

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS75/AB/R
WT/DS84/AB/R
18 de enero de 1999
(99-0100)

Original: inglés

COREA - IMPUESTOS A LAS BEBIDAS ALCOHÓLICAS

AB-1998-7

Informe del Órgano de Apelación

Índice

	<u>Página</u>
I. Introducción	1
II. Argumentos de los participantes y del tercer participante	3
A. Apelante: Corea	3
1. "Productos directamente competidores o sustituibles entre sí"	3
2. "De manera que proteja la producción nacional"	6
3. Aplicación del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994	7
4. Artículo 11 del ESD	14
5. Párrafo 7 del artículo 12 del ESD	14
B. Apelado: Comunidades Europeas	15
1. "Productos directamente competidores o sustituibles entre sí"	15
2. "De manera que se proteja la producción nacional"	17
3. Aplicación del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994	18
4. Artículo 11 del ESD	22
5. Párrafo 7 del artículo 12 del ESD	22
C. Apelado: Estados Unidos	22
1. "Productos directamente competidores o sustituibles entre sí"	22
2. "De manera que se proteja la producción nacional"	25
3. Aplicación del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994	26
4. Artículo 11 del ESD	26
5. Párrafo 7 del artículo 12 del ESD	27
D. México: Argumentos del tercer participante	28
1. "Productos directamente competidores o sustituibles entre sí"	28
2. "De manera que se proteja la producción nacional"	29
3. Aplicación del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994	29
III. Cuestiones planteadas en esta apelación	30
IV. Interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, del GATT de 1994	31
A. "Productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente"	32
1. Competencia potencial	34
2. Expectativas	39
3. Criterio de los "efectos comerciales"	40

	<u>Página</u>
4. Naturaleza de la competencia.....	41
5. Pruebas relativas al mercado japonés.....	42
6. Agrupación de los productos.....	43
B. "De manera que se proteja"	46
C. Asignación de la carga de la prueba	50
D. Artículo 11 del ESD.....	51
E. Párrafo 7 del artículo 12 del ESD	54
V. Constataciones y conclusiones.....	54

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN**Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas**

AB-1998-7

Apelante: Corea
Apelado: Comunidades Europeas
Apelado: Estados Unidos

Actuantes:

Matsushita, Presidente de la Sección
Ehlermann, Miembro
Feliciano, Miembro

Tercer participante: México

I. Introducción

1. Corea apela con respecto a determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas*.¹ El Grupo Especial fue establecido² por el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") a fin de examinar si dos leyes fiscales de Corea, a saber, la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas, de 1949 y la Ley del Impuesto de Educación, de 1982, ambas modificadas (las "medidas"), eran conformes a las disposiciones del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994. La Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas impone un impuesto *ad valorem* a todas las bebidas espirituosas destiladas. El tipo aplicado a ese gravamen depende de la categoría fiscal aplicable a una determinada bebida alcohólica (existen 11). La Ley del Impuesto de Educación estipula un recargo a la venta de la mayoría de las bebidas espirituosas destiladas, calculado como porcentaje del gravamen aplicado a una bebida alcohólica. En los párrafos 2.1 a 2.23 del informe del Grupo Especial se hace una descripción detallada del funcionamiento de estos dos gravámenes.

2. El Grupo Especial examinó las reclamaciones de las Comunidades Europeas y los Estados Unidos en el sentido de que las medidas impugnadas no son conformes al párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 puesto que conceden trato fiscal preferencial al soju, una bebida alcohólica tradicional de Corea, comparado con determinadas bebidas alcohólicas "de tipo occidental" importadas. El informe del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros de la Organización Mundial del

¹ WT/DS75/R, WT/DS84/R, 17 de septiembre de 1998.

² El Grupo Especial fue establecido el 16 de octubre de 1997 con un mandato uniforme (véase WT/DS75/7, WT/DS84/5, 10 de diciembre de 1997) sobre la base de la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial formulada por las Comunidades Europeas (WT/DS75/6, 15 de septiembre de 1997) y los Estados Unidos (WT/DS84/4, 15 de septiembre de 1997).

Comercio ("OMC") el 17 de septiembre de 1998. El Grupo Especial afirmó "hemos llegado a la conclusión de que el soju (diluido y destilado), el whisky, el brandy, el cognac, el ron, el gin, el vodka, el tequila, los licores y las mezclas son productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí".³ El Grupo Especial llegó también a la conclusión de que "Corea ha aplicado a los productos importados impuestos distintos a los aplicados a los nacionales y la diferencia de tributación es superior a un nivel *de minimis*" y que "los impuestos diferentes se aplican de manera que se protege a la producción nacional".⁴ El Grupo Especial formuló la recomendación siguiente:

Recomendamos que el Órgano de Solución de Diferencias pida a Corea que ponga la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas y la Ley del Impuesto de Educación en conformidad con las obligaciones que le impone el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.⁵

3. El 20 de octubre de 1998, Corea notificó al OSD su intención de apelar contra ciertas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y contra ciertas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"), y presentó un anuncio de apelación al Órgano de Apelación de conformidad con la regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo para el examen en apelación* ("*Procedimientos de Trabajo*"). El 30 de octubre de 1998, Corea presentó su comunicación del apelante.⁶ El 16 de noviembre de 1998, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos presentaron sus comunicaciones respectivas⁷ y México presentó una comunicación en calidad de tercer participante.⁸ La audiencia prevista en la regla 27 de los *Procedimientos de Trabajo* se celebró el 24 de noviembre de 1998. En ella, los participantes y el tercer participante expusieron sus argumentos y respondieron a las preguntas de la sección del Órgano de Apelación que entendía en la apelación.

³ Informe del Grupo Especial, párrafo 11.1

⁴ *Ibid.*

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 11.2.

⁶ De conformidad con la regla 21 (1) de los *Procedimientos de Trabajo*.

⁷ De conformidad con la regla 22 de los *Procedimientos de Trabajo*.

⁸ De conformidad con la regla 24 de los *Procedimientos de Trabajo*.

