:2 del GATT de 1994 examinando las pruebas relativas a: i) las propiedades, la naturaleza y la calidad de los productos, es decir, sus características físicas; ii) los usos finales en Filipinas; iii) los gustos y hábitos de los consumidores filipinos; iv) la clasificación arancelaria; y v) los reglamentos internos pertinentes de Filipinas. En la apelación no se formulan alegaciones con respecto a la constatación del Grupo Especial conforme a la cual todos los aguardientes comparten los mismos usos finales en Filipinas, a saber "saciar la sed, relacionarse socialmente, la distensión y una embriaguez agradable".³ Según el Órgano de Apelación, los grupos especiales examinan estos criterios para formular una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos.⁴

³ Ibid, párrafo 113.

⁴ Ibid, párrafo 119.

a. Las características físicas

El Órgano de Apelación consideró que los productos que tienen características físicas muy parecidas pueden no ser "similares", en el sentido del artículo III:2, si su relación de competencia o su posibilidad de sustitución es escasa, mientras que productos que presentan diferencias físicas pueden, no obstante, ser considerados "similares" si esas diferencias físicas tienen un efecto limitado en la relación de competencia entre dos o más productos. Estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que la similitud no se limita a los productos que son idénticos, pero observó que dicha afirmación del Grupo Especial pudiera sólo dar una visión parcial de lo que implica una determinación de "similitud" en el marco del artículo III:2 del GATT de 1994. Sin embargo, era compatible con el concepto de que incluso productos que presentan ciertas diferencias pueden ser considerados "similares" cuando la naturaleza y medida de su relación de competencia justifica esa determinación. Por estas razones, discrepó de los argumentos de Filipinas de que el ámbito restringido de la categoría de "productos similares" significa que cualquier diferencia física significativa se considerará suficiente para que un producto no pueda ser considerado "similar" a otro producto.⁵

El Órgano de Apelación analizó dos elementos de las características físicas de los productos en particular: las materias primas utilizadas en la elaboración y las pruebas de "diferencias perceptibles" entre las características y cualidades físicas de los productos.

El Grupo Especial consideró que una diferencia en las materias primas utilizadas en la elaboración sólo sería pertinente en la medida en que diera lugar a productos finales que no fuesen similares. El Grupo Especial siguió el criterio del Grupo Especial encargado del asunto *México – Impuestos sobre los refrescos*, que constató que, a pesar de las diferencias en sus materias primas, los refrescos y jarabes edulcorados mediante azúcar de caña y los refrescos y jarabes edulcorados mediante productos no derivados del azúcar de caña (jarabe de maíz con alto contenido de fructosa y azúcar de remolacha) eran "productos similares". El Grupo Especial se centró por tanto en las características físicas de los aguardientes como productos finales y no en las materias primas ni en los procedimientos de producción utilizados para elaborar los productos finales.⁶

El Órgano de Apelación consideró que los productos pueden ser considerados "similares" si las diferencias en las materias primas utilizadas para elaborar los productos no afectan a los productos finales. Observó que la primera frase del artículo III:2 se refiere a los "productos similares", no a las materias primas en que éstos se basan. Si las diferencias en las materias primas no modifican en lo fundamental la relación de competencia entre los productos finales, la existencia de esas diferencias no impedirá una constatación de "similitud". Siempre que las diferencias entre productos, incluidas las diferencias en las materias primas en que éstos se basan, no modifiquen en lo fundamental la relación de competencia entre los productos finales, la existencia de esas diferencias no impide a un grupo especial formular una constatación de "similitud". El procedimiento de producción de cada tipo de aguardiente elaborado a partir de materias primas designadas en Filipinas estaba destinado a asegurar, en la medida de lo posible, que el producto final tuviera propiedades similares a las del mismo tipo de aguardiente importado, para lograr que los aguardientes resultantes tengan el color, el olor y el sabor que tradicionalmente se asocian con el gin, el brandy, el vodka, el whisky o el tequila. Las denominaciones "gin", "brandy", "vodka", "whisky", "tequila"

⁵ Ibid, párrafos 120-122.

