



27 de octubre de 2014

(14-6239)

Página: 1/38

Original: inglés

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

COMUNICACIÓN DEL GRUPO ESPECIAL

Se ha recibido del Presidente del Grupo Especial la siguiente comunicación, de fecha 22 de octubre de 2014, con el ruego de que se distribuya al Órgano de Solución de Diferencias (OSD).

El 7 de mayo de 2014, Australia presentó al Grupo Especial una solicitud de resolución preliminar sobre la compatibilidad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba (WT/DS458/14) con el párrafo 2 del artículo 6 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

El 19 de agosto de 2014, el Grupo Especial dio traslado a las partes y a los terceros de la resolución preliminar adjunta.

Tras haber consultado con las partes en la diferencia, el Grupo Especial decidió informar al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) del contenido de su resolución preliminar. Por consiguiente, agradeceré que tenga a bien distribuir la presente carta y la resolución preliminar adjunta a los Miembros del OSD.

RESOLUCIÓN PRELIMINAR DEL GRUPO ESPECIAL

1 ANTECEDENTES DE PROCEDIMIENTO	2
2 SOLICITUD DE RESOLUCIONES PRELIMINARES PRESENTADA POR AUSTRALIA	3
3 PRESENTACIÓN DE NUEVAS ALEGACIONES EN LA SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL	3
3.1 Alegaciones al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6 <i>bis</i> del Convenio de París	4
3.1.1 Principales argumentos de las partes	4
3.1.1.1 Australia	4
3.1.1.2 Cuba	5
3.1.2 Principales argumentos de los terceros.....	9
3.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial	12
3.1.3.1 Relación entre las alegaciones que figuran en la solicitud de celebración de consultas y en la solicitud de establecimiento de un grupo especial	12
3.1.3.2 La cuestión de si las alegaciones adicionales formuladas por Cuba al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6 <i>bis</i> del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) modifican la esencia de la reclamación	14
3.2 Alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC.....	17
3.2.1 Principales argumentos de las partes	17
3.2.1.1 Australia	17
3.2.1.2 Cuba	18
3.2.2 Principales argumentos de los terceros.....	19
3.2.3 Análisis realizado por el Grupo Especial	20
4 PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA	20
5 IDENTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO.....	20
5.1 Principales argumentos de las partes.....	20
5.1.1 Australia.....	20
5.1.2 Cuba.....	25
5.2 Principales argumentos de los terceros	26
5.3 Análisis realizado por el Grupo Especial.....	29
5.3.1 Las prescripciones de "identificar las medidas concretas en litigio"	29
5.4 La cuestión de si en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba se identifican las medidas concretas en litigio	34

1 ANTECEDENTES DE PROCEDIMIENTO

1.1. El 7 de mayo de 2014, Australia presentó al Grupo Especial una solicitud de resolución preliminar en relación con la compatibilidad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba con el ESD.

1.2. Australia solicitó que el Grupo Especial formulara una resolución preliminar sobre estas cuestiones lo antes posible (y en particular que emitiera su resolución preliminar antes de que las partes presentaran sus primeras comunicaciones escritas). Australia también solicitó la oportunidad de responder a cualesquiera comunicaciones que presentara Cuba en relación con esta solicitud de resolución preliminar.

1.3. Cuba respondió a las solicitudes de Australia el 11 de junio de 2014. En esa misma fecha, el Grupo Especial dio a los terceros la oportunidad de formular observaciones sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia. El 17 de junio de 2014, el Grupo Especial recibió las observaciones de la Unión Europea. El 18 de junio de 2014, el Grupo Especial recibió las observaciones de la Argentina, el Brasil, el Canadá, Guatemala, Honduras, México, Indonesia, México y la República Dominicana.

1.4. El 1º de julio de 2014, el Grupo Especial recibió las observaciones formuladas por Australia sobre la respuesta de Cuba a su solicitud de resolución preliminar. El 8 de julio el Grupo Especial recibió las observaciones de Cuba sobre las observaciones formuladas por Australia.

2 SOLICITUD DE RESOLUCIONES PRELIMINARES PRESENTADA POR AUSTRALIA

2.1. Australia solicita al Grupo Especial que excluya de su mandato las siguientes medidas y alegaciones:

- a. las alegaciones formuladas por Cuba al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC (leído *conjuntamente* con el artículo 6*bis* del Convenio de París), y el párrafo 3 del artículo 16, el párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, sobre la base de que estas alegaciones no fueron incluidas en la solicitud de celebración de consultas presentada por Cuba, y de que la inclusión de estas alegaciones constituye una ampliación indebida del ámbito de la diferencia;
- b. las *alegaciones* formuladas por Cuba al amparo del párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, sobre la base de que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba no se hace una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema con claridad; y
- c. la "lista no exhaustiva de medidas conexas y medidas que 'complementen o amplíen' las medidas *identificadas* explícitamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba", sobre la base de que en esa solicitud no se identifican las medidas concretas en litigio.¹

2.2. A continuación examinaremos sucesivamente estos tres aspectos de la solicitud de Australia.

3 PRESENTACIÓN DE NUEVAS ALEGACIONES EN LA SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL

3.1. Australia aduce que, al añadir en la solicitud de establecimiento de un grupo especial nuevas alegaciones que no fueron mencionadas en la solicitud de celebración de consultas, Cuba ha ampliado indebidamente el ámbito del asunto sometido al Grupo Especial.

3.2. Esta solicitud se refiere a las alegaciones formuladas por Cuba al amparo de las siguientes disposiciones:

- a. el artículo 6*bis* del Convenio de París (leído conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC);
- b. el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;
- c. el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC;

¹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 1.

d. el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC.

3.3. Examinaremos sucesivamente estas alegaciones, empezando por las alegaciones formuladas por Cuba al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC), y a continuación las alegaciones que formula al amparo del párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC.

3.1 Alegaciones al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París

3.1.1 Principales argumentos de las partes

3.1.1.1 Australia

3.4. Australia aduce que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba contiene "alegaciones fundamentalmente nuevas" que no fueron notificadas en su solicitud de celebración de consultas. Al referirse a "nuevas alegaciones" en este contexto, Australia alude a las alegaciones que Cuba presentó en su solicitud de establecimiento en relación con el artículo 6*bis* del Convenio de París y el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.² Australia aduce que cada una de estas "alegaciones adicionales" le ha sorprendido y que durante las consultas formales Cuba no le planteó sus preocupaciones en relación con ninguna de estas alegaciones. Australia indica que, en el período de tres años transcurrido desde abril de 2011, cuando Australia notificó su medida a la OMC, hasta abril de 2014, cuando Cuba presentó su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Cuba no le planteó ninguna preocupación de que la medida de empaquetado genérico del tabaco fuera incompatible con alguna de estas obligaciones. Australia aduce que es evidente que no se le dio la oportunidad de celebrar consultas con Cuba sobre estas alegaciones, ni de evaluar si las alegaciones podían ser objeto de una solución mutuamente convenida, antes de que Cuba recurriera al procedimiento de solución de diferencias.³

3.5. Australia aduce que las alegaciones adicionales de Cuba amplían el ámbito de la presente diferencia y modifican la esencia de la reclamación que Cuba planteó en las consultas, porque las nuevas alegaciones de Cuba invocan obligaciones nuevas e independientes, se refieren a objetos diferentes o ni siquiera guardan relación alguna con obligaciones.⁴ Aduce que "el objeto de las alegaciones de Cuba relativas a las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas que formula al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, leído conjuntamente con el artículo 6*bis* del Convenio de París, y el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC es distinto del objeto de sus demás alegaciones sobre las marcas de fábrica o de comercio, incluida la alegación que formula al amparo del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC (que fue identificada en la solicitud de celebración de consultas de Cuba)". Las "nuevas alegaciones" de Cuba se refieren a un subconjunto específico de marcas de fábrica o de comercio, a saber, las que son notoriamente conocidas. Además, Australia observa que la alegación de Cuba fundada en el párrafo 1 del artículo 16 se refiere a los derechos de los titulares actuales de marcas de fábrica o de comercio registradas. En contraste, la alegación nueva y adicional de Cuba relativa al párrafo 3 del artículo 16 está redactada de modo que pretende aplicarse con respecto a los derechos de los titulares actuales de marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas así como a los titulares no identificados de futuras marcas notoriamente conocidas.⁵

3.6. Australia sostiene que el objeto de las alegaciones nuevas y adicionales de Cuba respecto de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas es distinto del de la alegación que Cuba planteó anteriormente al amparo del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, y

² Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 10.

³ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 11.

⁴ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 12.

⁵ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 13.

también que las obligaciones que Australia debe cumplir en el marco de estas alegaciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas se suman a las que le corresponden en virtud del párrafo 1 del artículo 16 y son distintas de ellas. Australia explica que, por ejemplo, la protección que otorga el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se aplica solamente respecto de la utilización de signos para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca. En cambio, para defender una alegación fundada en el párrafo 3 del artículo 16, Australia tendría que defender su medida de empaquetado genérico del tabaco contra alegaciones de que no protege las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas contra la utilización en bienes o servicios que *no* son similares a aquellos para los que se registró la marca inicial notoriamente conocida.⁶

3.7. Australia sostiene que los factores en que se basa Cuba para afirmar que las alegaciones que formula al amparo de los párrafos 3 y 1 del artículo 16 comparten la misma esencia no bastan para demostrar que una alegación se ha "derivado" de la otra.⁷ Aduce que las comunicaciones de Cuba de que sus alegaciones fundadas en los párrafos 3 y 1 del artículo 16 están dirigidas contra la misma conducta, se refieren a la medida de empaquetado genérico del tabaco de Australia, y son apartados de la misma disposición; no demuestran que las alegaciones de Cuba relativas a las marcas notoriamente conocidas se hayan "derivado" de la alegación que formula al amparo del párrafo 1 del artículo 16; ni el hecho de que las marcas notoriamente conocidas sean un subconjunto específico de las marcas de fábrica o de comercio demuestra esa "evolución".⁸ Australia reitera que el fundamento jurídico del párrafo 3 del artículo 16 es distinto del párrafo 1 de ese artículo tanto en lo que se refiere al objeto (a saber, los tipos de marcas de fábrica o de comercio) en cuestión como al ámbito de los "derechos conferidos" pertinentes en relación con esos tipos diferentes de marcas de fábrica o de comercio.⁹

3.8. En cuanto al objeto abarcado por esas disposiciones, Australia afirma que la "distinción clara" entre marcas notoriamente conocidas, a las que se aplica el párrafo 3 del artículo 16, y las marcas registradas, a las que se aplica el párrafo 1 del artículo 16, está confirmada por los distintos requisitos probatorios necesarios para establecer cada tipo de marca. Por lo tanto, para que sea aplicable la protección prevista en el párrafo 3 del artículo 16 la marca no solamente tiene que estar registrada, sino que también debe ser "notoriamente conocida", una determinación para la cual "se deben cumplir criterios jurídicos específicos y se deben aportar pruebas justificantes detalladas".¹⁰ En cambio, en el marco del párrafo 1 del artículo 16, solamente es necesario el registro para dar al titular de la marca registrada la protección que concede. Australia añade que a las marcas notoriamente conocidas se les concede una protección más amplia en virtud del párrafo 3 del artículo 16 en comparación con la que se concede a las marcas registradas en virtud del párrafo 1 del artículo 16, y que el párrafo 3, a diferencia del párrafo 1, protege las marcas notoriamente conocidas incluso con respecto al uso de una marca por un tercero en relación con bienes y servicios que no sean similares.¹¹

3.1.1.2 Cuba

3.9. Cuba aduce que se puede decir razonablemente que su alegación de que las medidas de empaquetado genérico son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se deriva de la alegación fundada en el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, que fue incluida en su solicitud de celebración de consultas.¹² Concretamente, Cuba señala que en su solicitud de celebración de consultas alegó que las medidas de empaquetado genérico de Australia son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre

⁶ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 14.

⁷ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 18.

⁸ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 19.

⁹ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 20.

¹⁰ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 21.

¹¹ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 22.

¹² Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 20.

los ADPIC porque Australia impide que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas "gocen de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio".¹³ También alegó que las medidas de empaquetado genérico de Australia son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC porque Australia impide que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas que son notoriamente conocidas o podrían llegar a ser notoriamente conocidas gocen de los derechos conferidos por esas marcas.¹⁴ Cuba sostiene que "[e]stas dos alegaciones comparten la esencia de que están dirigidas contra la conducta de Australia de impedir que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas 'gocen de los derechos conferidos por [las marcas]'", y que las dos alegaciones se refieren a la misma medida (es decir, las medidas de empaquetado genérico de Australia).¹⁵ Aduce que la adición de su alegación al amparo del párrafo 3 del artículo 16 se refiere a las marcas de fábrica o de comercio registradas notoriamente conocidas, pero que esto no implica que la inclusión de esa alegación no represente una "evolución natural" de la alegación que Cuba plantea al amparo del párrafo 1 del artículo 16. En concreto, Cuba aduce que los párrafos 1 y 3 del artículo 16 están estrechamente relacionados porque son párrafos de la misma disposición y el párrafo 3 trata de un "subconjunto específico" del objeto del párrafo 1 del artículo 16.¹⁶

3.10. Cuba sostiene que la relación entre los párrafos 3 y 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC es comparable a la que existe entre el artículo XVII del AGCS y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. De manera específica, afirma que el artículo XVII del AGCS y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 imponen obligaciones de trato nacional pero se refieren a diferentes sectores, a saber, los servicios y los productos. Aduce que el hecho de que los párrafos 1 y 3 del artículo 16 afecten a objetos diferentes (pero que se solapan) (las marcas registradas en general y las marcas registradas notoriamente conocidas) no es obstáculo para constatar que cabe afirmar razonablemente que una alegación fundada en una disposición se deriva de la otra disposición.

3.11. A juicio de Cuba, la relación entre los párrafos 3 y 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC también se puede comparar con la que existe entre las disposiciones que regulan las medidas específicas contra el dumping y las subvenciones en el párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 1 del artículo 31 del Acuerdo SMC. Sostiene que esa relación también es comparable a la que existe entre el artículo 7 y el párrafo 6 del artículo 10 del Acuerdo Antidumping y el artículo 17 y el párrafo 6 del artículo 20 del Acuerdo SMC. A juicio de Cuba, aunque esas dos series de disposiciones regulan aspectos diferentes de las investigaciones en materia de medidas comerciales correctivas, las consultas centradas en el cumplimiento de una reducida serie de obligaciones podrían haber llevado razonablemente a alegaciones sobre el cumplimiento de una serie más amplia de obligaciones conexas.¹⁷ En el caso que examinamos, se podría decir razonablemente que las alegaciones relativas a una categoría más restringida (el subconjunto de las marcas registradas notoriamente conocidas) se han derivado de alegaciones relativas a una categoría más amplia (las marcas de fábrica o de comercio registradas en general).¹⁸ Por lo tanto, Cuba sostiene que cabe decir razonablemente que la alegación que formula al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se ha derivado de la que plantea al amparo del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, que fue incluida en su solicitud de celebración de consultas.¹⁹

¹³ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 21 (donde se cita la solicitud de celebración de consultas presentada por Cuba, página 3).

¹⁴ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 21 (donde se cita la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, página 4).

¹⁵ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 21.

¹⁶ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 21.

¹⁷ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 23 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafos 142 y 143).

¹⁸ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 23.

¹⁹ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 24.