II. Argumentos de los participantes y del tercer participante

A. *Apelante: Corea*

1. "Productos directamente competidores o sustituibles entre sí"

4. Corea aduce que el Grupo Especial interpretó y aplicó erróneamente la expresión "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí", especialmente la palabra "directamente" que, en opinión de Corea, es de importancia primordial para la cuestión que se discute. A un determinado nivel, todos los productos son competitivos, en el sentido de que compiten entre sí por el presupuesto limitado del consumidor y, por consiguiente, es el término "directamente" el que otorga sentido al texto jurídico e impide que el párrafo 2 del artículo III se convierta en un instrumento sin límites de armonización y desreglamentación fiscales.

a) Competencia potencial

5. Corea aduce que los datos alegados de competencia "potencial" son esenciales para las conclusiones del Grupo Especial de existencia de una relación de productos directamente competidores o sustituibles entre sí entre los productos de que se trata.⁹ Sin embargo, el párrafo 2 del artículo III no menciona la competencia "potencial". Consiguientemente, lo menos que se puede decir es que no está claro si la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 abarca la competencia "potencial". Dada esa ambigüedad, el Grupo Especial debía haber respetado el párrafo 2 del artículo 19 del ESD y los principios de previsibilidad y de *in dubio mitius*.

6. Corea entiende que el término "directamente competidores o sustituibles entre sí" no tiene por finalidad excluir a productos que no compiten directamente o que no son sustituibles entre sí debido a la propia medida impugnada. La ausencia de una relación de competencia en el mercado examinado deberá considerarse como un argumento de peso de que los productos en cuestión no son "directamente competidores o sustituibles entre sí". No obstante, el Grupo Especial ha entendido que el párrafo 2 del artículo III abarca tanto los productos que "son directamente competidores en este momento *o cabe prever razonablemente que sean* directamente competidores en un *futuro próximo*".¹⁰ (itálicas añadidas.) De este modo, el Grupo Especial eximió a los demandantes de la necesidad de probar que la falta de competencia real tiene su origen en la medida impugnada, con lo que abrió la puerta a la especulación sobre cómo evolucionaría el mercado en el futuro, independientemente de la

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.97.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.48. Corea hace también referencia los párrafos 10.40 y 10.73 del informe del Grupo Especial.

medida estudiada. Corea pide que no se especule sobre lo que los consumidores podrían (o no podrían) hacer, en lugar de examinar qué hacen realmente. El Grupo Especial justificó reiteradamente que los demandantes no hubiesen presentado pruebas sobre competencia real afirmando que las preferencias en el mercado de Corea podrían haber quedado *congeladas* por medidas del Gobierno.¹¹ No obstante, Corea señala que, cuando se examinó este asunto, su mercado ya había sido liberalizado desde hacía ocho años.

7. Corea alega que el criterio de "potencial" es injustificadamente amplio y especulativo, y que la terminología y la finalidad del párrafo 2 del artículo III no permiten esa interpretación. No hay nada que impida pedir a los demandantes que esperen hasta que, si así ocurre, su asunto esté "maduro" y los productos realmente compitan directamente entre sí. ¿Qué ocurre si un Miembro se ve obligado a modificar su legislación impositiva porque los productos podrían competir entre sí y, después, de hecho, no ocurre así? ¿Deberá ese Miembro acudir de nuevo al Grupo Especial para solicitar autorización para restablecer su régimen fiscal?

b) Expectativas, la prueba de los "efectos comerciales" y la "índole" de la competencia

8. Corea señala que el Grupo Especial ha prestado gran importancia a las "expectativas" de la "relación de competencia en condiciones de igualdad" entre los productos importados y los nacionales.¹² El alegato de Corea, sin embargo, es que esas "expectativas" existen únicamente en relación con aquellos productos que son "similares" o "directamente competidores o sustituibles entre sí". Si ése no es el caso, no pueden existir expectativas pertinentes en lo que respecta a éstos.

9. El Grupo Especial consideró erróneamente que "centrar la atención en la magnitud cuantitativa de la competencia y no en su naturaleza dé lugar a que se aplique a los asuntos planteados en el mercado del artículo III una especie de criterio basado en los efectos comerciales".¹³ Esto es una concepción errónea del criterio de los "efectos comerciales". Si bien en asuntos anteriores se sostuvo que la falta de "efectos comerciales" no constituye un elemento de defensa frente a una violación del párrafo 2 del artículo III, en esos casos los productos en cuestión ya habían demostrado ser "similares" o "directamente competidores o sustituibles entre sí".

¹¹ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafo 10.94.

¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 10.48.

¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.42.

10. Corea observa que el Grupo Especial hizo referencia a la "índole" de la competencia muchas veces en sus conclusiones, formulando declaraciones tales como: "lo importante no es, por consiguiente, el grado de competencia, sino su naturaleza".¹⁴ Mediante el examen de la *índole* de la competencia, el Grupo Especial incorporó un criterio vago y subjetivo que no está contenido en el párrafo 2 del artículo III, y dispensó a los demandantes de mostrar la existencia de una competencia o sustitución directa entre los productos y de examinar los mercados reales.

c) Elementos de prueba de otros mercados

11. El Grupo Especial manifestó que podría "analizar otros mercados y determinar si en el caso que se examina prevalecerían las mismas pautas".¹⁵ Corea opina que esto no es más que un ejercicio de imaginación y constituye una extralimitación inadmisibile del ámbito del párrafo 2 del artículo III. El Grupo Especial tampoco tomó en consideración el hecho de que la respuesta del consumidor a productos diferentes "puede variar de un país a otro".¹⁶ Además, el Grupo Especial carecía de base para asumir que los mercados de Corea y el Japón eran los mismos, o estaban en proceso de serlo. Corea aduce asimismo que, aun si las pruebas de otros mercados fuesen pertinentes, el Grupo Especial no debería haberse limitado a examinar sólo el mercado de otro país. Para tener una opinión equilibrada deberían haberse examinado datos de más de un mercado.