⁶ Ibid, párrafo 124.

o "aguardientes con sabor a tequila" se aplican a los aguardientes nacionales filipinos incluso si éstos se han elaborado a partir de materias primas designadas, como la caña de azúcar. Las etiquetas de las botellas en que se venden los aguardientes nacionales no mencionan las materias primas a partir de la cual se elaboran. Además, las etiquetas de los aguardientes nacionales filipinos tienden a imitar o reproducir los nombres de productos y los diseños de aguardientes importados similares elaborados a partir de otras materias primas. Entonces, desde el proceso de producción hasta la venta de los aguardientes nacionales elaborados a partir de materias primas designadas, se hace todo lo posible para asegurar que reproduzcan lo más fielmente posible el tipo correspondiente de aguardiente importado elaborado a partir de materias primas no designadas. El Órgano de Apelación corroboró la constatación general del Grupo Especial de que, dentro de cada tipo, se trata de "productos similares", por la relación de competencia lo suficientemente estrecha. Aunque el Grupo Especial tomó en consideración la presentación y el etiquetado al examinar los gustos y hábitos de los consumidores, el Órgano de Apelación observó que la presentación y etiquetado guardan también relación con las características físicas del producto.⁷

El Grupo Especial constató que las diferencias en la composición química de los aguardientes no eran útiles en su análisis de la "similitud" en virtud de que en la mayoría de los casos esas diferencias entre aguardientes elaborados a partir de las mismas materias primas eran mayores que las diferencias entre aguardientes elaborados a partir de distintas materias primas. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que las diferencias de composición química no indicaban una distinción entre los aguardientes elaborados a partir de materias primas designadas y los elaborados a partir de materias primas no designadas. Para cada tipo de aguardiente (gin, brandy, vodka, whisky, tequila y aguardientes con sabor a tequila) el Grupo Especial constató que no existían pruebas de "diferencias perceptibles" entre las características y cualidades físicas de los aguardientes importados y los aguardientes filipinos, ni entre las características y cualidades físicas de los aguardientes elaborados a partir de materias primas designadas y los elaborados a partir de otras materias primas. Filipinas adujo que el Grupo Especial aplicó un criterio erróneo al recurrir a la "prueba de las diferencias perceptibles" desde la perspectiva de un consumidor hipotético para determinar si los productos son o no físicamente distintos. El Órgano de Apelación observó que los criterios para determinar la "similitud" no son exhaustivos ni se enuncian en el artículo III:2 ni en ninguna otra disposición de los acuerdos abarcados. Más bien, estos criterios son herramientas para organizar y evaluar las pruebas relativas a la relación de competencia entre dos o más productos a fin de determinar la "similitud". Aunque sean distintos, estos criterios no se excluyen mutuamente. Algunas pruebas, como las relativas a la perceptibilidad de las diferencias, bien pudieran incluirse en más de un criterio. La percepción de los productos por los consumidores puede tener un alcance que vaya más allá de las propiedades, naturaleza y cualidades de los productos, pero puede guardar más relación con los gustos y hábitos de los consumidores que con las características físicas. Sin embargo, cuando el Grupo Especial se refiere a las diferencias "perceptibles" en el contexto de las características físicas de los productos, el Órgano de Apelación consideró que no incurrió en un error al constatar que existe similitud física entre los aguardientes importados y los nacionales, con independencia de que hayan sido elaborados a partir de materias primas designadas o de materias primas no designadas.⁸

⁷ Ibid, párrafos 125-128.

⁸ Ibid, párrafos 129-133.

b. Los gustos y hábitos de los consumidores filipinos

Filipinas alegó que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el grado de competencia o posibilidad de sustitución entre los productos en cuestión corroboraba su constatación general de "similitud". Filipinas alegó además que las diferencias en los canales de distribución son un reflejo de los distintos mercados de consumidores a los que sirven los aguardientes elaborados a partir de materias primas designadas y los elaborados a partir de materias primas no designadas.⁹