3.12. Cuba aduce que la alegación que plantea al amparo del artículo 6*bis* del Convenio de París (leído conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) está muy estrechamente relacionada con su alegación basada en el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esa disposición se menciona en el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y trata de las marcas notoriamente conocidas. En consecuencia, Cuba sostiene que también cabe afirmar que esta alegación se ha "derivado razonablemente" de las alegaciones que se presentan en su solicitud de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.²⁰

3.13. Cuba sostiene que el hecho de que el demandado esté o no "sorprendido" por la inclusión de una determinada alegación en una solicitud de establecimiento de un grupo especial no es importante para determinar si cabe decir razonablemente que una alegación incluida en una solicitud de establecimiento se ha derivado de las alegaciones expuestas en una solicitud de celebración de consultas.²¹ En cualquier caso, aduce Cuba, la inclusión de una disposición en su solicitud de celebración de consultas en la que se especifica que Cuba "se reserva el derecho de plantear otras alegaciones o cuestiones en el transcurso de estas consultas y en cualquier solicitud futura de un procedimiento de grupo especial"²², y el hecho de que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania y en la solicitud de celebración de consultas presentada por Indonesia (ambas de fecha anterior a la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba) se plantearan alegaciones fundadas en el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC deberían haber alertado a Australia de la posibilidad de que Cuba podía incluir otras alegaciones en una ulterior solicitud de establecimiento de un grupo especial. Cuba añade que el argumento de Australia de que "la inclusión de una amplia reserva no permite añadir nuevas alegaciones que amplíen el alcance o modifiquen la esencia de una reclamación" no está respaldado por la jurisprudencia a la que Australia se remite.²³

3.14. Cuba sostiene que hay que centrarse en la solicitud de celebración de consultas y no en el contenido de las propias consultas.²⁴ En cualquier caso, admite que durante las consultas no planteó alegaciones concretas al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC ni del artículo 6*bis* del Convenio de París. Señala que ninguna de las partes planteó ni discutió alegaciones jurídicas concretas en el curso de las consultas y que en cambio se centraron en cuestiones de hecho. Igualmente, ninguna de las partes planteó ni discutió propuestas de acuerdo en el curso de las consultas. Cuba aduce que, con estos antecedentes, la queja de Australia de que no se le dio la oportunidad de celebrar consultas con Cuba sobre ninguna de estas alegaciones, o sobre la cuestión de si las alegaciones podían ser objeto de una solución mutuamente convenida, ni de establecer la naturaleza de las preocupaciones de Cuba "suena falsa". Señala que no hay nada que impida a Australia tratar de conseguir una solución mutuamente convenida fuera del contexto de las consultas formales.²⁵

3.15. Cuba indica que el simple hecho de que haya diferencias entre dos disposiciones no resuelve la cuestión de si una alegación se puede haber derivado razonablemente de otra, y que el Grupo Especial deber determinar si las diferencias son tan importantes que *no se puede* decir razonablemente que una alegación formulada al amparo de una disposición se ha derivado de una alegación fundada en otra disposición.²⁶

²⁰ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 25.

²¹ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 30.

²² Solicitud de celebración de consultas presentada por Cuba, 3 de mayo de 2013, WT/DS458/1, página 3.

²³ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 31 (donde se hace referencia a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 20., párrafo 17 y nota 15).

²⁴ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 32 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), párrafo 287).

²⁵ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 32.

²⁶ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 5. (las cursivas figuran en el original)

3.16. En cuanto a la diferencia entre marcas notoriamente conocidas en el marco del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, y todas las marcas previstas en el párrafo 1 del artículo 16, Cuba aduce que estos objetos se solapan porque el objeto del párrafo 3 del artículo 16 está plenamente incluido en el del párrafo 1 de dicho artículo. Esto demuestra que las alegaciones de Cuba fundadas en los párrafos 3 y 1 del artículo 16 están estrechamente relacionadas, de tal modo que por lo tanto es perfectamente razonable mantener que una alegación relativa a la protección del subconjunto de las marcas notoriamente conocidas podría haberse derivado de las consultas relativas a la protección de las marcas en su conjunto de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Cuba añade que el hecho de que solamente determinadas marcas que cumplen "criterios jurídicos específicos" sean tratadas como marcas notoriamente conocidas no cambia el hecho de que son un "subconjunto específico" de las marcas de fábrica o de comercio en su conjunto.²⁷

3.17. Cuba alega que aunque el Grupo Especial decidiera que los párrafos 3 y 1 del artículo 16 tratan de cuestiones completamente diferentes, eso no significa que no se cumpla el criterio establecido en el asunto *México - Medidas antidumping sobre el arroz*. Indica que el Grupo Especial encargado del asunto *China - Publicaciones y productos audiovisuales* resolvió que una alegación relativa únicamente a la cuestión de las mercancías (párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994) se había derivado razonablemente de una alegación relativa exclusivamente a la cuestión de los servicios (artículo XVII del AGCS), sobre la base de que una sola medida podía afectar a esas cuestiones distintas.²⁸ Cuba aduce que la misma consideración es aplicable en este caso, ya que las medidas de empaquetado genérico de Australia afectan a las marcas de fábrica o de comercio ordinarias y a las notoriamente conocidas. Por consiguiente, Cuba sostiene que aunque los párrafos 3 y 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se refirieran a cuestiones totalmente diferentes, esto "no impediría una conclusión de que la alegación planteada por Cuba al amparo del párrafo 3 del artículo 16 constituye una evolución razonable de su alegación fundada en el párrafo 1 del artículo 16".²⁹

3.18. En lo que concierne a la diferencia entre el ámbito de protección (es decir, que el párrafo 3 del artículo 16 exige que las marcas notoriamente conocidas sean protegidas con respecto a la utilización en bienes y servicios no similares mientras que el párrafo 1 del artículo 16 no impone una obligación equivalente), Cuba reconoce esta diferencia, pero considera que, a pesar de ella, la alegación que plantea al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC representa una evolución razonable de la alegación fundada en el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC incluida en su solicitud de celebración de consultas. Cuba aduce que el asunto *México - Medidas antidumping sobre el arroz* no implica que solamente se considerará que las disposiciones que imponen obligaciones idénticas tienen un vínculo suficiente entre ellas. Aduce que el Órgano de Apelación resolvió que una alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping se había derivado naturalmente de alegaciones fundadas en el artículo 7 y el párrafo 6 del artículo 10 del Acuerdo Antidumping, pese al hecho de que el alcance de las obligaciones establecidas en el párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping era distinto del alcance de las obligaciones establecidas en el artículo 7 y/o el párrafo 6 del artículo 10 del Acuerdo Antidumping.³⁰

3.19. Cuba aduce que las relaciones entre los párrafos 1 y 3 del artículo 16 del Acuerdo Antidumping son incluso más estrechas que las existentes entre las disposiciones que examinó el Órgano de Apelación en *México - Medidas antidumping sobre el arroz*. En apoyo de este argumento Cuba aduce que el párrafo 3 del artículo 16 trata de un subconjunto de las marcas de fábrica o de comercio a las que se refiere el párrafo 1 de dicho artículo, y que las consultas relativas a la protección de las marcas de fábrica o de comercio en general (en el marco del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC) podrían fácilmente evolucionar hacia un examen de la protección del subconjunto de las marcas notoriamente conocidas (en el marco del

²⁷ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafos 6-7.

²⁸ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 8 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 7.127-7.130).

²⁹ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 8.

³⁰ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafos 9-11 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafos 142 y 143).

párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC). Además, estas dos alegaciones se refieren a las mismas medidas (es decir, a las medidas de empaquetado genérico de Australia) y se derivan de apartados del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.³¹ Sostiene que estas relaciones establecen que la alegación que formula al amparo del párrafo 3 del artículo 16 representa una evolución razonable o natural de los fundamentos jurídicos contenidos en su solicitud de celebración de consultas.³²

3.20. Cuba señala también que el informe del Grupo Especial sobre el asunto *China - Publicaciones y productos audiovisuales* no es inapropiado, como sostiene Australia, porque dicho informe no indica que solamente se constatará la existencia de una evolución razonable cuando: 1) el alcance de las "obligaciones en litigio" sea idéntico; o 2) el objeto sea idéntico. Cuba se refiere también al recurso de Australia a los informes de los Grupos Especiales en los asuntos *CE - Elementos de fijación (China)* y *China - Productos de pollo de engorde*, y aduce que ninguno de esos asuntos respalda los argumentos de Australia.³³

3.21. Por lo que respecta a las alegaciones de perjuicio de Australia, Cuba alega que las respuestas de Australia no dan una demostración de cómo Australia sufriría realmente perjuicio al preparar su defensa si a Cuba se le permitiera presentar una alegación al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Además, Australia no presenta ninguna justificación para su tesis de que, al evaluar las afirmaciones de Australia de que sufriría "perjuicios concretos" al preparar su defensa, el Grupo Especial debe hacer caso omiso de hechos importantes. Cuba indica que uno de esos hechos es que Australia ha podido preparar su defensa, sin ningún perjuicio evidente, contra las alegaciones fundadas en el párrafo 3 del artículo 16 planteadas por otros reclamantes, y el hecho de que Australia dispondrá de "abundante tiempo" para preparar su defensa según el calendario.³⁴ Cuba sostiene que una resolución a favor de Australia no evitaría ningún perjuicio procesal concreto a Australia, y no alteraría la tarea del Grupo Especial porque todavía tendría que resolver las alegaciones fundadas en el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC presentadas por Indonesia y Ucrania. Si las alegaciones pertinentes prosperaran tampoco cambiarían las obligaciones de cumplimiento de Australia, ya que ésta tendría que aplicarlas sobre una base NMF.

3.1.2 Principales argumentos de los terceros

3.22. La **Argentina** sostiene que resulta "difícil ver una evolución natural" del párrafo 1 al párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC ya que la materia objeto de protección es distinta con arreglo a las dos disposiciones. Más concretamente, considera que el párrafo 3 del artículo 16 brinda una protección más amplia a las marcas que son notoriamente conocidas que la que ofrece el párrafo 1 del artículo 16 para las marcas que no son notoriamente conocidas. Además, el párrafo 3 del artículo 16 no trata tanto de la posible capacidad de una marca para distinguir entre un bien o servicio y otro, como ocurre en el párrafo 1 del artículo 16, sino de la protección de una marca notoriamente conocida de la utilización indiscriminada que puede diluir su efecto y atractivo al ser aplicada a cualquier tipo de bien o servicio.³⁵

3.23. El **Brasil**³⁶ sostiene que para cumplir las condiciones sustantivas del párrafo 2 del artículo 6, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se deben identificar las medidas objeto de la diferencia y se debe hacer una breve exposición de los fundamentos de derecho de las alegaciones. Estas dos prescripciones establecen los límites de la competencia de los órganos resolutorios de la OMC, pero también proporcionan a las partes y terceros suficiente información sobre la alegación para que puedan responder a los argumentos del reclamante. Sostiene que el párrafo 2 del artículo 6 no exige la identidad precisa y exacta entre las medidas concretas que

³¹ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 12.

³² Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 13.

³³ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafos 16 y 17.

³⁴ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 33.

³⁵ Observaciones de la Argentina en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 32-36.

³⁶ Observaciones del Brasil en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 2.

fueron objeto de consultas y las medidas identificadas en la solicitud de establecimiento. El mandato de un grupo especial puede incluir una medida debidamente identificada en la solicitud de establecimiento de un grupo especial aunque esa medida no se hubiera incluido en la solicitud de celebración de consultas, siempre que ello no modifique la "esencia" de la diferencia. Esto permite a los Miembros flexibilidad para incluir en la solicitud de establecimiento de un grupo especial cualquier instrumento legislativo relacionado con las medidas en litigio que se puedan haber promulgado después de la solicitud de celebración de consultas. El Brasil añade que después de comprender mejor el funcionamiento de la medida en litigio, el reclamante puede añadir nuevas alegaciones a la solicitud de establecimiento del grupo especial siempre que esas alegaciones no modifiquen la esencia de la diferencia.³⁷

3.24. El **Canadá** aduce que los grupos especiales deben actuar con cautela para determinar si una solicitud de establecimiento amplía indebidamente el alcance de la diferencia o modifica la esencia de la reclamación planteada en las consultas. Una interpretación restringida de lo que constituye una ampliación de la diferencia o una modificación de la esencia de la reclamación podría llevar a los reclamantes a invocar una lista innecesariamente larga de disposiciones en las solicitudes de celebración de consultas y podría dar lugar a que las consultas se redujeran a una labor superficial que frustraría la posibilidad de definir y delimitar el alcance de la diferencia. El Canadá sostiene también que una interpretación excesivamente amplia de lo que constituye una ampliación de la diferencia o una modificación de la esencia de la reclamación podría dar como resultado que los reclamantes ocultaran alegaciones en la solicitud de celebración de consultas solamente para incluirlas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial para obtener una ventaja estratégica sobre la parte demandada. Ese resultado socavaría el debido proceso. El Canadá pide al Grupo Especial que examine detenidamente cuál es la mejor forma de equilibrar los intereses en juego y preservar la flexibilidad necesaria para el funcionamiento adecuado del procedimiento de solución de diferencias.³⁸

3.25. La **República Dominicana** coincide con Cuba en que las alegaciones contra las medidas de empaquetado genérico de Australia relativas a las marcas notoriamente conocidas constituyen una "evolución natural" de las alegaciones relativas a las marcas registradas al amparo del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esto se debe a que "es lógico que Cuba, después de haber celebrado consultas con Australia sobre los hechos de las medidas de empaquetado genérico, entienda que afectan no solamente al amplio conjunto de marcas registradas, sino también al subconjunto más restringido de las marcas notoriamente conocidas protegidas por el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París."³⁹ La República Dominicana sostiene que las consultas entre Australia y Cuba podrían haber llevado a uno de varios resultados, entre otros: i) a que Cuba se diera cuenta de que las alegaciones fundadas en el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC *no* podían estar justificadas a la luz de los hechos de las medidas de empaquetado genérico; o ii) a que Cuba se diera cuenta de que las alegaciones fundadas en el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC estaban justificadas y, de hecho, deberían abarcar lógicamente el subconjunto de marcas de fábrica o de comercio denominadas marcas notoriamente conocidas, habida cuenta de las repercusiones específicas de las medidas de empaquetado genérico. La República Dominicana aduce que, en este caso, las consultas llevaron a ese último entendimiento y que esto constituye una "evolución natural" de las alegaciones después de las consultas.⁴⁰

3.26. Además, la República Dominicana sostiene que la ampliación de las alegaciones a partir del párrafo 1 del artículo 16 para incluir el párrafo 3 de dicho artículo del Acuerdo sobre los ADPIC afecta a un subconjunto del grupo de marcas de fábrica o de comercio que ya eran objeto de alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 16. Por lo tanto, la inclusión de la alegación basada en el párrafo 3 del artículo 16 supone la aplicación directa del principio *a maiore ad minus*, en virtud del cual la inclusión de una alegación fundada en el párrafo 1 del artículo 16 relativa a la protección de un gran grupo de marcas de fábrica o de comercio se hace extensiva de forma

³⁷ Observaciones del Brasil en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 3-8.

³⁸ Observaciones del Canadá en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 3-9.

³⁹ Observaciones de la República Dominicana en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 21.

⁴⁰ Observaciones de la República Dominicana en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 22 y 23.

razonable y lógica a una alegación basada en el párrafo 3 del artículo 16 relativa a la protección de un subconjunto más pequeño de esas mismas marcas.⁴¹

3.27. La **Unión Europea** se remite a las observaciones que ha hecho en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania acerca de la cuestión de si la evolución de una alegación modifica la esencia de esa alegación.⁴² No obstante, observa que el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que el artículo 6*bis* del Convenio de París se aplicará *mutatis mutandis* a bienes y servicios que "no sean similares". En cambio, el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se refiere a bienes y servicios que sean "idénticos o similares". Observa que, en esta etapa del procedimiento, sigue sin estar claro si de lo que se trata es de un cambio de lo más general a lo más concreto o de si se amplía o no el alcance de la diferencia. La Unión Europea sostiene que, si el Grupo Especial tampoco lo tiene claro, tal vez desee considerar la posibilidad de reservar una resolución sobre esta cuestión hasta una etapa posterior del procedimiento.⁴³

3.28. **Guatemala** considera que el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París parecen ser una "evolución" que no modificaría la "esencia" de la alegación inicial incluida en la solicitud de celebración de consultas. También está de acuerdo con Cuba en que los párrafos 3 y 1 del artículo 16 están estrechamente relacionados ya que ambas disposiciones son apartados de la misma disposición y la última se ocupa de un "subconjunto específico" de la materia objeto de la primera. Australia también reconoce esto.⁴⁴ Guatemala sostiene no obstante que la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia es prematura porque Cuba debería haber tenido la oportunidad de presentar su primera comunicación escrita para determinar si se ha ampliado el alcance de la alegación.⁴⁵

3.29. **Honduras** considera que la alegación de Cuba contra las medidas de empaquetado genérico de Australia con respecto a las marcas notoriamente conocidas refleja una "evolución razonable" de los fundamentos jurídicos de las alegaciones que figuran en su solicitud de celebración de consultas. Aduce que el criterio para determinar si se pueden incluir nuevas disposiciones de un tratado en el mandato de un grupo especial debería ser si existe un vínculo suficiente entre la disposición invocada en la solicitud de celebración de consultas y la nueva disposición invocada en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Honduras aduce que existe un vínculo suficiente entre las disposiciones invocadas en la solicitud de celebración de consultas presentada por Cuba y esas nuevas disposiciones invocadas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial porque (como ha señalado Cuba) los párrafos 1 y 3 del artículo 16 están "estrechamente relacionados ya que ambos son apartados de la misma disposición" y el "último trata de un subconjunto específico [es decir, las marcas notoriamente conocidas] de la materia objeto del primero". De modo similar, el artículo 6*bis* del Convenio de París (leído conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) también trata del mismo subconjunto específico de las marcas notoriamente conocidas.⁴⁶

3.30. **México** sostiene que hay un equilibrio delicado entre la solicitud de celebración de consultas y la de establecimiento de un grupo especial y que eso se debe mantener. Las dos solicitudes están muy estrechamente relacionadas pero no pueden tener la misma finalidad ni los mismos efectos. México está de acuerdo en que la relación es estrecha, lo que exige que ambas solicitudes tengan la misma naturaleza, y un análisis de las dos solicitudes no debería ser tan rígido que fuera

⁴¹ Observaciones de la República Dominicana en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 24.