12. Corea aduce que todas las interpretaciones erróneas anteriores del párrafo 2 del artículo III constituyen una violación de las disposiciones del ESD y de los principios generales de derecho, a saber, el principio de que tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación no pueden aumentar ni reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados (párrafo 2 del artículo 19 del ESD), el principio de previsibilidad, y el principio de *in dubio mitius*.

d) Agrupación de los productos

13. Corea recalca la importancia de la metodología utilizada para comparar los productos nacionales e importados de conformidad con el párrafo 2 del artículo III. Considera que el Grupo Especial incurrió en un grave error jurídico al definir erróneamente la comparación que debía efectuar. El Grupo Especial agrupó productos que no son idénticos físicamente; son producidos de forma diferente por fabricantes distintos, utilizando materias primas diferentes; y tanto su sabor como

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.42.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.46.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, *Japón - Impuesto sobre las bebidas alcohólicas* ("*Japón - Bebidas alcohólicas*"), WT/DS/8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, párrafo 6.28.

su utilización es diferente, efectuándose su comercialización y venta de forma diferente, a precios considerablemente diferentes y están sometidos a tipos impositivos diferentes en Corea. El Grupo Especial tampoco efectuó una distinción entre soju destilado y soju diluido.¹⁷ Corea insiste en que el Grupo Especial se equivocó al efectuar su análisis sobre la base de una agrupación de las características de dos productos tan diferentes. Formular conclusiones que están principalmente basadas en el soju diluido al soju destilado es inaceptable. Además, al tratar del mismo modo el soju diluido y el soju destilado, el Grupo Especial ignoró la importancia de la gran diferencia de precio entre el soju diluido y el whisky.

14. Corea señala que el Grupo Especial decidió tratar como un grupo a todas las bebidas espirituosas destiladas importadas.¹⁸ Considera que la decisión del Grupo Especial de agrupar todas esas bebidas fue, en efecto una decisión (o al menos una presunción) de que éstas son directamente competidoras o sustituibles entre sí en todas partes, sin tomar en consideración si ése era el caso en el mercado coreano. Al agrupar todas las bebidas importadas, el Grupo Especial impidió que se apreciaran las diferencias entre los productos importados. Por ejemplo, el Grupo Especial no pudo concluir que en Corea el soju diluido fuese directamente competidor del vodka, o sustituible por esta bebida, lo que no era aplicable al whisky.

15. Corea es consciente de que cuando el Grupo Especial examinó las características del producto, estudió los productos del grupo uno por uno. Pero el Grupo Especial no tuvo en cuenta, por considerarlas insignificantes, las diferencias entre los productos en lo que respecta a características tales como su color, sabor y precio. Al actuar así, el Grupo Especial "menoscabó" la percepción real del consumidor que constituye la base del criterio "directamente competitivos o sustituibles entre sí". El enfoque erróneo seguido por el Grupo Especial hace que sea imposible determinar cuál habría sido la resolución del asunto si el Grupo Especial no hubiese incurrido en error desde el principio.

2. "De manera que protege la producción nacional"

16. La posición de Corea es que el Grupo Especial concluyó erróneamente que los impuestos aplicados por Corea tenían un efecto protector, basándose principalmente en el análisis de la estructura de la legislación. El Grupo Especial no tomó en consideración la explicación de Corea

¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.54.

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.60.

sobre la estructura de esa legislación.¹⁹ El Grupo Especial concedió también demasiada importancia al hecho de que no existen prácticamente importaciones de soju, ignorando el hecho de que ha existido simplemente una falta de interés en el extranjero por la fabricación de esos productos típicamente coreanos. Más importante aún, el Grupo Especial no respetó el dictamen del Órgano de Apelación en el asunto del *Japón - Bebidas alcohólicas* en cuya virtud, aun cuando la diferencia de impuestos puede, en determinados casos, mostrar que el impuesto se aplica "de manera que protege la producción nacional", en otros casos puede haber otros factores que sean tan pertinentes o más para demostrar que la tributación diferente en cuestión se aplica "de manera que protege la producción nacional"²⁰ (itálicas añadidas).

17. Corea reitera el argumento que defendió ante el Grupo Especial de que, dadas las enormes e intrínsecas diferencias de precios antes de la imposición del gravamen entre el soju diluido y los productos importados en cuestión, la diferencia impositiva no puede considerarse que tenga como efecto "proteger la producción" de soju diluido. En los casos en que la diferencia de precios entre dos productos es tan considerable, la diferencia adicional a que da lugar la variación del impuesto no puede tener un efecto de protección. Corea sostiene también que la demanda de soju destilado tiene índole específica y estática, y que no se vería afectada en gran medida si se alterase el precio, sobre todo en el grado de que se trata en este asunto. Corea, por consiguiente, alega que la diferencia impositiva no "protege" al soju destilado, contrariamente a la conclusión a la que llegó el Grupo Especial.

3. Aplicación del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994

18. Corea alega que el Grupo Especial incurrió en diversos errores en la evaluación de los elementos de prueba. Si bien Corea reconoce que el examen en apelación se limita a cuestiones de derecho, considera que, al examinar la interpretación y aplicación de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III por el Grupo Especial, el Órgano de Apelación no puede evitar tomar en consideración los hechos en que se apoya la evaluación del Grupo Especial. En ese caso, el Grupo Especial formuló conclusiones que no estaban respaldadas por los datos de que disponía. Los errores de este tipo desempeñaron un cometido decisivo en el fallo de la diferencia a favor de los reclamantes, y constituyen pues errores jurídicos revocables.

¹⁹ La explicación de Corea de la estructura de su régimen impositivo figura en los párrafos 5.172 a 5.181 del informe del Grupo Especial. En sus argumentos ante el Órgano de Apelación, Corea recalcó especialmente los argumentos resumidos en el párrafo 5.176 del informe del Grupo Especial.

²⁰ Adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, página 37.