El Grupo Especial constató que las pruebas indican un grado significativo de competencia o posibilidad de sustitución entre los aguardientes en el mercado de Filipinas, basada en su análisis de dos estudios en relación con las percepciones de los consumidores en el mercado de aguardientes de Filipinas y en el análisis del mercado filipino de aguardientes. El Grupo Especial consideró que ambos estudios indicaban que un aumento del precio de los aguardientes nacionales filipinos, simultáneo con una disminución del precio de los importados, como el que resultaría de una equiparación de sus respectivos niveles del impuesto especial, podría dar lugar a una sustitución del consumo de aguardientes nacionales por aguardientes importados en el mercado de Filipinas. El Grupo Especial observó que una alta proporción de la población filipina tiene posibilidades limitadas de compra de aguardientes más allá de determinados niveles de precio, que hay algunos aguardientes nacionales filipinos de alto precio, así como productos importados menos onerosos, y que muchos consumidores pueden estar en condiciones de adquirir aguardientes de alto precio, al menos en ocasiones especiales. El Grupo Especial constató asimismo que en las campañas de comercialización de los fabricantes no se hacían distinciones entre los aguardientes elaborados a partir de materias primas designadas y no designadas, lo que sugería que existía una "similitud más estrecha" que la "similitud general". Además, las etiquetas de los aguardientes nacionales filipinos elaborados a partir de materias primas designadas no indicaban al consumidor que esos productos eran distintos de los aguardientes importados elaborados a partir de materias primas no designadas.¹⁰

El Órgano de Apelación observó que tanto el análisis de la "similitud" en el marco de la primera frase del artículo III:2 del GATT de 1994 como el análisis de la competitividad o posibilidad de sustitución en el marco de la segunda frase de dicho párrafo exigen un examen de la relación de competencia entre los productos nacionales e importados. Sin embargo, consideró que la categoría de "similares" es más restringida que la de "directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" entre sí. Por consiguiente el grado de competencia y posibilidad de sustitución que prescribe la primera frase debe ser mayor al que prescribe la segunda frase de ese mismo párrafo. Sin embargo, consideró que no únicamente los productos que son perfectamente sustituibles entre sí pueden estar comprendidos dentro del ámbito de la primera frase del artículo III:2, porque esa interpretación sería demasiado restrictiva y reduciría el ámbito de la primera frase básicamente a los productos idénticos. Consideró más bien que, en el marco de la primera frase, pueden ser "productos similares" aquellos que son casi perfectamente sustituibles entre sí, mientras que los productos que compiten en menor grado estarían comprendidos en el ámbito de la segunda frase.¹¹

⁹ Ibid, párrafo 142.

¹⁰ Ibid, párrafos 145-147.

¹¹ Ibid, párrafos 148-149.

El Grupo Especial constató que el grado de posibilidad de sustitución es mayor dentro de cada tipo de aguardiente que entre todos los aguardientes, debido a que los aguardientes nacionales de un tipo concreto elaborados a partir de materias primas designadas se comercializan, presentan y etiquetan de manera que se asemejen lo más posible a los aguardientes importados del mismo tipo elaborados a partir de materias primas no designadas. El Órgano de Apelación consideró que esto corrobora la conclusión de que existe una relación de competencia más estrecha dentro de cada tipo de aguardiente que entre todos los aguardientes, con independencia de si ciertos aspectos del proceso de producción están relacionados con las características físicas de los productos o apelan a los gustos y hábitos de los consumidores a través del etiquetado y el envasado. Por lo que respecta a los gustos y los hábitos de los consumidores, el Órgano de Apelación consideró que la relación de competencia entre cada tipo de aguardiente nacional elaborado a partir de materias primas designadas y el mismo tipo de aguardiente importado elaborado a partir de materias primas no designadas es una relación entre productos que son casi perfectamente sustituibles entre sí.¹²

Filipinas sostuvo que los canales de distribución en el mercado filipino de los aguardientes "elaborados a base de azúcar" y los "no elaborados a base de azúcar" son distintos, como reflejo de los distintos mercados de consumidores a los que sirven. El Grupo Especial constató que algunos establecimientos que ofrecen aguardientes nacionales filipinos no venden aguardientes importados, pero que todos los establecimientos en los que se venden aguardientes importados ofrecen también aguardientes nacionales filipinos. El Grupo Especial consideró que esto "indica similitud entre los productos en litigio". El Órgano de Apelación consideró que el hecho de que los aguardientes nacionales e importados no compartan en Filipinas todos los canales de distribución no demuestra que el grado de posibilidad de sustitución es tal que no son "productos similares" en el sentido de la primera frase del artículo III:2 del GATT de 1994. En cualquier caso, estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que el grado de competencia o posibilidad de sustitución entre aguardientes importados de un tipo concreto, elaborados a partir de materias primas no designadas, y aguardientes nacionales del mismo tipo, elaborados a partir de materias primas designadas, son productos "similares".¹³