⁴² Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 34.

⁴³ Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 35.

⁴⁴ Observaciones de Guatemala en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 3.8.

⁴⁵ Observaciones de Guatemala en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 3.9.

⁴⁶ Observaciones de Honduras en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 34-37.

imposible reflejar la evolución de la diferencia, ni totalmente laxo para incluir alegaciones o medidas que no guarden relación.⁴⁷

3.1.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

3.31. La cuestión que tenemos que examinar es si las alegaciones de Cuba fundadas en el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) se nos han sometido debidamente o si, como solicita Australia, deberíamos excluirlas de nuestro examen sobre la base de que no están debidamente incluidas en nuestro mandato.

3.32. El fundamento de la solicitud de Australia es el hecho de que esas alegaciones no fueron incluidas en la solicitud de celebración de consultas presentada por Cuba. La cuestión se refiere por tanto a la relación entre las alegaciones que figuran en la solicitud de celebración de consultas y en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Examinaremos en primer lugar las disposiciones jurídicas aplicables a este respecto antes de pasar a evaluar la solicitud de Australia a la luz de esas prescripciones.

3.1.3.1 Relación entre las alegaciones que figuran en la solicitud de celebración de consultas y en la solicitud de establecimiento de un grupo especial

3.33. Observamos en primer lugar que nuestro mandato, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, es el siguiente:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por Cuba en el documento WT/DS458/14, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.⁴⁸

3.34. Nuestro mandato está por tanto definido tomando como referencia la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba.

3.35. Como ha descrito el Órgano de Apelación, en virtud del artículo 7 del ESD el mandato de los grupos especiales se rige por la solicitud de su establecimiento, y el párrafo 2 del artículo 6 del ESD establece los requisitos aplicables a esas solicitudes.⁴⁹ El párrafo 2 del artículo 6 dispone lo siguiente:

Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas *se indicará si se han celebrado consultas*, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. (sin cursivas en el original)

3.36. Observamos que aunque el párrafo 2 del artículo 6 obliga al reclamante a indicar en su solicitud de establecimiento de un grupo especial "si se han celebrado consultas", no exige que las medidas y alegaciones identificadas en la solicitud de establecimiento como fundamento de la reclamación sean *idénticas* a las identificadas en la solicitud de celebración de consultas. El párrafo 4 del artículo 4 y el párrafo 2 del artículo 6 se refieren ambos a la identificación de las medidas y alegaciones en litigio, pero no imponen exactamente las mismas prescripciones a este respecto: de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 las solicitudes de celebración de consultas deben incluir una "*indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación*", mientras que en la posterior solicitud de establecimiento de un grupo especial se deben "*identificar[] las medidas concretas en litigio y ... ha[cer] una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación*" (sin cursivas en el original).

⁴⁷ Observaciones de México en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 23-26.

⁴⁸ *Constitución del Grupo Especial establecido a petición de Cuba*, comunicación de la Secretaría, WT/DS458/16.

⁴⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafos 124 y 125.

3.37. Como ha descrito el Órgano de Apelación, "los artículos 4 y 6 ... establecen un proceso mediante el cual una parte reclamante debe solicitar la celebración de consultas, y deben celebrarse las consultas antes de poder remitir un asunto al OSD a efectos del establecimiento de un grupo especial".⁵⁰ Como también ha aclarado el Órgano de Apelación, cabe esperar que la información obtenida durante las consultas pueda permitir al reclamante circunscribir el alcance del asunto con respecto al cual solicita el establecimiento del grupo especial.⁵¹ A este respecto, señalamos la observación que hizo el Órgano de Apelación en *México - Medidas antidumping sobre el arroz* respecto de la expresión "*legal basis*" ("fundamentos jurídicos" o "fundamentos de derecho") que se utiliza en el párrafo 4 del artículo 4 y en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD:

No obstante, de la utilización de la misma expresión en ambas disposiciones no se desprende que las alegaciones formuladas en el momento de la solicitud de establecimiento del grupo especial hayan de ser idénticas a las indicadas en la solicitud de celebración de consultas. De hecho, en lugar de adoptar ese enfoque rígido, consideramos que el mecanismo de solución de diferencias, que exige en general que la solicitud de establecimiento de un grupo especial haya sido precedida de consultas, deja a los Miembros un cierto margen de flexibilidad al formular posteriormente reclamaciones en una solicitud de establecimiento de un grupo especial.⁵²

3.38. Señalamos también la siguiente declaración del Órgano de Apelación:

Interpretar ... que el ESD limita los fundamentos de derecho expuestos en la solicitud de establecimiento del grupo especial a lo indicado en la solicitud de celebración de consultas, equivaldría a prescindir de una importante razón de ser de la prescripción que obliga a celebrar consultas, el intercambio de información necesario para aclarar los perfiles de la diferencia, que se establecen posteriormente en la solicitud de establecimiento del grupo especial. Habida cuenta de ello, consideramos que no es necesario que las disposiciones a las que se hace referencia en la solicitud de celebración de consultas sean idénticas a las enunciadas en la solicitud de establecimiento del grupo especial, siempre que *pueda decirse razonablemente* que los "fundamentos de derecho" de la solicitud de establecimiento de un grupo especial *se derivan de los "fundamentos jurídicos" que configuraron el objeto de las consultas*. Dicho de otra forma, *es preciso que la adición de otras disposiciones no tenga por efecto la modificación de la esencia de la reclamación*.⁵³ (sin cursivas en el original)

3.39. En resumen, el ESD no exige una "identidad precisa y exacta"⁵⁴ entre las medidas o alegaciones identificadas en la solicitud de celebración de consultas y las identificadas en la posterior solicitud de establecimiento del grupo especial y es legítimo que las alegaciones que constituyen los fundamentos de derecho de la reclamación evolucionen como consecuencia de las consultas. No obstante, es preciso que las alegaciones que se añaden a la solicitud de establecimiento del grupo especial "no tenga[n] por efecto la modificación de la esencia de la reclamación".⁵⁵ No sucederá así si puede decirse razonablemente que esas alegaciones adicionales se han derivado de los fundamentos jurídicos identificados en la solicitud de celebración de consultas.

3.40. Observamos que las dos partes se han referido a las resoluciones antes indicadas en su análisis de esta cuestión y que, como observa Australia, el marco jurídico para abordar las solicitudes de Australia respecto de "nuevas alegaciones" no parece ser controvertido.⁵⁶ Sin embargo, las partes no están de acuerdo sobre la cuestión de si, en las circunstancias de la

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 131.

⁵¹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 132.

⁵² Informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 136.

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 138.

Observamos que a esta resolución hicieron referencia posteriormente los Grupos Especiales que examinaron los asuntos *China - Publicaciones y productos audiovisuales* (párrafo 7.115), *CE - Elementos de fijación (China)* (párrafo 7.24), *China - Productos de pollo de engorde* (párrafo 7.223), y *UE - Calzado* (párrafo 7.61).

⁵⁴ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 132.

⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 138.

⁵⁶ Véanse las observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 5.

presente diferencia, las alegaciones adicionales de Cuba tienen por efecto modificar la esencia de la reclamación.

3.41. Teniendo presentes estas consideraciones, examinamos a continuación la cuestión de si las alegaciones adicionales al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) que Cuba ha presentado en su solicitud de establecimiento de un grupo especial tienen por efecto la "modificación de la esencia de la reclamación".

3.1.3.2 La cuestión de si las alegaciones adicionales formuladas por Cuba al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) modifican la esencia de la reclamación

3.42. Como se describe *supra*, la inclusión de nuevas alegaciones en la solicitud de establecimiento de un grupo especial no tendrá por efecto la "modificación de la esencia de la reclamación" si puede decirse razonablemente que los fundamentos de derecho de la solicitud de establecimiento de un grupo especial se derivan de los fundamentos jurídicos que configuraron el objeto de las consultas. Por lo tanto, tenemos que comparar los fundamentos jurídicos que configuraron el objeto de las consultas en la presente diferencia y los de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba.

3.43. La solicitud de celebración de consultas presentada por Cuba incluía, entre otras, las siguientes alegaciones:

El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, leído conjuntamente con el artículo 6*quinquies* del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (modificado por el Acta de Estocolmo de 1967), porque las marcas de fábrica o de comercio registradas en un país de origen distinto de Australia no son protegidas por Australia "tal cual son";

y:

El párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque Australia impide que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas gocen de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio.

3.44. Cuba añadió las siguientes alegaciones en su solicitud de establecimiento de un grupo especial:

El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC ... y ii) el artículo 6*bis* del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (modificado por el Acta de Estocolmo de 1967), porque Australia no protege las marcas de fábrica o de comercio "notoriamente conocidas";

y:

El párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque Australia impide que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas que son "notoriamente conocidas" o podrían llegar a ser "notoriamente conocidas" gocen de los derechos conferidos por esas marcas. ...

3.45. Como se indica *supra*, Australia considera que estas alegaciones adicionales, que se refieren a la protección de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas, introducen indebidamente nuevas obligaciones y nuevas cuestiones en el ámbito de la diferencia. Cuba opina que se puede considerar que se han derivado de su alegación inicial al amparo del párrafo 1 del artículo 16, que también se refiere a los derechos conferidos por las marcas de fábrica o de comercio. Aduce que "el objeto del párrafo 3 del artículo 16 está plenamente contenido en el del párrafo 1 del artículo 16". Añade que el hecho de que únicamente determinadas marcas de fábrica o de comercio que cumplen "criterios jurídicos específicos" sean tratadas como marcas notoriamente conocidas no altera el hecho de que son un "subconjunto específico" de las marcas

de fábrica o de comercio en su conjunto.⁵⁷ Aduce también que la alegación que plantea al amparo del artículo 6*bis* del Convenio de París (leído conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) está muy estrechamente relacionada con la alegación basada en el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y en consecuencia también puede decirse que se "ha derivado razonablemente" de las alegaciones presentadas en su solicitud de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

3.46. Señalamos en primer lugar que, como observa Cuba, siempre que se plantea una disposición jurídica adicional en la solicitud de establecimiento de un grupo especial cabe esperar que existan algunas diferencias entre la obligación u obligaciones jurídicas concretas que contiene y las obligaciones contenidas en las disposiciones indicadas en la solicitud de celebración de consultas.⁵⁸ La identificación de esas diferencias no llevaría por sí sola a la conclusión de que las alegaciones adicionales están excluidas del alcance del mandato del grupo especial. Ese enfoque equivaldría a exigir que haya identidad entre los fundamentos jurídicos identificados en las solicitudes de celebración de consultas y de establecimiento de un grupo especial, obligación que, como se explica *supra*, no existe. Por el contrario, nuestra evaluación debe tener en cuenta los elementos que constituyen el fundamento de la reclamación en cuestión en su conjunto. A este respecto, coincidimos con el Grupo Especial encargado del asunto *China - Productos de pollo de engorde* en que "como mínimo" debe existir alguna relación entre las alegaciones que figuran en la solicitud de establecimiento de un grupo especial y las identificadas en la solicitud de celebración de consultas, "ya sea por lo que respecta a las disposiciones citadas, a la obligación en litigio o la cuestión objeto de la diferencia, o a las circunstancias fácticas conducentes a la supuesta infracción".⁵⁹ Teniendo presentes estas observaciones, examinamos a continuación la relación entre los fundamentos jurídicos que constituyeron la base de las consultas y los fundamentos jurídicos de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba.⁶⁰

3.47. En su solicitud de celebración de consultas Cuba identifica en primer lugar las medidas en litigio ("las medidas sobre empaquetado genérico"), y las describe diciendo que regulan "el aspecto y la forma del empaquetado utilizado en relación con la venta al por menor de cigarros (puros), cigarrillos y otros productos del tabaco" y "el aspecto y la forma de los propios productos del tabaco". Entre las medidas identificadas figura "la Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio (empaquetado genérico del tabaco) de 2011". Cuba también identifica varias prescripciones específicas de las medidas respecto del aspecto y la forma del empaquetado de los productos del tabaco y de los propios productos del tabaco. En la segunda parte de su solicitud, Cuba identifica varias disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo OTC y el GATT de 1994 como fundamentos jurídicos de su reclamación. Entre las disposiciones invocadas figuran disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relacionadas con las marcas de fábrica o de comercio,

⁵⁷ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafos 6 y 7.

⁵⁸ Véase la respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia, párrafo 18.

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *China - Productos de pollo de engorde*, párrafo 7.224. Destacamos también las observaciones que hizo el Grupo Especial en *China - Publicaciones y productos audiovisuales* de que "[a]unque convenimos con los Estados Unidos en que los productos y actividades regulados por las medidas impugnadas en ambas alegaciones son pertinentes para determinar si una ha evolucionado de la otra, éstas no son las únicas consideraciones; un grupo especial debe también examinar los tipos de productos, las medidas, las obligaciones citadas y la relación entre las obligaciones a que se hace referencia en la solicitud de celebración de consultas y las mencionadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial". (Informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.122.)

⁶⁰ Al examinar los "fundamentos jurídicos que configuraron el objeto de las consultas", nos basamos en la propia solicitud de celebración de consultas. Señalamos a este respecto las siguientes observaciones que hizo el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Algodón americano* (upland): "Examinar lo ocurrido en las consultas parecería contrario a lo que dispone el párrafo 6 del artículo 4 del ESD: 'Las consultas serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias.' Por otra parte, parecería contradictorio con la prescripción del párrafo 4 del artículo 4 del ESD de que toda solicitud de celebración de consultas se presente por escrito y se notifique al OSD. Por otra parte, no existe ninguna constancia pública de lo que realmente ocurre en las consultas, y las partes a menudo discrepan sobre qué fue exactamente lo que se debatió. ..." (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), párrafo 287.) Mencionamos también las observaciones del Grupo Especial en *China - Elementos de fijación* en el sentido de que "no sería adecuado examinar lo que China y la Unión Europea debatieron efectivamente en las consultas entre las partes", y que, por lo tanto, limitaría su análisis acerca del alcance de las consultas al texto de la solicitud de celebración de consultas presentada por China. (Informe del Grupo Especial, *CE - Elementos de fijación*, párrafo 7.26.) Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 131; y el informe del Grupo Especial, *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 7.65 y 10.19.

en particular el párrafo 1 del artículo 16 relativo a los derechos conferidos a las marcas de fábrica o de comercio registradas. Cuba explica que las medidas en litigio parecen infringir el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC "porque Australia impide que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas gocen de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio".

3.48. En la solicitud de celebración de consultas presentada por Cuba se daba por tanto una "indicación" de que el objeto de las consultas incluía cuestiones relacionadas con la compatibilidad de las "medidas sobre empaquetado genérico" de Australia con determinadas obligaciones previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC, incluso cómo esas medidas afectan a "los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio" en virtud de ese Acuerdo. Las nuevas alegaciones presentadas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial al amparo del artículo 6*bis* del Convenio de París y el párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC se refieren a la protección específica que se concede a las marcas de fábrica o de comercio *notoriamente conocidas* en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, en relación con las mismas medidas.