19. El Grupo Especial se equivocó también aplicando diferentes normas de prueba a los datos. El Grupo Especial fue mucho más preciso al examinar las pruebas presentadas por Corea que cuando estudió las presentadas por las partes reclamantes. En efecto, el Grupo Especial aplicó una "doble norma de prueba".²¹ El Grupo Especial aplicó también indebidamente los requisitos de la carga de la prueba, como se desprende del informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* ("*Estados Unidos - Camisas y blusas*").²²

20. A pesar de las pruebas en contra presentadas por Corea, el Grupo Especial se basó en la noción de que las preferencias del consumidor en el mercado de Corea podrían haber sido afectadas por las medidas en cuestión. Al actuar así, el Grupo Especial colocó injustamente a Corea en la posición de tener que demostrar lo contrario —que la falta de competencia no obedecía a las medidas refutadas— en lugar de exigir a las partes reclamantes que demostrasen realmente que las preferencias del consumidor se habían visto afectadas.

a) Características del producto

21. Corea señala que el Grupo Especial constató que "todos los productos ... tienen la característica esencial de ser bebidas alcohólicas destiladas".²³ Básicamente, el Grupo Especial consideró este elemento suficiente para formular una presunción de que todas las bebidas alcohólicas destiladas son productos "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí". Corea está en desacuerdo en que esa declaración genérica pueda dar lugar a una presunción de ese tipo. El Grupo Especial incurrió en error al subestimar la importancia del sabor en un asunto relativo a bebidas alcohólicas. El sabor de los productos es una de las principales consideraciones del consumidor en la elección de una bebida y las distinciones entre sabores no son, consiguientemente "poco importantes"²⁴ desde la perspectiva del consumidor.

22. Basándonos en la importancia que otorga el Grupo Especial al hecho de que todas las bebidas alcohólicas en cuestión se fabrican mediante destilación, se deduciría que ciertos productos industriales (por ejemplo, disolventes de pintura) o productos medicinales (por ejemplo, alcohol para fricciones) serían también directamente competidores o sustituibles entre sí en relación con las

²¹ Véase la comunicación del apelante, párrafo 85.

²² Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, WT/DS33/R, página 14.

²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.67.

²⁴ *Ibid.*

bebidas en cuestión. Consiguientemente, la similitud de las materias primas y los métodos de producción carece de trascendencia en la definición de una relación entre productos directamente competidores o sustituibles entre sí.

23. El hecho de que el Grupo Especial aplicó una "doble norma de prueba" se pone de relieve por su rechazo, por una parte, del ejemplo de Corea del agua corriente y el agua embotellada, que Corea considera que demostraba que la estrecha similitud física no siempre constituye una prueba de una relación entre productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. Por otra parte, el Grupo Especial se basó en el ejemplo de los Estados Unidos de aspirina de marca y genérica para mostrar que la similitud física es extremadamente importante. Además, el Grupo Especial no tomó en consideración el ejemplo presentado por Corea del agua corriente y embotellada, en parte, porque éste hacía referencia a "productos distintos en países distintos".²⁵ Sin embargo, en otra parte de su informe, el Grupo Especial dijo que las pruebas de "otros países" eran pertinentes.²⁶

b) Usos finales

24. Corea mostró al Grupo Especial que, en su país, en una abrumadora mayoría de casos, el uso final del soju diluido es el consumo durante las comidas mientras que difícilmente se consumen bebidas alcohólicas con comidas. No obstante, el Grupo Especial constató que esta distinción no bastaba para impedir que los productos fuesen considerados directamente competidores o sustituibles entre sí.²⁷ Corea estima que el Grupo Especial actuó erróneamente, tanto en lo que respecta a la aplicación del párrafo 2 del artículo III como en los requisitos de la carga de la prueba, al aceptar que todas las bebidas alcohólicas objeto del debate se consumían para los mismos fines, *inter alia*, en reuniones para relajarse. Para llegar a esta conclusión, el Grupo Especial se basó en tres fuentes: a) tendencias y pruebas esporádicas; b) estrategias de comercialización; y c) la presencia de mezclas.

25. El Grupo Especial recalcó las "tendencias y variaciones de las pautas de consumo"²⁸ que, dijo, quedaban patentes en el estudio efectuado por Nielsen y en el estudio de Dodwell. No obstante, ninguno de esos estudios, como tampoco el estudio realizado por Trendscape, contienen elementos de prueba de tendencias. Muestran, en su lugar, una "instantánea" del mercado en un momento determinado; no muestran los cambios experimentados con el tiempo. El Grupo Especial estimó

²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.23.

²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.45.

²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.76.

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.48.

erróneamente que esos estudios contenían elementos de prueba de tendencias, y las declaraciones del Grupo Especial no reflejan, de hecho, debidamente las pruebas presentadas. Además, el Grupo Especial se equivocó especulando con que esa tendencia "es probable que se mantenga"²⁹, sin señalar ninguna prueba justificativa.

26. Corea aduce que el Grupo Especial utilizó "selectivamente" el estudio efectuado por Nielsen. Por ejemplo, aun cuando éste indicaba ciertas coincidencias en las bebidas existentes en los restaurantes japoneses y de estilo occidental, también destacaba que en la gran mayoría de puntos de venta no existía coincidencia. Así pues, la coincidencia que reflejaba el estudio de Nielsen es muy limitada y, a la luz de los elementos de prueba en contrario, no puede considerarse como una prueba concluyente de la similitud de usos finales entre las bebidas alcohólicas de que se trata. En otras palabras, la pauta general de consumo refuta suficientemente toda presunción de usos finales comunes planteada por la pequeña coincidencia indicada en el estudio de Nielsen. Lo mismo puede decirse de la cifras proporcionadas en el estudio de Nielsen con respecto al consumo doméstico de bebidas alcohólicas con comidas. Aun cuando el 5,8 por ciento de los encuestados respondieron que bebían whisky con las comidas, ése no era el caso del 94,2 por ciento restante. Esta prueba avala el argumento de Corea en lo que respecta al uso final "con comidas" de determinadas bebidas alcohólicas. Sin embargo fue utilizado de forma que constituyese una prueba de "coincidencia" en el uso final. Las especulaciones del Grupo Especial llegan aún más lejos al proceder éste al examen de las tendencias en el mercado japonés.