El Grupo Especial también constató que, si bien una alta proporción de la población filipina tiene posibilidades limitadas de compra de aguardientes más allá de determinados niveles de precio, el mercado no está dividido en dos segmentos, ya que hay aguardientes importados de precio más bajo que compiten con los aguardientes nacionales, así como aguardientes nacionales de alto precio que compiten con los aguardientes importados. El Órgano de Apelación también aceptó esta constatación.¹⁴

c. La clasificación arancelaria

Todos los aguardientes objeto de esta diferencia, con independencia de las materias primas mediante las que hubieran sido elaborados, estuvieran comprendidos en la partida 2208 del Sistema Armonizado (SA), lo cual constituía una indicación de similitud, según el Grupo Especial. Al nivel de 6 dígitos, el Grupo Especial consideró que la clasificación del SA no ofrecía una "orientación decisiva".¹⁵ El Órgano de

¹² Ibid, párrafo 150.

¹³ Ibid, párrafos 151-154.

¹⁴ Ibid, párrafos 156-157.

¹⁵ Ibid, párrafo 159.

Apelación consideró que la partida 2208 no es una clasificación arancelaria lo suficientemente detallada para establecer una indicación de "similitud", dentro de cada tipo de aguardiente, entre los aguardientes nacionales elaborados a partir de materias primas designadas y aguardientes importados elaborados a partir de materias primas no designadas.¹⁶ El Órgano de Apelación no coincidió con la conclusión del Grupo Especial de que, al nivel de 6 dígitos, la clasificación del SA no ofrece una "orientación decisiva" en cuanto a la similitud de los brandies y whiskies elaborados a partir de materias primas designadas y no designadas. La subpartida de 6 dígitos del SA aplicable al brandy se refiere al aguardiente de vino o de orujo de uvas. La subpartida de 6 dígitos del SA correspondiente al whisky no contiene ninguna referencia a la materia prima a partir de la cual se elabora ese aguardiente. Sin embargo, las notas a los códigos de 6 dígitos del SA correspondientes al brandy y el whisky especifican la materia prima a partir de la cual se destila el aguardiente, a saber, el vino de uvas o el orujo de uvas en el caso del brandy y los mostos de granos de cereales en el caso del whisky. Ello constituye una indicación de que la clasificación arancelaria no daría a entender que los brandies y whiskies nacionales elaborados a partir de materias primas designadas son "similares" a los brandies y whiskies importados elaborados a partir de materias primas no designadas.¹⁷

Sin embargo, el Órgano de Apelación observó que la clasificación arancelaria es sólo uno de los criterios que el Grupo Especial examinó en su análisis de la "similitud". Los criterios relativos a las características físicas de los productos y a los gustos y hábitos de los consumidores corroboran la constatación de que los productos en cuestión son "similares". Además, la constatación del Grupo Especial de que los usos finales de los productos en cuestión son similares no fue objeto de apelación. Por consiguiente, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que los productos en cuestión son "similares".¹⁸

d. Regímenes reglamentarios y el mercado pertinente

Filipinas alegó que el Grupo Especial incurrió en error al considerar que los regímenes reglamentarios en vigor en la Unión Europea y en los Estados Unidos, que prohíben la comercialización como "whisky" o "brandy" del whisky y el brandy elaborados a partir de melaza de caña de azúcar, son "irrelevantes".¹⁹ A juicio del Órgano de Apelación, el hecho de que en la Unión Europea y en los Estados Unidos el whisky y el brandy elaborados a partir de melaza de caña de azúcar no puedan comercializarse y venderse como "brandy" y "whisky" puede ser una indicación de que en esos países los consumidores percibirían que esos productos tienen propiedades físicas muy distintas. En contraste, en Filipinas los aguardientes nacionales elaborados a partir de materias primas designadas no sólo pueden comercializarse y venderse como "brandy" y "whisky", sino que también se hace cuanto se puede para asegurarse de que se parezcan lo más posible al brandy o el whisky importados elaborados a partir de materias primas no designadas.²⁰

El Órgano de Apelación consideró que el hecho de que se considere que dos aguardientes son "productos similares" en un mercado dado no significa necesariamente

¹⁶ Ibid, párrafo 161.

¹⁷ Ibid, párrafo 163.

¹⁸ Ibid, párrafo 164.

¹⁹ Ibid, párrafo 166.