3.49. El artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC en su conjunto se refiere, como indica su título, a los "Derechos conferidos" por las marcas de fábrica o de comercio. El párrafo 1 del artículo 16 (mencionado en la solicitud de celebración de consultas de Cuba) obliga a los Miembros a conferir al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. De conformidad con el artículo 6*bis* del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC), las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas gozan de una protección adicional: el registro de un signo como marca de fábrica o de comercio se debe rehusar o invalidar, y su uso se debe prohibir en un Miembro, si esa marca es susceptible de crear confusión con una marca que se estima notoriamente conocida en ese Miembro y se utiliza para productos idénticos o similares. Esa protección debe estar disponible con independencia de que la marca notoriamente conocida esté registrada o no en el país donde se pretende la protección, y la denegación, invalidación o prohibición de uso debe hacerse de oficio si la legislación del Miembro lo permite, o a instancia de un interesado, como el titular de la marca notoriamente conocida. El párrafo 3 del artículo 16 amplía la aplicación del artículo 6*bis* del Convenio de París a la protección de las marcas de fábrica o de comercio notoriamente conocidas contra el uso en bienes y servicios que no sean similares a aquellos para los que se registró la marca, con sujeción a determinadas condiciones.⁶¹

3.50. Reconocemos que el fundamento para conceder la protección no es idéntico en el artículo 6*bis* del Convenio de París y en el párrafo 1 del artículo 16 porque una marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6*bis* del Convenio de París puede estar o no registrada. Reconocemos también que, como se describe *supra*, las prescripciones que darán lugar a la protección son distintas en los párrafos 1 y 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y en el artículo 6*bis* del Convenio de París. No obstante, observamos también que la materia objeto de protección en el marco de todas estas disposiciones es el mismo signo distintivo, definido en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC. Observamos además, con respecto al párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 6*bis* del Convenio de París, que la finalidad de ambas formas de protección es permitir que el titular de la marca esté protegido de la utilización no autorizada de ese signo en bienes similares. Señalamos a este respecto que Cuba, en su solicitud de celebración de consultas, ha descrito en términos generales la alegación fundada en el párrafo 1 del artículo 16 haciendo referencia a "los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio".

3.51. Por lo que se refiere al párrafo 3 del artículo 16, señalamos además que esta alegación se deriva de otro apartado de la disposición (el artículo 16, sobre los Derechos conferidos por las

⁶¹ El párrafo 2 del 16 (que Cuba no identifica concretamente como fundamento jurídico de su reclamación) amplía la protección prevista en el artículo 6*bis* del Convenio de París a las marcas servicios notoriamente conocidas y establece elementos para determinar si una marca es notoriamente conocida. La determinación de si una marca es notoriamente conocida debe tener en cuenta "la notoriedad de esta marca en el sector pertinente del público inclusive la notoriedad obtenida en el Miembro de que se trate como consecuencia de la promoción de dicha marca".

marcas de fábrica o de comercio) que sirvió de base a la alegación inicial de Cuba al amparo del párrafo 1 del artículo 16, y también se refiere a los derechos conferidos específicamente por las marcas de fábrica o de comercio registradas. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial Cuba presenta además la siguiente descripción: "El párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque Australia impide que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas que son "notoriamente conocidas" o podrían llegar a ser "notoriamente conocidas" gocen de los derechos conferidos por esas marcas". Esta explicación pone en claro que la preocupación de Cuba en el marco de esta alegación son las consecuencias de las medidas impugnadas en la capacidad de proteger las marcas registradas, que ya fueron el objeto de su alegación inicial al amparo del párrafo 1 del artículo 16, contra el tipo de uso abarcado por el párrafo 3 del artículo 16. Aunque el párrafo 3 del artículo 16 se refiere al uso de una marca notoriamente conocida en bienes y servicios que no son similares a aquellos para los que se registró, el objetivo de esta disposición también es salvaguardar los intereses del titular de esa marca registrada.⁶²

3.52. Señalamos además que no se discute que todas las alegaciones en cuestión se refieren al mismo conjunto de medidas, que regulan, entre otros aspectos, el uso de marcas de fábrica o de comercio en los productos de tabaco. El objeto de los derechos conferidos por la protección de las marcas en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC en relación con estas medidas formó claramente parte de los fundamentos jurídicos que configuraron el objeto de las consultas y, a nuestro juicio, es razonable considerar que de esos fundamentos jurídicos podrían haberse derivado cuestiones adicionales conexas relativas a la repercusión de esas medidas en los derechos conferidos a las marcas notoriamente conocidas en virtud del mismo Acuerdo.

3.53. En vista de lo anterior, consideramos que las alegaciones adicionales presentadas por Cuba en su solicitud de establecimiento de un grupo especial están estrechamente relacionadas con las que constituyeron los fundamentos jurídicos de su solicitud de celebración de consultas y, a nuestro juicio, cabe afirmar razonablemente que se han derivado de los fundamentos jurídicos que configuraron el objeto de las consultas. Por consiguiente, no estamos convencidos de que, en las circunstancias de la presente diferencia, las alegaciones de Cuba al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) tengan por efecto "la modificación de la esencia de la reclamación". Consideramos que su adición en la solicitud de Cuba de establecimiento de un grupo sigue estando dentro de los límites del "grado de flexibilidad" concedido a los Miembros al formular sus reclamaciones en su solicitud de establecimiento de un grupo especial.

3.54. Por consiguiente, constatamos que las alegaciones de Cuba al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 6*bis* del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) no están excluidas de nuestro mandato y rechazamos la solicitud de Australia respecto de estas alegaciones.

3.2 Alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC

3.55. Como se describe *supra*, la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba incluye alegaciones fundadas en el párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, que no se mencionaron en su solicitud de celebración de consultas. Australia solicita al Grupo Especial que las excluya de su mandato.

3.2.1 Principales argumentos de las partes

3.2.1.1 Australia

3.56. Australia aduce que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba contiene alegaciones fundamentalmente nuevas que no fueron notificadas en su solicitud de celebración de consultas, incluida la alegación de Cuba relativa al párrafo 1 del artículo 15 y al

⁶² Señalamos que el Órgano de Apelación ha explicado que en el marco del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, "la identificación del producto en cuestión no es por regla general un elemento separado y distinto en el mandato de un grupo especial; más bien es una consecuencia del ámbito de aplicación de las medidas concretas en litigio". (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Trozos de pollo*, párrafo 165.)

artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁶³ Aduce que cada una de estas "alegaciones adicionales" le ha sorprendido y que durante las consultas formales Cuba no le planteó sus preocupaciones en relación con ninguna de estas alegaciones.⁶⁴ Australia indica que, en el período de tres años transcurrido desde abril de 2011, cuando Australia notificó su medida a la OMC, hasta abril de 2014, cuando Cuba presentó su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Cuba no le planteó ninguna preocupación de que la medida de empaquetado genérico del tabaco fuera incompatible con alguna de estas obligaciones. Australia aduce que es evidente que no se le dio la oportunidad de celebrar consultas con Cuba sobre ninguna de estas alegaciones, ni de evaluar si esas alegaciones podían ser objeto de una solución mutuamente convenida, antes de que Cuba recurriera al procedimiento de solución de diferencias.⁶⁵

3.57. Australia sostiene además que "la alegación nueva y adicional de Cuba al amparo del párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC también intenta ampliar el alcance de la diferencia". Explica que aunque los párrafos 1 y 4 del artículo 15 se refieren a los requisitos necesarios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio, el párrafo 1 "contiene varias obligaciones que van más allá del ámbito del párrafo 4". Por lo tanto, mientras el párrafo 4 del artículo 15 exige que la "naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no será en ningún caso obstáculo para el registro de la marca", en cambio el párrafo 1 del artículo 15 dispone, entre otras cosas, que determinados tipos de signos podrán constituir una marca de fábrica o de comercio y también que esos signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio. Australia aduce que, para defenderse de la alegación nueva y adicional de Cuba al amparo del párrafo 1 del artículo 15, tendrá que defender su medida de empaquetado genérico del tabaco con respecto a requisitos adicionales para poder realizar el registro que no fueron planteados en la solicitud de celebración de consultas de Cuba ni en las consultas.⁶⁶

3.58. Australia mantiene también que la alegación de Cuba al amparo del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC no fue incluida en su solicitud de celebración de consultas. Señala que el artículo 17 establece excepciones respecto de los derechos conferidos por una marca y que no está claro cómo o por qué la medida de Australia infringe una excepción (porque se refiere a una excepción y no a una obligación), y que la alegación de Cuba basada en el artículo 17 es fundamentalmente diferente y no se puede sostener que tenga la misma "esencia" que las demás alegaciones que Cuba plantea al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC.⁶⁷

3.59. Australia acoge con satisfacción la declaración de Cuba⁶⁸ de que no llevará adelante alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁶⁹ Sobre esta base, Australia sostiene que es adecuado que el Grupo Especial resuelva que estas alegaciones están excluidas de su mandato.⁷⁰

3.2.1.2 Cuba

3.60. Cuba sostiene, en relación con el artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, que no tratará de plantear esas alegaciones en el presente procedimiento y que no

⁶³ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 10.

⁶⁴ En su solicitud de celebración de consultas Cuba invocó el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994, los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y el párrafo 1 del artículo 2 (leído conjuntamente con los artículos 6 *quinquies* y 10 *bis* del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial), el párrafo 1 del artículo 3, el párrafo 4 del artículo 15, el párrafo 1 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC. Véase el documento WT/DS458/1.

⁶⁵ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 11.

⁶⁶ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 15.

⁶⁷ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 16.

⁶⁸ Cuba dio estas garantías en su respuesta a las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia y se analizan a continuación.

⁶⁹ Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 24.

⁷⁰ Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 25.

tienen ninguna utilidad resolver la objeción de Australia de que estas alegaciones no se identificaron en la solicitud de celebración de consultas presentada por Cuba.⁷¹ Señala que su decisión respecto del artículo 17 la adopta a la luz de la declaración de Australia de que considera que el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC es una excepción.⁷² En relación con el párrafo 1 del artículo 15, Cuba indica que se refiere a esta disposición únicamente para ofrecer un contexto para la alegación basada en el párrafo 4 del artículo 15, pero que no intenta plantear una alegación separada y distinta al amparo del párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁷³ No obstante esta afirmación, Cuba sostiene que si el Grupo Especial está decidido a examinar esta cuestión, su posición es que cabe afirmar que toda alegación independiente al amparo del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC "se deriva razonablemente" de la alegación presentada en su solicitud de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁷⁴

3.61. Por consiguiente, Cuba aduce que lo correcto es que el Grupo Especial se abstenga de pronunciarse sobre las objeciones de Australia a estas alegaciones ya que son superfluas.⁷⁵

3.2.2 Principales argumentos de los terceros

3.62. La **República Dominicana** menciona la declaración de Cuba de que no está planteando alegaciones al amparo de estas disposiciones y aduce que Cuba se refiere al párrafo 1 del artículo 15 "únicamente para ofrecer contexto para una alegación basada en el párrafo 4 del artículo 15", de modo que lo correcto es considerar que la referencia de Cuba al párrafo 1 del artículo 15 forma parte del argumento para respaldar la alegación que plantea al amparo del párrafo 4 del artículo 15, y no una alegación independiente y propiamente dicha. La República Dominicana observa que los Miembros no están obligados a exponer argumentos en apoyo de sus alegaciones en su solicitud de establecimiento de un grupo especial.⁷⁶

3.63. La **Unión Europea** se remite a la resolución preliminar dictada en el asunto *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping sobre determinados productos procedentes de China*, donde China desistió de determinadas alegaciones y el Grupo Especial decidió no pronunciarse sobre una solicitud de resolución preliminar relativa a esas alegaciones.⁷⁷

3.64. **Guatemala** propone que el Grupo Especial considere que Cuba ha desistido de las alegaciones fundadas en el párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, de tal manera que no haría falta una resolución sobre estas objeciones.⁷⁸

3.65. **Honduras** observa que los Miembros pueden incluir en su solicitud de establecimiento de un grupo especial las disposiciones adicionales que deseen utilizar como contexto, pero no están obligados a incluir esas disposiciones en dicha solicitud.⁷⁹

⁷¹ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con su solicitud de establecimiento de un grupo especial, párrafo 26.

⁷² Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con su solicitud de establecimiento de un grupo especial, párrafo 27.

⁷³ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con su solicitud de establecimiento de un grupo especial, párrafo 28.

⁷⁴ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con su solicitud de establecimiento de un grupo especial, párrafo 29.

⁷⁵ Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 26.

⁷⁶ Observaciones de la República Dominicana en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 10 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 130).

⁷⁷ Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 36 (donde se hace referencia a la resolución preliminar, *Estados Unidos - Medida compensatorias y antidumping (China)*, párrafos 3.1-3.16).

⁷⁸ Observaciones de Guatemala en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 4.8 y 4.9.

⁷⁹ Observaciones de Honduras en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 39-41.

3.2.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

3.66. Como se describe *supra*, Cuba ha indicado expresamente que no tiene intención de plantear en este procedimiento alegaciones independientes basadas en el párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC. A la luz de esta declaración, consideramos innecesario formular una determinación acerca de si las alegaciones fundadas en esas disposiciones se nos han sometido debidamente, porque ello "no serviría para 'hallar una solución positiva' a esta diferencia".⁸⁰

3.67. Por consiguiente, tomamos nota de la indicación de Cuba de que no tratará de plantear alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC en el presente procedimiento y nos abstenemos de pronunciarnos sobre la cuestión de si las alegaciones basadas en estas disposiciones están excluidas de nuestro mandato, como sostiene Australia.

3.68. Al formular esta determinación no nos pronunciarnos sobre la interpretación de ninguna de las disposiciones ni sobre su posible función en el examen que hagamos de otras alegaciones que se nos han sometido debidamente en el presente procedimiento.

4 PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

4.1. Australia aduce que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba no se presenta el problema con claridad respecto de las alegaciones que formula al amparo del párrafo 1 del artículo 15 y el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC y solicita al Grupo Especial que resuelva que esas alegaciones no están por tanto incluidas en su mandato.

4.2. Como se explica *supra*, Cuba ha indicado expresamente que no tiene intención de plantear alegaciones independientes basadas en esas disposiciones. En vista de esta declaración, consideramos que no es necesario determinar si en la solicitud de establecimiento de Cuba se "presenta[] el problema con claridad" en relación con estas alegaciones, porque hacerlo "no serviría para 'hallar una solución positiva a esta diferencia'".⁸¹

4.3. Al formular esta determinación no nos pronunciarnos sobre la interpretación de ninguna de las disposiciones ni sobre su posible función en el examen que hagamos de otras alegaciones que se nos han sometido debidamente en el presente procedimiento.

5 IDENTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO

5.1. Australia solicita al Grupo Especial que dicte una resolución preliminar excluyendo de su mandato "la lista no exhaustiva de medidas conexas y medidas que 'complementen o amplíen' las medidas identificadas explícitamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba", sobre la base de que en esa solicitud no se identifican las medidas concretas en litigio, contrariamente a las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.⁸²

5.2. A continuación describimos en primer lugar los argumentos de las partes y de los terceros, antes de pasar a evaluar la solicitud de Australia.

5.1 Principales argumentos de las partes

5.1.1 Australia

5.3. Australia sostiene que es crucial que el reclamante identifique en su solicitud de establecimiento de un grupo especial las medidas concretas en litigio (en inglés, *specific measures*

⁸⁰ Véanse el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 215 (donde se cita el párrafo 7 del artículo 3 del ESD), y el informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 140 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 215).

⁸¹ Véanse el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 215 (donde se cita el párrafo 7 del artículo 3 del ESD), y el informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 140, donde se cita su determinación anterior en *Japón - Manzanas*.