27. La forma en que el Grupo Especial examinó las estrategias de comercialización de las compañías de Corea pone de relieve una vez más una "doble norma de la prueba". En los casos en que el Grupo Especial consideró que las estrategias de comercialización avalaban la conclusión de que los productos eran "similares" o "directamente competidores o sustituibles entre sí", éstos pasaban a ser pruebas importantes³⁰, mientras que el Grupo Especial ignoró pruebas de estrategia de comercialización que consideró que no avalaban esa conclusión.³¹

28. El Grupo Especial también evaluó incorrectamente las pruebas presentadas en relación con las mezclas. Corea adujo que el soju diluido y el soju destilado se consumen "solos" en Corea (a diferencia de algunas bebidas alcohólicas importadas consideradas en este asunto), un hecho no

²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.76.

³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.79.

³¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 10.65 y 10.66.

contemplado en su estudio de mercado.³² Que los cócteles de soju son diferentes del soju diluido y el soju destilado queda reflejado en la legislación fiscal de Corea. Corea sostiene que la presencia de soju diluido en las mezclas no puede considerarse como prueba de similitud con otras bebidas alcohólicas consumidas mezcladas, de la misma manera que la existencia del Bailey³³ no constituye una prueba de que el whisky se beba con frecuencia mezclado. Como el Bailey y el whisky, el soju diluido, el soju destilado y las mezclas son bebidas alcohólicas diferentes y son consideradas como tales de conformidad con la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas. El Grupo Especial rechazó erróneamente el argumento de Corea que refutaba las pruebas concernientes a las mezclas.

c) Canales de distribución

29. El Grupo Especial, si bien reconoció que los circuitos de distribución son indicadores de la estructura de un mercado, rechazó erróneamente las distinciones de Corea en relación con el consumo en el propio establecimiento y cometió pues un error al evaluar los elementos de prueba.

30. Lo fundamental del argumento de Corea era que el grueso del volumen de soju diluido y de bebidas alcohólicas de estilo occidental se vendía y consumía en diferentes tipos de puntos de venta. Este aspecto había sido establecido por el estudio de Nielsen, que muestra claramente que, excepto en el caso de los restaurantes y cafés japoneses o de estilo occidental, no existía coincidencia en lo que respecta al consumo en el propio establecimiento. Los Estados Unidos respondieron al Grupo Especial en relación con esta cuestión señalando que el personal de su embajada conocía nueve "restaurantes tradicionales de estilo coreano" en Seúl que servían whisky y soju. Corea alega que el Grupo Especial no debía haber refutado los elementos de prueba presentados por Corea sobre las diferencias en lugares de consumo basándose en las pruebas concernientes a nueve restaurantes, proporcionadas por el personal de la embajada de los Estados Unidos.

31. El Grupo Especial aplicó también "normas dobles" a las pruebas que Corea y los reclamantes proporcionaron sobre esta cuestión. Si bien Corea presentó una encuesta de mercado que abarcaba 320 restaurantes y que mostraba que existían diferentes circuitos de distribución de las bebidas alcohólicas objeto de la diferencia, el Grupo Especial aceptó la prueba esporádica presentada por los Estados Unidos sobre únicamente nueve restaurantes coreanos.

³² Véanse en particular los párrafos 5.268 y 5.273 del informe del Grupo Especial.

³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.11. "Bailey's Irish Cream" es una bebida alcohólica constituida por una mezcla de whisky y de crema.

d) Precios

32. Corea considera que las importantes diferencias de precio, indiscutibles, entre el soju diluido y las bebidas alcohólicas son elementos de prueba fundamentales y que a medida que la diferencia de precios entre los dos productos es mayor, menos incidencia tendrá una modificación del precio de uno de ellos en la demanda del otro. En el caso presente, no existe coincidencia de precios entre el soju diluido, incluido el tipo de calidad superior, y las bebidas de tipo occidental.

33. Corea considera que el único elemento de prueba sobre la reacción de los consumidores ante las modificaciones de precio que ha sido presentado por los reclamantes era el estudio Dodwell. Pero Corea formuló "objeciones fundamentales" sobre el estudio Dodwell ante el Grupo Especial y el estudio tiene tantos errores que debería haber sido rechazado. El Grupo Especial cometió un error al no reconocer las deficiencias de dicho estudio. Corea señala que el Grupo Especial consideró que los datos del estudio Dodwell "resultan útiles"³⁴ y bastan para establecer una presunción de productos directamente competidores o sustituibles entre sí, y rechazó los "elementos de prueba contundentes" que Corea había presentado como refutación. Consiguientemente, el Grupo Especial atribuyó erróneamente la carga de la prueba y aplicó también una "doble norma" adoptando una posición de complacencia ante las pruebas presentadas por los reclamantes, pero estricta con los elementos de prueba presentados por Corea como refutación.

34. Corea alega que los elementos de prueba de las importantes diferencias de precios existentes entre el soju diluido y la mayoría de las bebidas importadas son suficientes para refutar las alegaciones de los reclamantes sobre la existencia de una relación de productos directamente competitivos o sustituibles entre sí entre las bebidas importadas y las nacionales. No obstante, el Grupo Especial ignoró esencialmente las pruebas y no examinó el argumento de Corea de que las diferencias de precios en términos absolutos eran tan grandes que no era probable que se produjesen modificaciones de comportamiento.

35. El Grupo Especial, al afirmar que el soju diluido de alta calidad estaba "en rápida expansión"³⁵ no tomó en consideración los datos presentados por Corea. Durante la segunda reunión con el Grupo Especial, Corea recalcó que la producción de soju de calidad superior estaba descendiendo, aparentemente debido a que los consumidores coreanos no estaban dispuestos a pagar más por un tipo superior de soju diluido.