²⁰ Ibid, párrafo 167.

que se considerarían "productos similares" en otro mercado. Para establecer si dos productos son "similares" en el sentido del artículo III:2 del GATT de 1994, hay que examinar la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos, que dependerán del mercado donde esos productos compiten. Por consiguiente, el Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial no incurrió en error al considerar pertinente el marco reglamentario de Filipinas, en lugar del de la Unión Europea o el de los Estados Unidos, en su análisis de la relación de competencia entre cada tipo de aguardiente en el mercado en el que los productos compiten, es decir, en el mercado filipino.²¹

A la luz de lo anterior, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que cada tipo de aguardiente importado elaborado a partir de materias primas no designadas es "similar" al mismo tipo de aguardiente nacional elaborado a partir de materias primas designadas. Como consecuencia de ello, confirmó asimismo la constatación del Grupo Especial de que, al someter cada tipo de aguardiente importado a impuestos interiores superiores a los aplicados a los aguardientes nacionales "similares" de los mismos tipos, Filipinas había actuado de forma incompatible con lo dispuesto en la primera frase del artículo III:2 del GATT de 1994.²²

IV. Segunda frase del artículo III:2 del GATT de 1994

En asuntos anteriores, el Órgano de Apelación ha explicado que para evaluar la compatibilidad de una medida fiscal interior con la segunda frase del artículo III:2 del GATT de 1994 es preciso abordar tres cuestiones distintas: (1) si los productos importados y los nacionales son "directamente competidores o pueden sustituirse directamente" entre sí; (2) si esos productos importados y nacionales directamente competidores o que pueden sustituirse directamente entre sí "no están sujetos a un impuesto similar"; y (3) si la tributación desigual sobre los productos importados y nacionales directamente competidores o que pueden sustituirse directamente entre sí "se aplican ... de manera que se proteja la producción nacional". Filipinas apeló contra la evaluación efectuada por el Grupo Especial de la primera y la tercera cuestión.²³

a. Productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente

Al examinar si los aguardientes importados y los nacionales en cuestión son "directamente competidores o pueden sustituirse directamente" entre sí en el mercado filipino, el Grupo Especial observó que los estudios sobre la posibilidad de sustitución presentados por las partes sugieren la existencia de "un grado significativo de competencia o posibilidad de sustitución" entre los aguardientes en cuestión en Filipinas. Rechazó el argumento de Filipinas de que la diferencia de precio entre los aguardientes importados y los nacionales, combinada con la disparidad de ingresos en Filipinas, demuestra la existencia de dos segmentos diferenciados en el mercado de aguardientes filipino. El Grupo Especial razonó que la concurrencia de los precios de los aguardientes importados y los nacionales sugiere que el mercado filipino no está segmentado. Además, por lo que respecta al poder adquisitivo, muchos consumidores filipinos "pueden comprar aguardientes de precios altos, al menos en ocasiones especiales". El Grupo Especial añadió que el argumento de Filipinas concerniente a la segmentación del mercado implica que "al menos un pequeño segmento del mercado tiene acceso a ambos grupos de aguardientes". En opinión del Grupo Especial, esos

²¹ Ibid, párrafos 168-169.

²² Ibid, párrafos 172-174.

²³ Ibid, párrafos 195-196.

casos de competencia real indican claramente que los aguardientes importados y los nacionales "*pueden* ser directamente competidores o sustituirse directamente entre sí en el futuro". Basándose en ello, el Grupo Especial concluyó que hay una "relación de competencia directa" entre los aguardientes nacionales y los importados elaborados a partir de distintas materias primas en el mercado filipino. Ese factor, combinado con otras similitudes por lo que respecta a los canales de distribución, las características físicas de los productos, los usos finales y la comercialización, la clasificación arancelaria, y las reglamentaciones interiores, sugiere que los aguardientes importados y los nacionales en cuestión, independientemente de las materias primas a partir de las cuales están elaborados, son "directamente competidores o pueden sustituirse directamente" entre sí en el sentido de la segunda frase del artículo III:2 del GATT de 1994.²⁴ En apelación, Filipinas impugnó la evaluación de la relación de competencia entre los aguardientes importados y los nacionales en el mercado filipino efectuada por el Grupo Especial, pero no impugnó los demás factores que el Grupo Especial tuvo en cuenta.²⁵