⁸² Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 1.

at issue), como exige el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, porque esto establece el mandato del grupo especial y también sirve a un importante objetivo del debido proceso.⁸³ Aduce que la parte reclamante debe establecer la identidad de las medidas precisas en litigio.⁸⁴ Sostiene además que, al determinar la compatibilidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, un grupo especial tiene que "analizar si las medidas que la parte reclamante impugna se identificaron de manera que la parte demandada tuvo 'suficiente conocimiento'" de las medidas en litigio.⁸⁵

5.4. Australia aduce que en la solicitud de Cuba no se identifican las medidas concretas de dos formas fundamentales. Australia impugna: i) la utilización del término "incluidas", que define las "medidas conexas" de forma no exhaustiva; y ii) el intento de incluir medidas no especificadas que "complementen o amplíen" las identificadas expresamente en la solicitud de establecimiento del grupo especial ("medidas complementarias o adicionales").⁸⁶

5.5. En relación con la utilización de la palabra "incluidas", Australia aduce que Cuba "intenta incluir una lista no exhaustiva y por tanto indeterminada" de "medidas conexas" en el mandato del Grupo Especial. Como consecuencia de ello Cuba no ha dado aviso suficiente a Australia de las medidas impugnadas, "ni siquiera una lista completa y concreta" de las "medidas conexas" que pretende impugnar.⁸⁷ Australia establece una analogía con la solicitud de establecimiento de un grupo especial en el asunto *China - Materias primas*, en la que los reclamantes precedieron la enumeración de las medidas impugnadas con la expresión "entre otras". En respuesta a esto, el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no podían utilizar esta frase para incluir una lista "abierta" de medidas ya que esto "no contribuiría a la 'seguridad y previsibilidad' del sistema de solución de diferencias de la OMC".⁸⁸ Australia observa que, en esa diferencia, solamente las medidas que fueron identificadas expresamente por los reclamantes estuvieron comprendidas en el mandato del Grupo Especial.⁸⁹ Sostiene que la cuestión que se sometió al Grupo Especial en *China - Materias primas* es análoga a la que se presenta en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba. En particular, Cuba intenta impugnar una lista "abierta" de "medidas conexas" y, aparte de las categorías de "medidas conexas" efectivamente enumeradas, no da ninguna indicación de qué "otras formas" podrían adoptar esas medidas no especificadas. Australia aduce por tanto que no se le ha informado de las medidas impugnadas, lo que crea "considerable incertidumbre" acerca de la identidad, el número y el contenido de las medidas en litigio.⁹⁰

5.6. Australia sostiene también que en la solicitud de establecimiento presentada por Cuba no se identifican las medidas concretas en litigio porque no se da ninguna indicación de lo que se quiere decir al referirse a medidas que "complementen o amplíen" los instrumentos enumerados. Aduce que esto aumenta aún más la incertidumbre acerca de la identidad, el número y el contenido de las leyes y los reglamentos objeto de impugnación, y "obliga a Australia a especular sobre las medidas en litigio si quiere empezar a preparar su defensa".⁹¹ Australia sostiene que en la solicitud

⁸³ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 34 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.10).

⁸⁴ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 35 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Exportaciones de trigo y exportaciones de grano*, párrafo 6.10).

⁸⁵ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 35 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.20).

⁸⁶ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 38.

⁸⁷ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 39.

⁸⁸ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 40 (donde se citan los informes del Grupo Especial, *China - Materias primas*, anexo F-1, párrafo 12, página F-6).

⁸⁹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 40 (donde se citan los informes del Grupo Especial, *China - Materias primas*, anexo F-1, párrafo 13, página F-6).

⁹⁰ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 40 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.10).

⁹¹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 42.

de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba se desplaza indebidamente a Australia la carga de intentar identificar las medidas complementarias o adicionales en litigio.⁹²

5.7. Australia señala que el hecho de que en una solicitud de establecimiento de un grupo especial se identifiquen o no las medidas concretas en litigio puede depender del contexto específico en el que se apliquen esas medidas y puede requerir examinar el grado en que las medidas son susceptibles de identificarse de manera precisa.⁹³ Sostiene que en el contexto específico de la reglamentación del tabaco el intento de la Cuba de incluir medidas complementarias o adicionales no identifica las "medidas precisas, exactas o específicas en litigio" y no da a Australia aviso suficiente sobre esas medidas.⁹⁴

5.8. Australia indica que, "al especular sobre las posibles medidas complementarias o adicionales que Cuba pretende impugnar, ha tenido motivos para considerar que, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales reconocidas, su medida de empaquetado genérico del tabaco forma parte de una amplia gama de medidas de control del tabaco" y que este enfoque integral respecto al control del tabaco viene impuesto por el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (CMCT), que hace hincapié en que son indispensables "medidas y respuestas multisectoriales integrales" para reducir el consumo de todos los productos de tabaco, a fin de prevenir la incidencia de las enfermedades, la discapacidad prematura y la mortalidad debidas al consumo de tabaco y a la exposición al humo de tabaco.⁹⁵ Observa también que el CMCT "exige" que cada parte en el Convenio "formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco" de conformidad con las disposiciones del CMCT.⁹⁶

5.9. Australia sostiene que "la incertidumbre acerca del alcance de las medidas conexas surge debido al contexto específico en que existe y se aplica la medida de empaquetado genérico del tabaco de Australia, es decir, como parte de una amplia gama de medidas complementarias de control del tabaco".⁹⁷ Considera que en este contexto las referencias que se hacen en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba a una lista no exhaustiva de medidas "conexas", "incluidas" las que "complementen" o "amplíen" las medidas mencionadas, no son suficientes para identificar las medidas concretas en litigio en la presente diferencia. Por el contrario, Australia mantiene que la inclusión de estos "términos amplios e imprecisos" en una diferencia que afecta a una de las medidas de control del tabaco de Australia (es decir, el empaquetado genérico del tabaco en su contexto como parte de una gama complementaria de medidas de control del tabaco) no identifica suficientemente el alcance de las medidas en litigio de modo que Australia sea informada de las alegaciones a las que tiene que responder.⁹⁸

5.10. Australia indica que si las "medidas generales de control del tabaco" son "los tipos de medidas complementarias o adicionales a las que se refiere Cuba en su solicitud de establecimiento de un grupo especial (lo que no está claro y es motivo de conjeturas)", sus medidas de control del tabaco "abarcen decenios" y se han aplicado a nivel federal, estatal,

⁹² Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 42 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.10).

⁹³ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 43 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 220).

⁹⁴ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de grupo especial presentada por Cuba, párrafo 44.

⁹⁵ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 45 (donde se cita el *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco* (CMCT), hecho en Ginebra el 3 de mayo de 2003, documento WHA56.1 de la OMS, párrafo 4 del artículo 4).

⁹⁶ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 46 (donde se cita el *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco* (CMCT), hecho en Ginebra el 3 de mayo de 2003, documento WHA56.1 de la OMS, párrafo 1 del artículo 5).

⁹⁷ Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 29.

⁹⁸ Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 29.

territorial y municipal. Australia identifica una lista no exhaustiva de medidas⁹⁹ que ha adoptado en relación con el control del tabaco, añadiendo que cada una de esas medidas incluye múltiples leyes y reglamentos que pueden haberse adoptado a nivel federal, estatal o local, de manera que las medidas de Australia de control del tabaco se cuentan por centenares. Australia aduce que no es posible que Cuba se proponga impugnar todas las medidas actuales o futuras de control del tabaco aplicadas en Australia y que, en estas circunstancias, Cuba está obligada a identificar las medidas concretas en litigio para que Australia esté informada de las alegaciones a las que tiene que responder.¹⁰⁰

5.11. Australia agrega que si la referencia de Cuba a medidas complementarias o adicionales pretende aludir a determinadas medidas de control del tabaco actualmente vigentes en Australia, no hay ningún motivo para que esas medidas no pudieran identificarse expresamente, salvo para perjudicar el derecho de defensa de Australia. Aduce que esto contrasta con las medidas de modificación que pueden entrar en vigor después presentada una solicitud de establecimiento de un grupo especial y por tanto pueden enumerarse legítimamente por categoría y no por el futuro nombre desconocido de la ley o reglamento de modificación.¹⁰¹

5.12. Australia llega a la conclusión de que Cuba no ha identificado las medidas concretas en litigio de forma "precisa", "exacta" o "específica", contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y no ha dado a Australia un aviso razonable de las alegaciones a las que tiene que responder.¹⁰² Observando que "cuando una solicitud de establecimiento de un grupo especial no identifica adecuadamente medidas concretas o no especifica una alegación concreta, esas medidas o alegaciones no formarán parte del asunto abarcado por el mandato del grupo especial"¹⁰³, solicita que el Grupo Especial constate que su mandato está limitado a las medidas identificadas concretamente en la solicitud de establecimiento, y que el resto de su mandato quede limitado como Australia ha descrito.

5.13. Australia señala además que "una solicitud deficiente de establecimiento de un grupo especial no cumplirá las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD con independencia de que el demandado pueda defenderse".¹⁰⁴ Observa que la parte demanda solamente dispone de un plazo limitado para responder a la primera comunicación escrita del reclamante, y que por lo tanto es crucial que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se ofrezca a la parte demanda suficiente claridad acerca de las alegaciones a las que tiene que responder antes de recibir la primera comunicación escrita del reclamante, y que "[e]sta prescripción del debido proceso 'es fundamental para asegurar la sustanciación equitativa y regular del procedimiento de solución de diferencias'".¹⁰⁵ Sostiene que no puede empezar a reunir pruebas, ni a preparar su

⁹⁹ Australia identifica concretamente las siguientes: "crecientes impuestos indirectos y derechos de aduana equivalentes sobre el tabaco y productos relacionados con el tabaco; restricciones de edad mínima para la compra y venta de productos de tabaco; prohibiciones generales de publicidad y promoción del tabaco, incluidas prohibiciones de publicidad en internet de productos de tabaco; prohibición de exponer los productos para la venta minorista; prohibición de fumar en oficinas, bares, restaurantes y otros espacios públicos interiores, y cada vez más en espacios exteriores, sobre todo en los que los niños puedan quedar expuestos al humo del tabaco; amplias y constantes campañas de educación pública sobre los peligros de fumar; advertencias sanitarias obligatorias en el empaquetado de los productos de tabaco; el listado de terapias de sustitución de la nicotina y otras ayudas para dejar de fumar incluidas en el Plan de prestaciones farmacéuticas de Australia; líneas telefónicas de apoyo para dejar de fumar y otros servicios para dejar de fumar; inversiones en campañas de marketing social antitabaco; apoyo a las comunidades aborígenes e isleñas del Estrecho de Torres para que reducir las tasas de consumo de tabaco; y mayores sanciones para los condenados por delitos de contrabando de tabaco". Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 47.

¹⁰⁰ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafos 47 y 48.

¹⁰¹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 49.

¹⁰² Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 50.

¹⁰³ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 52 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 120).

¹⁰⁴ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 53.

¹⁰⁵ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 54 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 88).

defensa de forma satisfactoria, cuando Cuba ni siquiera ha identificado suficientemente las medidas en litigio.¹⁰⁶ Australia mantiene que el hecho de que Cuba no haya cumplido las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD ha perjudicado claramente, y sigue perjudicando, la preparación de su defensa, vulnerando su derecho fundamental al debido proceso en el presente procedimiento.¹⁰⁷

5.14. Australia observa también que los defectos de una solicitud de establecimiento de un grupo especial no pueden ser subsanados por comunicaciones posteriores de las partes durante las actuaciones del grupo especial¹⁰⁸, y que el cumplimiento de las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 debe demostrarse a la luz de la solicitud de establecimiento de un grupo especial.¹⁰⁹ Australia sostiene por tanto que Cuba no puede subsanar las deficiencias de su solicitud de establecimiento aclarando los fundamentos de derecho de esta alegación en su primera comunicación escrita.

5.15. Australia menciona el hecho de que Cuba ha recurrido al asunto *India - Productos agropecuarios* y señala que el Grupo Especial encargado de esa diferencia observó específicamente que en determinadas circunstancias la referencia a medidas "conexas" o "de aplicación" puede ser insuficiente para cumplir los criterios pertinentes del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y su referencia a este respecto a los asuntos *CE - Determinadas cuestiones aduaneras* y *China - Materias primas*.¹¹⁰ Australia sostiene que la tesis de Cuba no es compatible con el razonamiento de esas diferencias, porque ni el Órgano de Apelación en *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, ni el Grupo Especial en *China - Materias primas*, indicaron que la falta de especificidad se debía a lo ampliamente que se habían definido las medidas principales, sino que se basaron en cambio en la "la ambigüedad intrínseca creada por la inclusión de la referencia a medidas secundarias".¹¹¹

5.16. Además, Australia observa que ninguno de los reclamantes ha dado una explicación clara o coherente de qué es lo que contemplan las medidas "complementarias" o "adicionales", ni cómo se diferencian de las medidas conexas, de aplicación, de modificación o de sustitución. Además, los reclamantes no han indicado por qué es necesaria la referencia a medidas "conexas", ni qué otros tipos de medidas "conexas" puede o no contemplar la lista no exhaustiva incluida en la descripción de las medidas conexas en litigio en sus respectivas solicitudes de establecimiento de un grupo especial. Australia añade que no impugna la inclusión de términos que serían necesarios para preservar el derecho de los reclamantes al debido proceso (es decir, que se impida a Australia manipular su medida en el futuro de tal manera que eluda el escrutinio en procedimientos de solución de diferencias de la OMC).¹¹²

5.17. Australia señala que entiende que la afirmación de Cuba de que no tiene intención de impugnar medidas de control del tabaco vigentes distintas de la propia medida de empaquetado genérico del tabaco excluye del ámbito de sus alegaciones las medidas de control del tabaco vigentes enumeradas expresamente en la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia.¹¹³

¹⁰⁶ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 57.

¹⁰⁷ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 59.

¹⁰⁸ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 58 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127).

¹⁰⁹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 58 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127).

¹¹⁰ Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 30 (donde se cita la resolución preliminar, *India - Productos agropecuarios*, párrafo 3.45).

¹¹¹ Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 30.

¹¹² Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 33.

¹¹³ Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 34.

5.1.2 Cuba

5.18. Cuba responde que la objeción de Australia a la descripción de las "medidas conexas" en su solicitud de establecimiento de un grupo especial es prematura e infundada, y no se debería resolver de forma abstracta en esta etapa inicial del procedimiento, sino que únicamente debería resolverse en caso de que, y cuando, Cuba presente una alegación con respecto a una "medida conexa" en una comunicación escrita al Grupo Especial.¹¹⁴

5.19. Cuba aduce que su posición a este respecto está avalada por la reciente resolución preliminar del Grupo Especial encargado del asunto *India - Productos agropecuarios*, que constató que, en las circunstancias de ese asunto, era "prematureo y de hecho innecesario formular una determinación en abstracto, en esta etapa preliminar, acerca de precisamente qué medidas están comprendidas en el mandato del Grupo Especial debido a la inclusión de las expresiones 'medidas conexas o medidas de aplicación' en la solicitud de establecimiento del grupo especial. El Grupo Especial volverá a ocuparse de esta cuestión en el curso del presente procedimiento en caso de que se plantee una impugnación pertinente".¹¹⁵

5.20. Cuba aduce que otra razón para esperar hasta que presente alegaciones respecto de las "medidas conexas" es que Australia no puede obtener la reparación que actualmente pide al Grupo Especial. Cuba sostiene que el mandato del Grupo Especial lo estableció el OSD en su reunión del 25 de abril, y que incorpora la descripción de las medidas que figuran en la solicitud de establecimiento de Cuba, de modo que Australia no puede obtener un mandato del Grupo Especial que modifique efectivamente esa descripción suprimiendo términos que figuran en dicha solicitud de establecimiento. Aduce que, en cambio, acepta la posibilidad de que en una etapa posterior el Grupo Especial se niegue a resolver alegaciones concretas planteadas por Cuba basándose en de que esas alegaciones se refieren a medidas que no se han descrito adecuadamente en su solicitud de establecimiento de un grupo especial.¹¹⁶

5.21. Cuba añade que ha identificado tres leyes y reglamentos concretos de Australia y ha descrito su contenido y únicamente intenta incluir otra categoría de medidas que son "conexas" con esas leyes y reglamentos identificados concretamente. "En la medida en que haya alguna duda verdadera sobre el alcance de la expresión 'medidas conexas'", Cuba confirma que no tratará de impugnar ninguna de las 12 medidas concretas de control del tabaco que Australia enumera en su solicitud de resolución preliminar.¹¹⁷

5.22. Si el Grupo Especial está decidido a resolver la objeción de Australia en esta etapa, Cuba presenta tres argumentos. Primero, sostiene que el argumento de Australia de que una enumeración no exhaustiva, indeterminada y abierta de medidas es inadmisibles no encuentra apoyo suficiente en la jurisprudencia. Cuba señala que Australia, como otros muchos Miembros de la OMC, ha utilizado esas enumeraciones indeterminadas, abiertas y no exhaustivas en sus anteriores solicitudes de establecimiento de un grupo especial. Considera inadecuado que Australia se base en las resoluciones de los Grupos Especiales en los asuntos *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano* y *China - Materias primas*. Cuba diferencia el primer caso porque el reclamante no identificó ni una sola ley o reglamento canadiense y ni siquiera concretó el contenido preciso de las leyes y reglamentos canadienses que estaba impugnando, lo que llevó al Grupo Especial a la conclusión de que había desplazado indebidamente la carga de identificarlos al Canadá.¹¹⁸ En relación con el asunto *China - Materias primas*, Cuba aduce que el Grupo Especial estuvo "enormemente influido" por "la amplitud de las medidas

¹¹⁴ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 36.