³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.92.

³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.94.

36. Según el Grupo Especial, el coñac es un producto directamente competidor del soju diluido ordinario o que puede ser sustituido por éste aun cuando, antes de imponer gravamen alguno, los productos varíen de precio en un factor de 20.³⁶ Debe reconocerse que, en lo que respecta a ciertas bebidas de tipo occidental, la diferencia de precio con respecto al soju es menor, e incluso negativa (por ejemplo, el soju destilado en relación con el whisky ordinario). Sin embargo, el Grupo Especial no distinguió entre los tipos de productos y concluyó a título general que "las diferencias entre los precios no [tenían] una magnitud suficiente para anular las restantes pruebas".³⁷ Corea estima que, en el caso de productos de consumo, afirmar que una diferencia de precios real de un factor de 10 ó 20 es insuficiente para refutar los elementos de prueba hipotéticos sobre existencia de competencia, como se hace en el estudio Dodwell, es contrario a toda lógica y pone de relieve que el Grupo Especial aplicó erróneamente el párrafo 2 del artículo III.

e) Tratamiento del tequila

37. Corea observa que, si bien prácticamente no se ha presentado ningún elemento de prueba sobre el tequila por los reclamantes o la tercera parte, el Grupo Especial constató que Corea había violado el párrafo 2 del artículo III en lo que respecta a esta bebida. Los Estados Unidos indicaron que el tequila era uno de los productos abarcados por las medidas en cuestión, y el tequila figuraba en el estudio Dodwell presentado por las Comunidades Europeas. México formuló también algunas observaciones descriptivas sobre las características físicas, la clasificación arancelaria y las pautas de consumo del tequila y el mezcal. El Grupo Especial incluyó el tequila en su examen dado que se habían presentado pruebas con respecto a esta bebida³⁸, aunque excluían al mezcal "sin aportar pruebas positivas".³⁹ Los únicos elementos adicionales sobre el tequila eran las declaraciones formuladas por los reclamantes de que el tequila se bebe con alimentos especiados en México, que el tequila ha adquirido popularidad en el Japón⁴⁰ y que esta bebida se incluyó en el estudio de Dodwell. Corea considera que los elementos de prueba sobre el tequila no son suficientes para establecer una presunción de relación de competencia o de sustitución directa con el soju.

³⁶ Este factor se basa en los precios del estudio de Dodwell. Sin embargo, el Grupo Especial hace referencia a una diferencia de precio aún mayor: un factor de 24 (pie de página 408 del informe del Grupo Especial).

³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.94.

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.58.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 5.72 y 6.182.

38. El Grupo Especial no trató de analizar lo que quería decir realmente el estudio Dodwell. Dicho estudio muestra que los consumidores respondieron desigualmente a un posible cambio de precios del tequila. De hecho, incluso se desprende del mencionado estudio que la demanda de tequila probablemente no se modificaría si bajase su precio. Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que existían elementos de prueba de que los consumidores concedían gran importancia a los cambios de precio relativos del soju y el tequila.

4. Artículo 11 del ESD

39. Corea afirma que, contrariamente a las disposiciones del artículo 11 del ESD, el Grupo Especial no aplicó el criterio de examen apropiado para una diferencia planteada en el marco del párrafo 2 del artículo III. Corea sostiene que, en este caso, el Grupo Especial simplemente no disponía de pruebas suficientes que le permitiesen efectuar una "evaluación objetiva" por lo que, en su lugar, se basó en especulaciones. El Grupo Especial tampoco prestó la atención debida a la descripción que Corea proporcionó de su propio mercado. Corea estima que, ante las descripciones contradictorias de un mercado extranjero, un grupo especial debería adoptar una posición de prudencia al efectuar afirmaciones sobre cómo es ese mercado y no especular sobre su posible desarrollo en el futuro. Cuando existe desacuerdo entre las partes sobre el mercado coreano, el Grupo Especial debería haber aceptado la descripción de Corea, a menos que los reclamantes hubiesen presentado elementos de prueba contrarios convincentes.

40. A pesar de sus "fuertes recelos" concernientes al informe del Grupo Especial, Corea indica que no afirma que éste actuase de mala fe. No obstante, considera que las cuestiones que ha planteado al amparo del artículo 11 del ESD son, no obstante, suficientemente serias como para revocar las conclusiones del Grupo Especial.

5. Párrafo 7 del artículo 12 del ESD

41. Finalmente, Corea afirma que el Grupo Especial no cumplió su obligación dimanada del párrafo 7 del artículo 12 del ESD. Corea entiende que gran parte del razonamiento del Grupo Especial es oscuro, lo que dificulta determinar en qué elementos de prueba se basó el Grupo Especial para alcanzar sus conclusiones así como la importancia que concedió a los diferentes elementos de prueba y argumentos. Además, el informe del Grupo Especial es también "inaceptablemente vago". Se apoya en conceptos indefinidos, tales como la competencia "potencial" a "corto plazo", los usos finales "potenciales" y la "índole" de la competencia, para fundamentar sus conclusiones, con lo que pueden aplicarse a cualquier resultado. Además, determinados elementos de prueba, como el estudio

de Sofres, fueron simplemente ignorados sin que el Grupo Especial explicase las razones. En opinión de Corea, el razonamiento inadecuado impidió igualmente que el Grupo Especial efectuase una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD.

B. Apelado: Comunidades Europeas

1. "Productos directamente competidores o sustituibles entre sí"

42. Las Comunidades Europeas consideran que la apelación de Corea se apoya en la premisa errónea de que el término "directamente competidores o sustituibles entre sí" debe interpretarse "estrictamente". Esta tesis no está avalada por los antecedentes de la negociación ni por informes de Grupos Especiales anteriores. Como señaló el Grupo Especial, de los antecedentes de la negociación del párrafo 2 del artículo III se desprende que los redactores tenían una concepción más bien amplia de los productos "directamente competidores o sustituibles entre sí", que podía abarcar las manzanas y las naranjas.⁴¹ Además, el argumento de Corea de que la segunda frase del párrafo 2 del artículo III debe ser interpretado "estrictamente" es aplicable igualmente a prácticamente toda disposición del GATT.

a) Competencia potencial

43. Las Comunidades Europeas estiman que la conclusión del Grupo Especial de que existe una "competencia actual directa" entre las bebidas importadas y el soju⁴² bastaría para concluir que esos productos son "directamente competidores o sustituibles entre sí". La conclusión adicional de la existencia de "una clara relación potencial de competencia directa" permite sostener aún más esta conclusión pero no es indispensable.