Filipinas adujo que el Grupo Especial aplicó un criterio incorrecto al constatar que el análisis en el marco de la segunda frase del artículo III:2 debe centrarse en la "naturaleza" y la "calidad" de la competencia, pero no en el "grado de competencia" entre los aguardientes nacionales y los importados en Filipinas.²⁶ Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial enmarcó debidamente el análisis como algo encaminado a determinar si la competencia entre los aguardientes importados y los nacionales en Filipinas es suficientemente directa para que esos productos puedan caracterizarse debidamente como "directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" entre sí. Al hacerlo, el Grupo Especial siguió la orientación dada por el Órgano de Apelación en el asunto *Corea – Bebidas alcohólicas*, en el que el Órgano de Apelación mantuvo que los productos importados y los nacionales son "directamente competidores o pueden sustituirse directamente" entre sí cuando están "en competencia" en el mercado. En ese caso, el Órgano de Apelación sostuvo además que el término "directamente" sugiere "cierto grado de proximidad en la relación de competencia entre los productos nacionales y los importados". El grado de competencia requerido se da cuando los productos importados y los nacionales se caracterizan porque su posibilidad de mutua sustitución es alta, pero imperfecta; es decir, cuando los productos importados y los nacionales son "intercambiables" u ofrecen "medios alternativos de satisfacer una necesidad o inclinación determinada".²⁷

El Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial evaluó debidamente el grado de competencia entre los aguardientes importados y los nacionales en el mercado filipino. Al hacer menos hincapié en el papel que desempeñan los análisis cuantitativos de la posibilidad de sustitución, el Grupo Especial siguió la orientación dada por el Órgano de Apelación en casos anteriores.²⁸

Filipinas también apeló contra el rechazo por el Grupo Especial del argumento de Filipinas de que los aguardientes importados y los nacionales no son "directamente competidores o sustituibles directamente" entre sí en Filipinas, porque se venden en dos

²⁴ Ibid, párrafos 197-198.

²⁵ Ibid, párrafo 199.

²⁶ Ibid, párrafo 201.

²⁷ Ibid, párrafo 205.

²⁸ Ibid, párrafo 207.

segmentos del mercado separados y diferenciados.²⁹ El Órgano de Apelación consideró que el precio es muy importante para determinar si existe una relación de competencia suficientemente directa entre los productos importados y los nacionales, toda vez que las pruebas de competencia en los precios indican que el producto importado ejerce presiones competitivas sobre el producto nacional, y viceversa. Las pruebas de importantes diferencias de precio podrían demostrar que los productos importados y los nacionales se encuentran en mercados totalmente separados. No obstante, en el presente caso el Grupo Especial hizo una constatación fáctica de que en Filipinas existe una concurrencia de los precios de los aguardientes importados y los nacionales, y de que esa concurrencia no es "excepcional", sino que se presenta en productos de precios altos y bajos. Filipinas no impugnó en apelación esa constatación fáctica. El Órgano de Apelación consideró que esos casos de concurrencia de los precios de los aguardientes de precio alto y de precio bajo respaldan suficientemente la conclusión del Grupo Especial de que "el mercado no está segmentado y ... en algunos casos los productos importados y los nacionales compiten en precio".³⁰ El Órgano de Apelación también consideró que los ejemplos de competencia real son también muy probatorios por lo que respecta a la competencia potencial, especialmente en este caso, en el que los aguardientes importados están sujetos a impuestos especiales que son de 10 a 40 veces mayores que los aplicables a los aguardientes nacionales. Consideró probable que los casos de sustitución actual subestimen la demanda latente de aguardientes importados debido a los efectos de distorsión introducidos por el impuesto especial en litigio.³¹ Sin embargo, aclaró que el análisis de la competencia potencial no está limitado a una evaluación de si habría competencia en el caso de que la tributación impugnada no estuviera en vigor.³²