¹¹⁵ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 37 (donde se cita la resolución preliminar, *India - Productos agropecuarios*, párrafos 3.49 y 3.50).

¹¹⁶ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 38.

¹¹⁷ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 39.

¹¹⁸ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 41 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.10).

principales enumeradas" en litigio en ese asunto.¹¹⁹ Cuba diferencia el presente asunto basándose en que no hay una lista extensa de medidas principales en este caso y en que Cuba se refiere únicamente a tres instrumentos de la legislación australiana como medidas principales. Aduce que las decisiones adoptadas en *China - Materias primas* y en *CE - Determinadas cuestiones aduaneras* no se deberían aplicar en casos que no suponen listas "muy amplias" o "extensas" de medidas.¹²⁰

5.23. En segundo lugar, Cuba aduce que no hay ninguna diferencia importante entre una enumeración de "medidas de modificación" o "medidas de aplicación" (que Australia parece aceptar como legítima) y una enumeración de "medidas complementarias o adicionales" (que Australia mantiene que es ilegítima). Ambas suponen la enumeración de las medidas por categoría, de modo que las distintas medidas incluidas en la categoría no se concretan por su nombre. Cuba aduce que esto no ha impedido al Órgano de Apelación aceptar que las descripciones de medidas por categoría pueden cumplir lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.¹²¹

5.24. En tercer lugar, Cuba sostiene que no ha incluido una enumeración no exhaustiva de medidas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, sino que las medidas en litigio tienen que ser: 1) medidas conexas; 2) medidas de modificación; o 3) medidas de sustitución. La utilización del término "incluidas" después de la coma en la frase "cualesquiera medidas conexas adoptadas por Australia, incluidas las que apliquen, complementen o amplíen estas leyes y este reglamento, así como cualquier medida que los modifique o sustituya" no implica que esa frase abarque medidas que están fuera de una o más de las tres categorías de 1) "medidas conexas", 2) "medida que los modifique" y 3) "medida que los ... sustituya".

5.25. Cuba añade que Australia no explica cómo puede el Grupo Especial autorizar una reparación que le obligaría a modificar el mandato que ha establecido el OSD. Señala también que Australia no intenta explicar por qué se opone a las "medidas complementarias o adicionales", pero no a las "medidas de modificación" ni a las "medidas de aplicación". Sostiene también que Australia no intenta justificar su afirmación de que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba incluye una lista no exhaustiva de medidas.¹²²

5.2 Principales argumentos de los terceros

5.26. La **Argentina** considera que, leyendo en su conjunto la solicitud de establecimiento de un grupo especial y teniendo en cuenta el contexto del párrafo en cuestión, del texto del párrafo impugnado se desprende con claridad que las medidas complementarias o adicionales de que se trata están relacionadas directamente con la legislación de empaquetado genérico de Australia. Afirma que entre esas medidas conexas están las medidas que se han incluido, ya se trate de medidas que complementen o amplíen esas leyes y reglamento. La Argentina sostiene que el texto de la solicitud de Cuba se refiere a las medidas que constituyen la legislación de empaquetado genérico y no a algún otro tipo de medida sin otra relación que una referencia al tabaco o a la salud.¹²³ Considera que los términos en cuestión "están incluidos en alegaciones, y que a su vez esas alegaciones se presentan conjuntamente y bajo el mismo epígrafe: medidas de empaquetado genérico del tabaco, razón por la cual opina que las medidas se presentan de forma clara y

¹¹⁹ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 41 (donde se hace referencia a la resolución preliminar, *India - Productos agropecuarios*, párrafo 3.47; y a los informes de los Grupos Especiales, *China - Materias primas*, párrafos 2.3-2.5; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 7.30).

¹²⁰ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 41 (donde se hace referencia a la resolución preliminar, *India - Productos agropecuarios*, párrafos 3.46-3.48).

¹²¹ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 42 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafo 7.27; y a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 140; y *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafos 134-144).

¹²² Nuevas observaciones de Cuba sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 24.

¹²³ Observaciones de la Argentina en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 9-15.

específica y que el alcance de la reclamación es por tanto preciso".¹²⁴ La Argentina aduce por tanto que no es preciso realizar los cambios que solicita Australia.¹²⁵

5.27. La **República Dominicana** considera que el Grupo Especial debería rechazar la solicitud de Australia por las mismas razones que dio en respuesta a la solicitud similar de Australia en relación con su propia reclamación.¹²⁶

5.28. **Guatemala** observa que los "correclamantes" se refieren constantemente a las medidas impugnadas como "medidas de empaquetado genérico" y que las palabras "incluidas", "complementen" y "amplíen" parecen limitarse a la referencia a las medidas de empaquetado genérico.¹²⁷ Añade que no hay nada en el texto de la solicitud de establecimiento que parezca respaldar la tesis de que "hay incertidumbre acerca de la identidad, el número y el contenido de las leyes y reglamentos impugnados". Afirma que "al parecer el problema fundamental respecto de las objeciones de Australia consiste en que se solicita que el Grupo Especial formule una determinación en abstracto", y en que se aduce que las circunstancias que existían en la diferencia *India - Productos agropecuarios* podrían "extrapolarse" a las circunstancias de estos asuntos. Por último, Guatemala manifiesta su acuerdo con Cuba en que Australia no puede obtener un mandato del Grupo Especial que modifique efectivamente la solicitud de establecimiento suprimiendo partes de su texto, ya que la solicitud de establecimiento no puede ser modificada una vez que se ha establecido el grupo especial.¹²⁸

5.29. **Honduras** aduce que no hay ninguna base en el texto de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba para que Australia alegue que no está claro cuáles de sus medidas actuales o futuras de control del tabaco tiene que defender además de la medida de empaquetado genérico. Añade que las medidas adicionales enumeradas en la solicitud de Australia claramente no serían "medidas de empaquetado genérico" y no serían consideradas medidas "conexas" a los tres instrumentos jurídicos concretos, que regulan todos ellos el empaquetado de los productos de tabaco.¹²⁹

5.30. Honduras aduce que la objeción de Australia a la utilización del término "incluidas" carece de fundamento porque la descripción narrativa de la medida, junto con la identificación de tres instrumentos jurídicos concretos y la subcategoría residual de medidas "conexas", identifican con suficiente precisión las medidas en litigio como medidas de empaquetado genérico. A juicio de Honduras, la enumeración de ejemplos concretos dentro de esa subcategoría residual de medidas "conexas" (mediante el uso del término "incluidas") lógicamente no puede crear una inadmisibles lista abierta de medidas.¹³⁰ Además, aduce que la objeción de Australia al uso de los términos "complementen" y "amplíen" también es infundada ya que esos términos "textualmente deben referirse a las medidas que están relacionadas con las medidas de empaquetado genérico".¹³¹

5.31. Honduras añade que cláusulas residuales del tipo que utiliza Cuba son "un medio importante mediante el cual los reclamantes preservan su derecho a mantener dentro del mandato del grupo especial medidas futuras que no modifican la esencia de las medidas vigentes".¹³²

5.32. Honduras también considera que la solicitud de Australia es prematura y que por tanto no es necesario que el Grupo Especial examine las preocupaciones de Australia en este momento.

¹²⁴ Observaciones de la Argentina en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 22.

¹²⁵ Observaciones de la Argentina en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 24.

¹²⁶ Observaciones de la República Dominicana en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 4.

¹²⁷ Observaciones de Guatemala en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 2.8.

¹²⁸ Observaciones de Guatemala en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 2.1-2.13.

¹²⁹ Observaciones de Honduras en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 5-13.

¹³⁰ Observaciones de Honduras en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 14-17.

¹³¹ Observaciones de Honduras en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 19.

¹³² Observaciones de Honduras en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 20 y 21.

Concretamente, no hay pruebas de que el reclamante esté planeando impugnar una medida que no esté "dentro del ámbito" de su solicitud de establecimiento de un grupo especial y por tanto Honduras mantiene que las circunstancias actuales son las mismas que en la diferencia *India - Productos agropecuarios*. Por consiguiente, sería más prudente que el Grupo Especial volviera a ocuparse de esta cuestión si los reclamantes intentan incluir en su mandato medidas que no sean "conexas", o no "complementen" o "amplíen" las medidas de empaquetado genérico.¹³³

5.33. **Indonesia** aduce que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, cuando se lee en su contexto, permite claramente al Grupo Especial examinar únicamente medidas de empaquetado genérico que no están enumeradas específicamente en las solicitudes de establecimiento.¹³⁴ Concretamente, las palabras "incluidas", "complementen" y "amplíen" están claramente limitadas para referirse únicamente a medidas de empaquetado genérico y están además limitadas por la expresión "medidas conexas" y la descripción de su función como medidas que "[e]stablecen una reglamentación exhaustiva del aspecto y la forma del empaquetado de los productos de tabaco destinados al comercio minorista".¹³⁵ Indonesia añade que las circunstancias concomitantes en este caso confirman el alcance previsto de esta diferencia. Se remite a su declaración, y a las de los "correclamantes", en el OSD, el Consejo de los ADPIC y el Comité OTC, en las que se centraron en las prescripciones de empaquetado genérico de Australia y no en algún otro aspecto de su régimen de control del tabaco.¹³⁶

5.34. Indonesia sostiene que los términos impugnados no perjudican los intereses de Australia y que su objeción se plantearía más acertadamente en respuesta a la identificación por las partes de una medida concreta que ella considere que está comprendida en el ámbito de los términos impugnados.¹³⁷ Indonesia equipara este caso a las circunstancias existentes en *India - Productos agropecuarios*, de modo de que hasta que en este caso haya comenzado la presentación de comunicaciones escritas, es "prematureo y de hecho innecesario" que el Grupo Especial se pronuncie sobre la solicitud de Australia.¹³⁸

5.35. Indonesia aduce también que estos términos son necesarios para proteger los derechos de las partes en caso de que Australia adopte medidas estrechamente relacionadas con las medidas de empaquetado genérico enumeradas en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial o modifique la naturaleza de las medidas vigentes de empaquetado genérico (por ejemplo, retirando y volviendo a promulgar medidas de forma ligeramente diferente) en el procedimiento del Grupo Especial. Afirma que como las medidas que entran en vigor en el curso de las actuaciones del Grupo Especial únicamente se pueden impugnar si la solicitud de establecimiento es lo suficientemente amplia para permitirlo, "los derechos procedimentales de Indonesia se podría ver menoscabados si los términos impugnados se suprimen de su solicitud de establecimiento".¹³⁹

5.36. A juicio de **México**, la objeción de Australia respecto de los términos "incluidas las que", "complementen" y "amplíen" se puede resolver en una etapa posterior del procedimiento. Considera que en el presente asunto se podría adoptar el mismo enfoque que adoptó el Grupo Especial en el asunto *India - Productos agropecuarios*, que determinó que era prematureo e innecesario formular una determinación, en abstracto, en una etapa preliminar acerca de qué medidas estaban comprendidas en el mandato del Grupo Especial. México añade que el Grupo

¹³³ Observaciones de Honduras en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 22-24.

¹³⁴ Observaciones de Indonesia en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 7.

¹³⁵ Observaciones de Indonesia en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 10.

¹³⁶ Observaciones de Indonesia en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 11-14.

¹³⁷ Observaciones de Indonesia en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 15.

¹³⁸ Observaciones de Indonesia en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 15-19.

¹³⁹ Observaciones de Indonesia en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 20-23.

Especial se podría pronunciar, a medida que el asunto avance y sobre la base del mandato, sobre qué medidas concretas están incluidas en el mandato.¹⁴⁰

5.3 Análisis realizado por el Grupo Especial

5.37. Como se describe *supra*, la cuestión que se nos plantea es si la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba es compatible con la prescripción establecida en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD de identificar las medidas concretas en litigio. En particular, Australia impugna la utilización de los términos "incluidas" y "complementen o amplíen" en la solicitud de establecimiento presentada por Cuba:

cualesquiera medidas conexas adoptadas por Australia, *incluidas* las que apliquen, *complementen o amplíen* estas leyes y este reglamento, así como cualquier medida que los modifique o sustituya. (sin cursivas y sin subrayar en el original)

5.38. Australia sostiene que "la utilización del término 'incluidas', que define las 'medidas conexas' de forma no exhaustiva", y "el intento de incluir medidas no especificadas que 'complementen o amplíen' las identificadas expresamente en la solicitud de establecimiento" indican que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba no se concretan las medidas en litigio.¹⁴¹ A su vez, Cuba sostiene que la objeción de Australia no debería resolverse de forma abstracta en esta etapa inicial del procedimiento.¹⁴² Aduce también que el argumento de Australia no está respaldado por la jurisprudencia¹⁴³, que no hay ninguna diferencia importante entre "medidas de modificación" o "medidas de aplicación"¹⁴⁴ y "medidas complementarias o adicionales" y que la descripción que hace Cuba de las medidas es "exhaustiva".¹⁴⁵

5.39. Examinaremos en primer lugar las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 respecto de la identificación de las medidas en litigio antes de proceder a examinar, a la luz de estas prescripciones, la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba.

5.3.1 Las prescripciones de "identificar las medidas concretas en litigio"

5.40. El párrafo 2 del artículo 6 del ESD dispone lo siguiente:

Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad.

5.41. Como ha descrito el Órgano de Apelación, el párrafo 2 del artículo 6 contiene dos prescripciones bien definidas, a saber: 1) la identificación de las medidas concretas en litigio y 2) la presentación de una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación (o alegaciones).¹⁴⁶ En conjunto, esos elementos constituyen el "asunto sometido al OSD", que constituye la base del mandato de un grupo especial a tenor del párrafo 1 del artículo 7 del ESD.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Observaciones de México en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 27 y 28.

¹⁴¹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 36.

¹⁴² Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial, párrafo 36.

¹⁴³ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial, párrafo 41.

¹⁴⁴ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial, párrafo 42.

¹⁴⁵ Respuesta de Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial, párrafo 43.

¹⁴⁶ Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 219; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 639.

¹⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 4.6 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 639 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafos 72 y 73; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 125; *Estados Unidos - Continuación*

5.42. El párrafo 2 del artículo 6 desempeña la función de establecer y delimitar la competencia del grupo especial.¹⁴⁸ Desempeña una "función cardinal" en el sistema de solución de diferencias de la OMC¹⁴⁹ en el sentido de que, en la medida en que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial no se identifiquen "las medidas concretas en litigio" y/o no se "ha[ga] una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación", esas medidas y/o alegaciones no están comprendidas en el mandato del grupo especial y éste no tendría competencia para formular constataciones respecto de ellas.¹⁵⁰

5.43. Además, al establecer y definir la competencia del grupo especial, la solicitud de establecimiento de un grupo especial cumple el objetivo del debido proceso de proporcionar información al demandado y a los terceros con respecto a la naturaleza de los argumentos del reclamante¹⁵¹ con miras a darles la oportunidad de responder en consecuencia.¹⁵²

5.44. El Órgano de Apelación ha resumido recientemente la forma en que los grupos especiales deben determinar si una solicitud de establecimiento cumple las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6. Concretamente, el Órgano de Apelación ha declarado lo siguiente:

[U]n grupo especial debe determinar la conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 "'a la luz' de la solicitud de establecimiento"¹⁵³ en la forma que tenía en el momento en que se presentó. Por tanto, las comunicaciones y declaraciones de las partes durante las actuaciones del Grupo Especial no pueden "subsanan" los defectos de la solicitud de establecimiento de un grupo especial.¹⁵⁴ No obstante, esas comunicaciones y declaraciones posteriores pueden consultarse en la medida en que puedan confirmar o aclarar el sentido de los términos empleados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial.¹⁵⁵ En cualquier caso, la determinación de la conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 debe hacerse caso por caso, teniendo en cuenta el contexto específico en el que existan y se apliquen las medidas.¹⁵⁶ Esta determinación deberá hacerse de forma objetiva, de modo que las circunstancias tenidas en cuenta no abarquen las que son pertinentes sólo para una parte en las actuaciones del grupo especial.¹⁵⁷

5.45. La prescripción de identificar las medidas concretas en litigio sirve para definir el "objeto de la impugnación" o, más exactamente, "la medida que supuestamente es causa de la infracción de

de la reducción a cero, párrafo 160; *Estados Unidos - Reducción a cero (Japón)* (párrafo 5 del artículo 21 - *Japón*), párrafo 107; y *Australia - Manzanas*, párrafo 416)).

¹⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 4.6 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Coco desecado*, página 25; *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 161; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 640).

¹⁴⁹ Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 219.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 161 ("[C]omo el mandato [de] los grupos especiales lo establecen las alegaciones planteadas en las solicitudes de establecimiento, las condiciones del párrafo 2 del artículo 6 sirven para definir la competencia de un grupo especial.").

¹⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 4.7 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Coco desecado*, página 25; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 126; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 640).

¹⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 4.7 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Coco desecado*, página 25; *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 164; y *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 161).

¹⁵³ (*nota del original*) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 161 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127).

¹⁵⁴ (*nota del original*) Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 787 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 143; y *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127).

¹⁵⁵ (*nota del original*) Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127.

¹⁵⁶ (*nota del original*) Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 641.

¹⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 4.9.

una obligación establecida en un acuerdo abarcado".¹⁵⁸ El Órgano de Apelación ha observado que "la identificación precisa de las medidas concretas al principio es fundamental para definir el alcance de la diferencia que debe examinar un grupo especial".¹⁵⁹ También sirve para garantizar que el demandado pueda defenderse:

La palabra "concretas" que figura en el párrafo 2 del artículo 6 establece, por lo que respecta a la identificación de las medidas, un requisito de concreción que responde al objetivo de notificar a las partes y los terceros la medida o medidas que constituyen el objeto de la reclamación conforme a las debidas garantías de procedimiento.¹⁶⁰

5.46. La cuestión de si una solicitud de establecimiento de un grupo especial cumple o no esta prescripción debe evaluarse "sobre la base de los fundamentos de cada caso, examinando el conjunto de la solicitud de establecimiento del Grupo Especial y a la luz de las circunstancias respectivas".¹⁶¹ Por lo tanto, el Grupo Especial debe "examinar minuciosamente la solicitud de establecimiento de un grupo especial, leída en su conjunto, y sobre la base del texto empleado".¹⁶² Además, "el hecho de que en la solicitud se identifiquen o no las 'medidas concretas en litigio' puede depender del contexto específico en el que se apliquen esas medidas y puede requerir examinar el grado en que las medidas son susceptibles de identificarse de manera precisa".¹⁶³

5.47. Teniendo en cuenta la naturaleza de la solicitud de Australia, examinaremos cómo se aplica esta prescripción en relación con solicitudes de establecimiento de un grupo especial que definen las medidas en litigio en parte sin nombrarlas (es decir, de una forma que no sea enumerar concretamente las medidas en litigio, como por ejemplo refiriéndose a medidas "conexas", medidas "de aplicación" o medidas "de modificación". Señalamos que esas referencias no son infrecuentes en las solicitudes de establecimiento y han sido impugnadas en diferencias anteriores.

5.48. Por ejemplo, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial en la diferencia *CE - Banano III* se hacía referencia al Reglamento 404/93 de las CE y a la "legislación, reglamentos y medidas administrativas posteriores, incluyendo aquellas que se derivan de las disposiciones del Acuerdo Marco sobre Bananos, que *aplican, complementan y enmiendan* dicho régimen".¹⁶⁴ El Grupo Especial consideró que el "régimen de los plátanos" impugnado por los reclamantes estaba "adecuadamente identificado", aunque "la legislación, los reglamentos y las medidas administrativas posteriores de la CE que perfeccionaron y aplicaron el reglamento básico" no fueron identificados. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo en que en la solicitud se "identifica[ban] las medidas concretas en litigio de forma suficiente para cumplir las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD".¹⁶⁵ A nuestro juicio esto indica que las referencias generales a medidas sin identificar como, en ese caso, medidas que "aplican, complementan y enmiendan" una medida principal identificada explícitamente en la solicitud de establecimiento pueden cumplir la prescripción de especificidad del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

5.49. Señalamos también que, en cambio, en algunos casos se ha constatado que referencias generales similares eran insuficientes para cumplir la prescripción de especificidad del párrafo 2 del artículo 6. Por ejemplo, en el asunto *CE - Determinadas cuestiones aduaneras* el Órgano de Apelación constató que la frase "medidas de aplicación y demás medidas conexas" era "vaga y no permite identificar los instrumentos concretos que tiene por objeto abarcar", de modo que no

¹⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 4.12 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 130).

¹⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Trozos de pollo*, párrafo 155.

¹⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 152.

¹⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafos 124-127; informe del Grupo Especial, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.10, apartado 14.

¹⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 562 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafos 164 y 169; *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 161; *Estados Unidos - Reducción a cero (Japón)* (párrafo 5 del artículo 21 - Japón), párrafo 108).

¹⁶³ Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 220 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 641).

¹⁶⁴ WT/DS27/6. (sin cursivas en el original)

¹⁶⁵ Informes del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafo 7.27; e informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 140.

"identific[ó] las medidas concretas en litigio", como exige el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.¹⁶⁶ En el asunto *China - Materias primas*, el Grupo Especial resolvió igualmente que la expresión "medidas conexas" era demasiado amplia y no permitía a China conocer claramente qué medidas concretas se estaban impugnando.¹⁶⁷ Como observó el Grupo Especial en el asunto *India - Productos agropecuarios*, el amplio alcance de las medidas enumeradas en esas dos diferencias parece haber contribuido a la conclusión de que los términos en cuestión no eran suficientemente precisos, en el contexto de esas diferencias, para cumplir la prescripción de especificidad del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.¹⁶⁸

5.50. En conjunto, estas resoluciones nos dan a entender que una referencia a medidas no identificadas como las que se indican *supra* no es en sí misma incompatible con la prescripción de especificidad del párrafo 2 del artículo 6. En particular, como ha señalado Australia, ese enfoque puede permitir al reclamante preservar su derecho a las debidas garantías de procedimiento¹⁶⁹ y con ello contribuir a que se pueda lograr una solución positiva para la diferencia.¹⁷⁰ Esos términos pueden servir en especial para proteger los intereses del reclamante respecto de medidas pertinentes que todavía no existen cuando se presenta la solicitud de establecimiento de un grupo especial.¹⁷¹ No obstante, el que una referencia así cumpla las prescripciones de especificidad del párrafo 2 del artículo 6 dependerá en gran medida de las circunstancias del caso. Como ocurre con cualquier evaluación en relación con este elemento del párrafo 2 del artículo 6, la constatación de si esos términos son compatibles con la prescripción de especificidad establecida en esa disposición debe basarse en cada caso, como se indica *supra*, en un examen del conjunto de la solicitud de establecimiento y de las circunstancias concomitantes.¹⁷²

5.51. A este respecto, destacamos las siguientes observaciones que hizo el Grupo Especial en el asunto *Japón - Películas*:

Parece evidente que para que una 'medida' no descrita expresamente en la solicitud esté comprendida en los términos del párrafo 2 del artículo 6 es imprescindible que dicha 'medida' tenga una relación clara con otra descrita expresamente en la solicitud, de forma que quepa decir que está 'incluida' en la 'medida' especificada. A nuestro parecer, las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 se cumplirían en el caso de una 'medida' subsidiaria de una 'medida' identificada expresamente, o que tuviera una relación tan estrecha con ella que pudiera considerarse razonablemente que la parte

¹⁶⁶ En esa diferencia los Estados Unidos habían impugnado el Código Aduanero Comunitario, el reglamento de aplicación de ese Código, el reglamento relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común y el Arancel integrado de las Comunidades Europeas, así como "medidas de aplicación y demás medidas conexas". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafos 2 y 152, nota 369.

¹⁶⁷ Informes del Grupo Especial, *China - Materias primas*, anexo F-1, párrafo 17.

¹⁶⁸ Resolución preliminar, *India - Productos agropecuarios*, párrafos 3.45-3.47.

¹⁶⁹ Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 28.

¹⁷⁰ Señalamos a este respecto la determinación del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Trozos de pollo* según la cual dos medidas ulteriores invocadas por los reclamantes en el curso del procedimiento no quedaron comprendidas en su mandato, basándose en su determinación de que las respectivas solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por el Brasil y Tailandia estaban "redactadas en términos mucho más limitados" que las solicitudes de establecimiento "redactad[a]s en términos lo suficientemente amplios" que fueron objeto de litigio en casos anteriores en los que los grupos especiales habían constatado que medidas no identificadas concretamente en las solicitudes estaban no obstante comprendidas en sus mandatos. (Véanse los informes de los Grupos Especiales, *CE - Trozos de pollo (Brasil)*, párrafos 7.20-7.32; y *CE - Trozos de pollo (Tailandia)*, párrafos 7.20-7.32.) En apelación, el Órgano de Apelación no estuvo convencido de que las medidas ulteriores en cuestión pudieran ser consideradas enmiendas de las dos medidas iniciales como se había sostenido ni de que las dos series de medidas fueran, en esencia, las mismas. También señaló que el objetivo de lograr una solución positiva y eficaz de las diferencias "no se puede perseguir a expensas del cumplimiento de los requisitos y obligaciones específicos del párrafo 2 del artículo 6". (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Trozos de pollo*, párrafos 157, 158 y 161.)

¹⁷¹ Véase por ejemplo el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafos 137 y 138.

¹⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127. Véanse también informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafos 124-127; e informe del Grupo Especial, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.10, apartado 14.

demandada había tenido suficiente conocimiento del alcance de las reclamaciones formuladas por la parte reclamante.¹⁷³

5.52. Ese Grupo Especial también subrayó que los dos elementos -relación estrecha y conocimiento- están interrelacionados, de modo que "sólo podrá tenerse suficiente aviso de una 'medida' si ésta es subsidiaria de otra 'medida' identificada expresamente o guarda una estrecha relación con ella".¹⁷⁴

5.53. Al igual que ese Grupo Especial, somos conscientes de la función que tiene la solicitud de establecimiento de un grupo especial para cumplir objetivos del debido proceso para ambas partes. El debido proceso es un principio fundamental del sistema de solución de diferencias de la OMC¹⁷⁵, que informa varias disposiciones del ESD.¹⁷⁶ Según lo entendemos, las prescripciones de debido proceso implican, en este contexto, que el reclamante pueda definir el alcance de su reclamación para lograr una solución positiva de la diferencia¹⁷⁷ y que en la solicitud de establecimiento del grupo especial se identifiquen la medida o medidas en litigio con tal especificidad que todas las partes y los terceros tengan conocimiento suficiente de la naturaleza de los argumentos del reclamante.¹⁷⁸

5.54. Señalamos además que estas prescripciones de debido proceso se siguen manifestando en el curso de las actuaciones del grupo especial. Mencionamos a este respecto las observaciones que hizo el Órgano de Apelación en *Chile - Sistema de bandas de precios*:

[E]n términos generales, la exigencia de las debidas garantías procesales es tal que una parte reclamante no debería tener que ajustar sus alegaciones en el curso del procedimiento de solución de diferencias para hacer frente al contenido variable de una medida en litigio. Si el mandato en una diferencia es lo suficientemente amplio para incluir modificaciones a una medida ... *y es necesario considerar una modificación para hallar una solución positiva a la diferencia* ... es conveniente examinar la medida

¹⁷³ Informe del Grupo Especial, *Japón - Películas*, párrafo 10.8. Señalamos que grupos especiales posteriores se han referido a este criterio al evaluar la cuestión de si determinadas medidas no identificadas expresamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial estaban no obstante incluidas en su mandato. Por ejemplo, el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Acero al carbono* se remitió al Grupo Especial que examinó la diferencia *Japón - Películas* y llegó a la conclusión que una medida no identificada en la solicitud de establecimiento del grupo especial no era una medida subsidiaria, ni tenía una relación tan estrecha con alguna de las medidas identificadas concretamente que se pudiera considerar razonablemente que la parte demandada había tenido suficiente conocimiento de las alegaciones formuladas por la parte reclamante. (Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 8.11.) El Grupo Especial encargado del asunto *Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)* también consideró la cuestión de si medidas no identificadas expresamente en la solicitud de establecimiento "estaban tan estrechamente relacionadas" con las medidas identificadas en la solicitud "que es posible constatar razonablemente que [el demandado] está suficientemente informad[o]" del alcance de las alegaciones del reclamante. (Véase el informe del Grupo Especial, *Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 7.10, apartado 27.)

¹⁷⁴ Informe del Grupo Especial, *Japón - Películas*, párrafo 10.8.

¹⁷⁵ El Órgano de Apelación ha sostenido que "la protección de las debidas garantías procesales es una característica esencial de un sistema resolutorio basado en normas como el establecido en el ESD", y que la prescripción de las "debidas garantías procesales es fundamental para asegurar la sustanciación equitativa y regular del procedimiento de solución de diferencias". (Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión/Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 433; y *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 88, respectivamente. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 176.)

¹⁷⁶ Véase el informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 107. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 94; y *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 176.

¹⁷⁷ Como ha dicho el Órgano de Apelación, "el debido proceso ... puede requerir que el grupo especial tenga en cuenta debidamente la necesidad de salvaguardar ... el derecho de la parte perjudicada a recurrir a un procedimiento resolutorio en el que pueda tratar de obtener reparación oportunamente, y la necesidad de que se ponga fin al procedimiento". (Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 150.)

¹⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 4.7 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Coco desecado*, página 25; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 126; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 640).

modificada para llegar a una decisión con respecto a dicha diferencia.¹⁷⁹ (sin cursivas en el original)

5.55. Para determinar si se podía considerar que una determinada modificación identificada en el curso del procedimiento del Grupo Especial se había sometido debidamente a éste en ese asunto, el Órgano de Apelación consideró no sólo los términos de la solicitud de establecimiento, que incluía una referencia general, entre otras, a "disposiciones complementarias y/o modificatorias", sino también el hecho de que la modificación en cuestión no cambió la "esencia" de la medida en litigio inicial.¹⁸⁰ Señalamos que en el asunto *China - Materias primas* el Grupo Especial consideró que el mismo criterio era aplicable respecto de las "medidas sustitutivas".¹⁸¹

5.56. Así pues, incluso cuando el texto de una solicitud de establecimiento de un grupo especial es, por la forma en que está redactado, lo suficientemente amplio para abarcar determinados instrumentos adicionales no identificados por su nombre en la solicitud, eso no constituiría un fundamento para que el reclamante amplíe el alcance de la diferencia o modifique su esencia invocando esos instrumentos en el curso de las actuaciones del grupo especial. A nuestro juicio, esto es compatible con el hecho de que es la solicitud de establecimiento de un grupo especial la que determina el alcance de la diferencia sometida al Grupo Especial y con la función que tiene a este respecto la solicitud de establecimiento en lo que concierne a los objetivos del debido proceso.

5.57. Teniendo presentes estos elementos, pasamos a examinar la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba para determinar si en ella se identifican suficientemente las "medidas concretas en litigio" de forma compatible con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

5.4 La cuestión de si en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba se identifican las medidas concretas en litigio

5.58. Como se describe *supra*, Australia impugna algunos de los términos que utiliza Cuba en su solicitud de establecimiento de un grupo especial para identificar las medidas en litigio en su reclamación.

5.59. Para determinar si esos términos cumplen las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 debemos "examinar minuciosamente la solicitud de establecimiento de un grupo especial, leída en su conjunto, y sobre la base del texto empleado".¹⁸² Por consiguiente, empezamos nuestro análisis con un examen de los términos de la solicitud de establecimiento presentada por Cuba.