El Órgano de Apelación rechazó el argumento de Filipinas de que se requiere identidad en la "naturaleza y frecuencia" del comportamiento del poder de compras del consumidor. De ser así, la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales en un mercado dado sólo se determinaría por referencia a las preferencias actuales de los consumidores. Requerir la identidad en la frecuencia y la naturaleza de las decisiones de compra de los consumidores, como sugiere Filipinas, no tendría suficientemente en cuenta la demanda latente de aguardientes importados en el mercado filipino. Al determinar si los aguardientes importados y los nacionales ofrecen "medios alternativos de satisfacer una necesidad o inclinación determinada" en Filipinas, el Grupo Especial estaba obligado a examinar tanto la demanda latente como la demanda existente. También era razonable que el Grupo Especial infiriera del argumento de Filipinas que los aguardientes importados sólo son accesibles para un "segmento reducido" de su población, que hay una competencia real entre los aguardientes importados y los nacionales al menos en el segmento del mercado que Filipinas reconocía tiene acceso tanto a los aguardientes importados como a los nacionales. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que el artículo III del GATT de 1994 "no protege únicamente algunos casos o la mayor parte de los casos, sino todos los casos de competencia directa", porque el objeto y fin del GATT de 1994, tal como se refleja en el artículo III, "exige igualdad de condiciones de competencia y

²⁹ Ibid, párrafo 209.

³⁰ Ibid, párrafo 215.

³¹ Ibid, párrafo 226.

³² Ibid, párrafos 227.

protección de las expectativas de relaciones de competencia en condiciones de igualdad".³³

Por estas razones, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que los aguardientes importados y los nacionales "*pueden* ser directamente competidores o sustituirse directamente entre sí en el futuro".³⁴

Filipinas también argumentó que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de un estudio de de elasticidad-precio cruzada. No obstante, el Órgano de Apelación consideró que el peso y la importancia que ha de atribuirse a ese coeficiente de elasticidad-precio cruzada es una cuestión que queda a discreción del Grupo Especial como juzgador inicial de los hechos. Convino con el Grupo Especial a cargo del asunto *Chile – Bebidas alcohólicas* en que un coeficiente bajo de elasticidad-precio cruzada no es "letal" para una alegación de competencia directa o posibilidad de sustitución, porque "la medición econométrica del grado de sustitución quizá no refleje siempre suficientemente la importancia de esa sustitución" en virtud de los efectos de la tributación interior sobre las preferencias de los consumidores y el comportamiento en materia de precios de los proveedores extranjeros.³⁵

Por todas estas razones, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que todos los aguardientes importados y nacionales en cuestión son "directamente competidores o pueden sustituirse directamente" entre sí, en el sentido de la segunda frase del artículo III:2 del GATT de 1994.³⁶

b. Impuesto se aplica de manera que se proteja la producción nacional

El Grupo Especial, al examinar el "diseño, arquitectura y estructura" de la medida en litigio, observó que todas las materias primas designadas se cultivan en Filipinas, y que todos los aguardientes nacionales se producen a partir de materias primas designadas, por lo que están sujetos al tipo impositivo uniforme inferior de 14,68 pesos filipinos por litro de prueba. En contraste, la inmensa mayoría de los aguardientes importados no está elaborada a partir de materias primas designadas, y está en consecuencia sujeta a los tipos impositivos superiores, que oscilan entre 158,73 pesos filipinos y 634,90 pesos filipinos por litro de prueba. A juicio del Grupo Especial, esto significaba que *de facto* la medida da lugar a que la inmensa mayoría de los importados está sujeta a impuestos que son entre 10 y 40 veces mayores a los aplicados a los aguardientes nacionales. También notó que no corresponde a la parte reclamante probar que las medidas impositivas pueden producir determinado efecto comercial. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que el diseño, la arquitectura y la estructura de la medida, incluida la magnitud de la diferencia en la tributación aplicable a los productos importados y a los nacionales, ponen de manifiesto el carácter protector de la medida. Por consiguiente, concluyó que el impuesto superior se aplica "de manera que se protege" la producción nacional filipina de aguardientes.³⁷

Filipinas alegó que los hechos no respaldaban la conclusión del Grupo Especial de que "la inmensa mayoría de los aguardientes importados está sujeta a impuestos superiores",

³³ Ibid, párrafos 218-221.

³⁴ Ibid, párrafo 229.

³⁵ Ibid, párrafo 236.

³⁶ Ibid, párrafo 242.