5.60. La sección A de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba se titula "Medidas en litigio" y en ella se indica lo siguiente:

¹⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 144.

¹⁸⁰ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafos 139-144. En ese asunto en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se identificaban una ley principal y modificaciones vigentes, "así como las normas reglamentarias y demás disposiciones complementarias y/o modificatorias". En el curso del procedimiento se examinó una modificación, que añadía un párrafo a la ley principal, y establecía el arancel *ad valorem* máximo que se podía aplicar (que en todo caso se desprendía claramente de las consolidaciones arancelarias de Chile). El Órgano de Apelación consideró que la medida no era diferente, en esencia, como consecuencia de la modificación. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafos 137-139.)

¹⁸¹ El Grupo Especial encargado del asunto *China - Materias primas* consideró que este criterio también debería aplicarse a "medidas sustitutivas que tengan la misma esencia de las medidas iniciales específicamente identificadas en la solicitud de establecimiento del [g]rupo [e]special" porque "[l]a justificación del Órgano de Apelación para incluir modificaciones que tengan la misma esencia es igualmente aplicable a las medidas sustitutivas, de manera que las medidas sustitutivas que tengan la misma esencia también deben ser evaluadas por un grupo especial a fin de hallar una solución positiva a la diferencia". Informes del Grupo Especial, *China - Materias primas*, párrafo 7.16. De manera similar, el Grupo Especial encargado del asunto *China - Publicaciones y productos audiovisuales* analizó la cuestión de si se podía considerar que China tenía conocimiento suficiente de una medida concreta, tomando como base el texto de la solicitud de establecimiento de un grupo especial considerada en su conjunto, pese a que en ella se incluía una referencia general a "cualquier modificación, medida conexa o medida de aplicación". (Informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.60, nota 105.)

¹⁸² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 562.

Las medidas en litigio (denominadas en conjunto "medidas sobre empaquetado genérico") son las siguientes:

- la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011, Ley N° 148 de 2011, "Ley para desincentivar el consumo de productos de tabaco y para lograr objetivos conexos";
- el Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2011 (Selección de Instrumentos Legislativos de 2011, N° 263), modificado por el Reglamento modificatorio relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2012 (N° 1) (Selección de Instrumentos Legislativos de 2012, N° 29) ("el Reglamento");
- la Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio (empaquetado genérico del tabaco) de 2011, Ley N° 149 de 2011, "Ley por la que se modifica la Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995 y se persiguen objetivos conexos"; y
- cualesquiera medidas conexas adoptadas por Australia, incluidas las que apliquen, complementen o amplíen estas leyes y este reglamento, así como cualquier medida que los modifique o sustituya.¹⁸³

5.61. En la solicitud de establecimiento se dice a continuación que "[l]as medidas sobre empaquetado genérico regulan el aspecto y la forma del empaquetado utilizado en relación con la venta al por menor de cigarros (puros), cigarrillos y otros productos del tabaco. También regulan el aspecto y la forma de los propios productos del tabaco".¹⁸⁴ Seguidamente en la solicitud de establecimiento se expone con detalle la forma en que las medidas indicadas regulan los productos enumerados.¹⁸⁵

5.62. La impugnación de Australia se centra en el cuarto "punto" de la enumeración que hace Cuba de las medidas en litigio. En concreto, Australia impugna la utilización de los términos "incluidas" y "complementen o amplíen" en ese contexto, basándose en que son "indeterminados"¹⁸⁶ y pueden abarcar una amplia gama de medidas relativas al control del tabaco, como campañas de educación pública o el listado de terapias de sustitución de la nicotina. Australia sostiene que "la incertidumbre acerca del alcance de las medidas conexas surge debido al contexto particular en que existe y se aplica la medida de empaquetado genérico de Australia, es decir, como parte de una amplia gama de medidas complementarias de control del tabaco".¹⁸⁷

5.63. Observamos en primer lugar que cada uno de los términos impugnados por Australia se utiliza para describir ejemplos de medidas "conexas". La propia expresión "medidas conexas" debe interpretarse teniendo en cuenta el contexto de la enumeración que la precede en los tres primeros "puntos" en que se enumeran las medidas en litigio. Por lo tanto, para comprender correctamente los términos en cuestión como parte de la solicitud de establecimiento "en su conjunto" debemos examinarlos como se utilizan en este contexto concreto.

5.64. Como se describe *supra*, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba se identifican en conjunto las medidas en litigio como "las 'medidas sobre empaquetado genérico'". A continuación se expone con detalle esta categoría de medidas de tres formas distintas. En primer lugar, se enumeran tres leyes y reglamentos concretos (es decir, la *Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011*, el Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2011 y la Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio (empaquetado genérico del tabaco) de 2011). Estas disposiciones se pueden describir como las medidas "principales" identificadas en esta diferencia. En segundo lugar, inmediatamente después de esta enumeración, se indica también que las medidas de empaquetado genérico son también "cualquiera medidas conexas ..., incluidas las que apliquen, complementen o amplíen estas leyes

¹⁸³ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, páginas 1 y 2.

¹⁸⁴ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, página 2.

¹⁸⁵ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, página 2.

¹⁸⁶ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 57.

¹⁸⁷ Observaciones de Australia sobre las respuestas presentadas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 29.

y este reglamento, así como cualquier medida que los modifique o sustituya". Por último, en la solicitud de establecimiento se presenta una descripción que define más detenidamente "las medidas sobre empaquetado genérico" como medidas que "regulan el aspecto y la forma del empaquetado utilizado en relación con la venta al por menor de cigarros (puros), cigarrillos y otros productos del tabaco" y que "[t]ambién regulan el aspecto y la forma de los propios productos del tabaco".

5.65. Una lectura sencilla de estos términos indica que el término medidas "conexas", como se utiliza en este caso, se refiere necesariamente a las tres medidas principales enumeradas anteriormente, es decir, las tres medidas enumeradas de manera específica que se refieren al "empaquetado genérico del tabaco". Solamente las medidas relacionadas con estos tres instrumentos enumerados concretamente podrían por tanto estar comprendidas en el ámbito de la expresión medidas "conexas". El último elemento narrativo de la definición de "medidas sobre empaquetado genérico" aclara además que las medidas en litigio están definidas *únicamente* como medidas que regulan "el aspecto y la forma del empaquetado utilizado en relación con la venta al por menor de cigarros (puros), cigarrillos y otros productos del tabaco" o "el aspecto y la forma de los propios productos del tabaco". Consideramos que este elemento narrativo aclara y delimita aún más el alcance de las medidas comprendidas en el mandato del Grupo Especial, por cuanto, para estar incluidas en nuestro mandato, las medidas comprendidas en el ámbito de las tres medidas principales, o de las "medidas conexas ... incluidas las que ... complementen o amplíen" las medidas principales, también tendrían que regular el aspecto y la forma del "empaquetado utilizado en relación con la venta al por menor de cigarros (puros), cigarrillos y otros productos del tabaco" o de "los propios productos del tabaco".

5.66. En vista de estas limitaciones en cuanto alcance de las medidas abarcadas, no consideramos que el texto de la solicitud de establecimiento en relación con las "medidas conexas", y en particular con respecto a las medidas conexas que "amplíen" o "complementen" las medidas principales enumeradas, sea tan abierto como Australia ha señalado. Australia ha sostenido que Cuba, mediante el texto que figura en su solicitud de establecimiento, "intenta incluir una lista no exhaustiva y por tanto indeterminada" de "medidas conexas" en el mandato del Grupo Especial.¹⁸⁸ Concretamente, Australia ha identificado una serie de medidas de "control del tabaco" que a su juicio podrían estar comprendidas en el ámbito de los términos utilizados en la solicitud de establecimiento presentada por Cuba, entre las que figuran (por ejemplo), campañas de educación pública, el listado de terapias de sustitución de la nicotina y otras ayudas para dejar de fumar incluidas en el Plan de prestaciones farmacéuticas de Australia, o líneas telefónicas y otros servicios de ayuda para dejar de fumar.¹⁸⁹ A la luz de nuestra interpretación de los términos de la solicitud de establecimiento, y de los parámetros creados por los términos contenidos en ella, no nos parece evidente cómo esas medidas podrían estar incluidas en el ámbito de la solicitud de establecimiento y por tanto de nuestro mandato. Específicamente, no estamos convencidos de que exista esa indeterminación cuando los términos "incluidas" y "complementen o amplíen" se leen en el contexto del resto de la solicitud de establecimiento. Por consiguiente, consideramos que los términos "incluidas" y "complementen o amplíen" no amplían indebidamente el alcance de la diferencia de la forma que aduce Australia.

5.67. Recordando el análisis que hemos realizado en la sección 5.3.1 *supra*, observamos además que el texto que utiliza Cuba es similar al que emplearon los reclamantes en la diferencia *CE - Banano III*. Recordamos que en ese caso la solicitud de establecimiento del grupo especial se refería a un Reglamento concreto de las CE y a la "legislación, reglamentos y medidas administrativas posteriores, incluyendo aquellas que se derivan de las disposiciones del Acuerdo Marco sobre Bananos, que *aplican, complementan y enmiendan* dicho régimen".¹⁹⁰ A pesar de esas similitudes, somos conscientes de la obligación de que debemos "examinar minuciosamente la solicitud de establecimiento de un grupo especial, leída en su conjunto, y sobre la base del texto empleado".¹⁹¹ Teniendo esto presente, observamos el contexto más amplio en que estos términos figuraban en la solicitud de establecimiento presentada por los reclamantes en *CE - Banano III*. En particular, observamos que en la solicitud de establecimiento en esa diferencia se identificaba

¹⁸⁸ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 39.

¹⁸⁹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 47.

¹⁹⁰ WT/DS27/6. (sin cursivas en el original)

¹⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 562.

expresamente una medida impugnada y después se identificaban, mediante una descripción narrativa, medidas conexas no especificadas (es decir, "legislación, reglamentos y medidas administrativas posteriores, incluyendo aquellas que se derivan de las disposiciones del Acuerdo Marco sobre Bananos, que aplican, complementan y enmiendan dicho régimen").¹⁹²

5.68. Como se ha indicado, Cuba ha definido las medidas en litigio como las "medidas sobre empaquetado genérico", que define haciendo una referencia expresa a tres medidas (la Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011, el Reglamento relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2011, y la Ley modificatoria relativa a las marcas de fábrica o de comercio (empaquetado genérico del tabaco) de 2011). Además, también ha identificado las medidas en litigio haciendo referencia a su aplicación y efectos ("[l]as medidas sobre empaquetado genérico regulan el aspecto y la forma del empaquetado utilizado en relación con la venta al por menor de cigarros (puros), cigarrillos y otros productos del tabaco" y "[t]ambién regulan el aspecto y la forma de los propios productos del tabaco").¹⁹³ Consideramos que este enfoque es también similar al que adoptaron los reclamantes en *CE - Banano III*. En particular, consideramos que el alcance de las medidas principales está bien delimitado, de modo que la función limitadora que tienen los términos "complementen" y "amplíen" es similar a la del término "complementan" en el contexto de la diferencia *CE - Banano III*. Teniendo presente esta similitud, así como la que existe entre las propias expresiones "aplican, complementan y enmiendan" y "complementen o amplíen", no consideramos que haya ninguna diferencia importante entre los términos utilizados por Cuba en su solicitud de establecimiento y los que aprobaron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en *CE - Banano III*.¹⁹⁴ Esto nos reafirma en nuestra tesis de que estos términos son lo suficientemente específicos para cumplir lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

5.69. Señalamos el argumento de Australia de que las circunstancias de esta diferencia son análogas a las que existían en *China - Materias primas*, en la que los reclamantes se refirieron en sus solicitudes de establecimiento de un grupo especial a una serie de medidas precedidas por la frase "entre otras".¹⁹⁵ En su resolución preliminar, el Grupo Especial encargado de ese asunto constató que los reclamantes no podían incluir otras medidas distintas de las enumeradas en las solicitudes de establecimiento porque "[u]na 'lista abierta' de este tipo no contribuiría a la 'seguridad y previsibilidad' del sistema de solución de diferencias de la OMC que exige el párrafo 2 del artículo 3 del ESD".¹⁹⁶ Australia sostiene que el texto que utiliza Cuba es igualmente abierto y "no informa a Australia de las medidas objeto de impugnación y crea considerable incertidumbre acerca de la identidad, el número y el contenido de las medidas en litigio".¹⁹⁷

5.70. Como se ha analizado *supra*, el texto de la solicitud de establecimiento de Cuba establece parámetros que delimitan las medidas en litigio al hacer referencia a: i) la descripción narrativa de la expresión "medidas sobre empaquetado genérico"; ii) las tres medidas principales; y iii) la referencia a medidas "conexas" a esas medidas, que incluye las que "complementen" y "amplíen" esas medidas, que no cambian la esencia de la diferencia y de las que Australia ha sido informada. En cambio, la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada en el asunto *China - Materias primas* no incluía esos parámetros. No estamos convencidos de que la solicitud de establecimiento de Cuba, y los parámetros que contiene, den lugar a una lista análogamente "abierta". En particular, como se indica *supra*, no consideramos que estos términos, leídos en su contexto, den a entender que quedaría abarcada la amplia gama de "medidas generales de control del tabaco" que no están directamente relacionadas con el empaquetado genérico del tabaco, que constituyen el fundamento de la preocupación de Australia.

5.71. Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que los términos "incluidas", "complementen" y "amplíen", utilizados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por

¹⁹² WT/DS27/6.

¹⁹³ WT/DS458/14.

¹⁹⁴ Informe del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafo 7.27; e informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 140. Señalamos también la referencia comparable a "disposiciones complementarias y/o modificatorias" que se utilizó en la diferencia *Chile - Sistema de bandas de precios*. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 135.)

¹⁹⁵ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 40.

¹⁹⁶ Informes del Grupo Especial, *China - Materias primas*, anexo F-1, párrafo 12.

¹⁹⁷ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, párrafo 40.

Cuba, no son, por la forma en que están redactados, incompatibles con la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 de ESD de identificar las medidas concretas en litigio.

5.72. Al formular esta determinación no hacemos ninguna evaluación, en esta etapa de nuestra actuaciones, acerca de si cualquier medida concreta que Cuba pueda invocar en el curso de las presentes actuaciones como "conexa" a las medidas de empaquetado genérico descritas *supra*, incluidas las que puedan "ampliar o complementar" las medidas enumeradas, está o no comprendida en nuestro mandato.

5.73. Somos conscientes a este respecto de que "la identificación precisa de las medidas concretas al principio es fundamental para definir el alcance de la diferencia que debe examinar un grupo especial"¹⁹⁸ y recordamos la importante función que desempeña la solicitud de establecimiento en lo que respecta al debido proceso, como se analiza en los párrafos 5.53 a 5.56 *supra*. Destacamos la observación que hizo el Grupo Especial en el asunto *CE - Productos de tecnología de la información* de que consideraba que "la mera utilización, a modo de fórmula mágica, de la frase 'cualesquiera modificaciones o ampliaciones y cualesquiera medidas conexas o de aplicación' en la solicitud de establecimiento de un grupo especial no permite a los Miembros incluir medidas que claramente no estaban contempladas en dicha solicitud".¹⁹⁹ De modo similar, en las presentes actuaciones, la utilización de esos términos no constituiría un fundamento legítimo para que el reclamante intente ampliar o modificar de otro modo el alcance de la diferencia en el curso del procedimiento. Además, esperamos que cualquier invocación que se haga en el curso de las actuaciones de una medida no identificada por su nombre en la solicitud de establecimiento se haga en el momento oportuno.

5.74. Por último, tomamos nota de la confirmación de Cuba de que no tratará de impugnar "en ninguna etapa del presente procedimiento" ninguna de las 12 medidas concretas de control del tabaco que Australia enumera en su solicitud.²⁰⁰

5.75. Esta resolución preliminar se incorporará al informe del Grupo Especial como parte integrante del mismo, con sujeción a cualquier cambio o ampliación del razonamiento, ya sea en una resolución ulterior o en el informe del Grupo Especial, a la luz de las observaciones recibidas de las partes en el curso del procedimiento.

¹⁹⁸ Véase el párrafo 5.45 *supra*.

¹⁹⁹ Informe del Grupo Especial, *CE - Productos de tecnología de la información*, párrafo 7.140.

²⁰⁰ Respuesta de la Cuba a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial, párrafo 39.