³⁷ Ibid, párrafos 245-247.

porque aproximadamente un 50 por ciento de la producción nacional de aguardientes se basa en alcohol etílico importado, del cual una "cantidad significativa" está, a su vez, sujeta al tipo impositivo uniforme inferior. Filipinas también sostuvo que el Grupo Especial rechazó erróneamente su argumento de que el impuesto especial no podía tener una intención proteccionista, dado que la inmensa mayoría de las familias filipinas no puede permitirse comprar aguardientes importados.³⁸

El Órgano de Apelación recordó su informe en el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas II*, en el cual afirmó que la determinación de si una tributación desigual ofrece protección no es una cuestión de intención, sino de aplicación de la medida en litigio. Esto requiere un análisis de la estructura y la aplicación de la medida a los productos nacionales en comparación con los importados. Su aplicación con fines de protección puede discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida. La tributación desigual debe ser superior a *de minimis*, y en determinados casos la magnitud de la diferencia de tributación puede constituir prueba de esa aplicación protectora. El Órgano de Apelación no aceptó el argumento de Filipinas relativo al alcohol etílico importado. El alcohol etílico no está comprendido como tal en la categoría de los aguardientes "directamente competidores o sustituibles directamente" entre sí en cuestión, sino que es más bien un insumo utilizado en la producción de esos aguardientes. Por consiguiente, el hecho de que el alcohol etílico importado esté sujeto a una tributación similar a la aplicada a los aguardientes nacionales en nada afecta a la determinación de si el impuesto especial protege la producción nacional de los aguardientes en cuestión directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente.³⁹

El Órgano de Apelación tampoco aceptó el argumento de Filipinas de que el impuesto especial no podía proteger la producción nacional porque la mayoría de la población no puede permitirse comprar aguardientes importados. Sí aceptó la conclusión del Grupo Especial de que, *de facto*, la aplicación de la medida daba lugar a que todos los aguardientes nacionales gozaran del impuesto inferior, mientras que la inmensa mayoría de aguardientes importados estaba sujeta a impuestos superiores.⁴⁰ También estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que una constatación de que una medida fiscal protege la producción nacional no depende de que se demuestre la existencia de "ciertos efectos comerciales identificables", porque el efecto al comercio de aguardientes importados no es decisivo para establecer si la medida protege la producción nacional.⁴¹

Po lo anterior, confirmó la constatación del Grupo Especial de que la tributación desigual que el impuesto especial filipino impone a los aguardientes importados y a los aguardientes nacionales directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente se aplica "de manera que se protege" la producción filipina de aguardientes. Por todas las razones expuestas, confirmó además la constatación del Grupo Especial de que Filipinas había actuado de manera incompatible con la segunda frase del artículo III:2 del GATT de 1994.⁴²

³⁸ Ibid, párrafo 249.

³⁹ Ibid, párrafos 250-252.

⁴⁰ Ibid, párrafos 253-255.

⁴¹ Ibid, párrafo 256.

⁴² Ibid, párrafos 257-258.

V. Observaciones finales

Este caso se trata de un impuesto interior que daba preferencia a las bebidas alcohólicas nacionales por la diferencia en los insumos que utilizaban los productos nacionales y los productos importados. Es el más reciente en una serie de casos sobre los impuestos interiores de esta índole. Los otros casos son: *Japón – Bebidas alcohólicas II*, *Chile – Bebidas alcohólicas*, *Corea – Bebidas alcohólicas* y *México – Impuestos sobre refrescos*. En cada uno de estos casos, el Órgano de Apelación ha desarrollado un poco más el análisis del artículo III:2 del GATT de 1994. Este informe deja bien claro que la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos es más importante para determinar si son productos similares que las diferencias superficiales que pueden presentarse en cada caso.

Próximamente el Órgano de Apelación tendrá que considerar cómo analizar la similitud de los productos en el contexto del Acuerdo OTC, en las apelaciones en *Estados Unidos – Atún II*, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* y *Estados Unidos – EPO*.⁴³ El análisis del Órgano de Apelación en este asunto será pertinente para estos tres casos, en particular en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*. En este último caso, el Grupo Especial consideró que la relación de competencia no era importante para determinar la similitud de los productos. El análisis del Órgano de Apelación en *Filipinas – Aguardientes* indica todo lo contrario, por lo menos en el contexto del artículo III:2 del GATT de 1994. Por consiguiente, el análisis del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* podría indicar en qué grado el análisis de similitud puede ser distinto en distintos contextos del derecho de la OMC.

⁴³ Véase los comentarios sobre los informes de los grupos especiales en estos casos en http://cdei.itam.mx/medios_digitales/investigacion.php#comentarios