44. En todo caso, el análisis de los elementos de prueba concernientes a una competencia "potencial" hecho por el Grupo Especial es compatible con los términos del párrafo 2 del artículo III, su objeto y finalidad, así como con los informes anteriores del Órgano de Apelación y de grupos especiales. Corea se apoya en el hecho de que ni el párrafo 2 del artículo III ni la Nota interpretativa relativa a ese artículo mencionan la existencia de una competencia "potencial". Pero tampoco se menciona la competencia "real". En opinión de las Comunidades Europeas la competencia potencial es una "competencia", tanto en el sentido económico ordinario como en el de la Nota interpretativa. La utilización en la Nota interpretativa de los términos "competitive" (competidor) (y no

⁴¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 10.38.

⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 10.98.

"competing") (en competencia) y "substitutable" (que puede sustituirlo) (y no "substitute") (sustituto) es una indicación más de que los redactores previeron la aplicación del párrafo 2 del artículo III tanto en el caso de competencia "real" como de competencia "potencial". Los textos francés y español apoyan también este punto de vista.

45. Para las Comunidades Europeas, la pertinencia de la competencia potencial tiene su origen directamente en el hecho de que el artículo III no protege los volúmenes de importación sino las expectativas concernientes a una relación de competencia equitativa. La prohibición de imposición a fines de protección se aplica incluso si no existe importación de productos "directamente competidores o sustituibles entre sí". Corea sostiene que la existencia de competencia real no es, por consiguiente, conforme a la interpretación adecuada del párrafo 2 del artículo III. El criterio de "si no fuera por" equivale en la práctica a admitir que la competencia potencial es pertinente en determinadas circunstancias, pero que ese criterio es demasiado restrictivo y no está apoyado por la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.

b) Elementos de prueba de otros mercados

46. Para determinar si dos productos son "directamente competidores o sustituibles entre sí" es preciso hacerlo caso por caso y con respecto al mercado del Miembro que aplica las medidas fiscales refutadas. No obstante, otros mercados pueden proporcionar una buena indicación en cuanto a la índole de la relación de competencia entre los productos en el mercado de que se trate. Esto puede ser especialmente cierto en casos en que exista muy poca o ninguna competencia real en un determinado mercado. En el caso que nos ocupa, el Grupo Especial ha utilizado muy poco los elementos de prueba procedentes de mercados de terceros países. El Grupo Especial examinó los elementos de prueba procedentes del mercado japonés para corroborar las conclusiones formuladas en relación con el mercado coreano. Si bien el Grupo Especial habría podido examinar otros mercados además del japonés, ello no era necesario.

47. Las Comunidades Europeas sostienen que la interpretación del párrafo 2 del artículo III hecha por Corea disminuye los derechos de los Miembros. Por otra parte, el principio *in dubio mitius* es un método de interpretación complementario que rige únicamente en casos en que exista una auténtica ambigüedad, lo que no es aquí el caso. Por último, la interpretación hecha por el Grupo Especial contribuye a la "previsibilidad".

c) Agrupación de los productos

48. Las Comunidades Europeas estiman que la decisión del Grupo Especial sobre la forma de agrupar los productos tiene un carácter metodológico y no se tomó más que a fines de análisis. No comprende ninguna interpretación del párrafo 2 del artículo III y no plantea ninguna "cuestión de derecho" que podría ser el objeto de una apelación, a menos que el Grupo Especial no haya realizado una "evaluación objetiva" de los hechos.

49. Contrariamente a las afirmaciones de Corea, el Grupo Especial no constató que el soju destilado y el soju diluido fuesen productos directamente competidores o sustituibles entre sí. El Grupo Especial sostuvo que si hubiese constatado que el soju diluido era directamente competidor o sustituible en relación a las bebidas alcohólicas importadas, necesariamente se desprendería que el soju destilado, que es más similar a las bebidas alcohólicas importadas, sería también directamente competidor o sustituible por esas bebidas.⁴³ Corea no refutó la hipótesis sobre la que se basaba el razonamiento del Grupo Especial.

50. Las Comunidades Europeas alegan que, al decidir considerar juntas todas las bebidas importadas, el Grupo Especial no contempló la resolución del asunto ni constató que los productos importados eran directamente competidores o sustituibles entre sí. Corea no ha demostrado que el hecho de aplicar un enfoque analítico diferente hubiese conducido a un resultado distinto. No hay gran diferencia entre el enfoque estricto producto por producto de Corea y el método seguido por el Grupo Especial. En la práctica, el Grupo Especial ha seguido un enfoque por producto cada vez que existían diferencias entre las bebidas importadas en lo que respecta a un determinado criterio.

2. "De manera que se proteja la producción nacional"

51. Según las Comunidades Europeas, las conclusiones del Grupo Especial de que las medidas aplicadas por Corea se aplican "de manera que se proteja a la producción nacional" se basan en tres factores: la propia amplitud de la diferencia impositiva, la falta de racionalidad de la categorización de productos, y el hecho de que no existían prácticamente importaciones.⁴⁴ En el informe del Grupo Especial nada indica que éste considerase especialmente importante el segundo de esos tres factores.

52. Corea no ha explicado por qué era necesario añadir una serie de excepciones a la definición del soju, lo que dio lugar a que la mayoría de las categorías importantes de bebidas alcohólicas

⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.54.

⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.101 y 10.102.

importadas estuviesen sometidas a un régimen fiscal más elevado que el aplicado al soju. Las razones por las que no existen importaciones de soju no son pertinentes. Lo que cuenta, en la práctica, es que las importaciones de soju son, y han sido siempre, irrelevantes.

53. Las Comunidades Europeas consideran que el argumento de Corea según el cual las medidas no modifican considerablemente las posibilidades de competencia de los productos importados es, en la práctica, incorrecto. En todo caso, comparar las diferencias de precio antes de la aplicación del gravamen no es suficiente para tomar en consideración todas las posibles fluctuaciones de precios ocasionadas por las medidas.⁴⁵ Además, los precios pueden verse afectados por factores externos, tales como las fluctuaciones de los tipos de cambio.⁴⁶

54. Las Comunidades Europeas alegan que el requisito "de manera que se proteja la industria nacional" hace referencia exclusivamente a la determinación de si las medidas refutadas protegen la producción nacional y no a *qué nivel de protección se concede*. Si dos productos son directamente competidores o sustituibles entre sí, toda diferencia fiscal que exceda *de minimis* puede afectar a la relación de competencia existente entre los productos y, debido a ello "proteger" a los productos a los que se aplica un menor gravamen. La única cuestión pendiente es saber si el hecho de proteger el producto sometido a menor gravamen favorece la "producción nacional".

3. Aplicación del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994

55. Las Comunidades Europeas afirman que las alegaciones de Corea en relación con este punto no constituyen ninguna "cuestión de derecho", sino únicamente cuestiones de hecho que, en principio, no son susceptibles de un examen en apelación. Esas alegaciones sólo pueden ser examinadas por el Órgano de Apelación de conformidad con el artículo 11 del ESD. No obstante, un apelante que invoque ese motivo de apelación debe demostrar que el Grupo Especial abusó de su poder discrecional de una manera que constituye un "determinado nivel de gravedad".⁴⁷ Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial no incurrió en los errores alegados por Corea. No obstante,

⁴⁵ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 10.94 y el pie de página 410.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Comunicación de las Comunidades Europeas como apelado, párrafo 68, citando los informes del Órgano de Apelación sobre los asuntos *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas* ("*Comunidades Europeas - Productos avícolas*"), WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998, y *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)* ("*Comunidades Europeas - Hormonas*"), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998.

aún si Corea pudiese demostrar que el Grupo Especial incurrió en esos errores, ello no constituiría "un error monumental que pone en duda la buena fe del grupo de expertos".⁴⁸

a) Características del producto

56. Según las Comunidades Europeas, el argumento de Corea de que el sabor es una de las principales consideraciones del consumidor en la elección de una bebida es incorrecto. Si dos productos son prácticamente idénticos, la elección del consumidor estará necesariamente en función de diferencias muy pequeñas. Por ejemplo, la única razón para elegir una corbata verde en lugar de una corbata roja es el color. Sin embargo, el color sigue siendo una característica relativamente secundaria de las corbatas y las diferencias de color no impiden a las corbatas ser artículos "directamente competidores y sustituibles entre sí".

57. Corea considera también que el Grupo Especial incurrió en error al basarse en las "características comunes de las materias primas" y que la similitud de los procesos de fabricación es un criterio decisivo. En opinión de las Comunidades Europeas, Corea no define bien el razonamiento del Grupo Especial. El Grupo Especial indicó sin ambigüedades que las "características comunes de las materias primas" son un factor pertinente, pero no determinante. Tampoco consideró el Grupo Especial que la similitud de los procesos de fabricación es, por sí misma, determinante.

58. Las Comunidades Europeas no consideran que el ejemplo del agua corriente y embotellada sea comparable al de la aspirina genérica y de marca. La aspirina genérica y la aspirina de marca son productos idénticos o casi idénticos, aun cuando su comercialización sea diferente. El agua corriente y el agua embotellada tienen la misma apariencia, pero es muy dudoso que tengan "características físicas parecidas".

b) Usos finales

59. Las Comunidades Europeas indican que el estudio Nielsen refuta las afirmaciones de Corea concernientes a las estructuras de consumo del soju y de las bebidas alcohólicas de estilo occidental. Éste mostraba que ciertos consumidores bebían whisky con sus comidas y que el soju no siempre es consumido con comidas. La encuesta efectuada por Trendscape confirmó que en ocasiones las bebidas alcohólicas de estilo occidental son consumidas con comidas. El Grupo Especial no basó su conclusión de que el soju y las bebidas alcohólicas de estilo occidental tienen usos finales similares en la conclusión del estudio de Nielsen de que el 6 por ciento de los consumidores bebían whisky con sus

⁴⁸ *Comunidades Europeas - Hormonas, supra*, nota 47.

comidas. Más bien, el Grupo Especial rechazó la pertinencia de la pequeña distinción entre el consumo durante las comidas y fuera de las comidas y también entre el consumo con "aperitivos" o con "comidas".⁴⁹

60. Las Comunidades Europeas no están conformes con Corea en que exista una contradicción en la forma en que el Grupo Especial ha tratado las estrategias de comercialización. Si bien el Grupo Especial manifestó que las estrategias de comercialización se utilizan a veces para establecer diferencias de percepción entre productos, también afirmó que las estrategias de comercialización pueden ser útiles instrumentos de análisis si destacan distinciones o similitudes fundamentales entre los productos.⁵⁰ El Grupo Especial procedió después a basarse en las estrategias de comercialización que ponen de relieve similitudes fundamentales entre los productos.⁵¹

61. Las Comunidades Europeas recuerdan que los reclamantes presentaron ante el Grupo Especial elementos de prueba que indicaban que determinadas bebidas previamente mezcladas contenían soju, refutando así la alegación de Corea según la cual el soju siempre se bebe solo. La determinación de si las bebidas previamente mezcladas son consideradas como soju o como licores a efectos de imposición de gravámenes carece de pertinencia. Las bebidas premezcladas como la "ginebra con tónica", el "whisky con cola" o la "piña colada" no se clasificarían como whisky, ginebra o ron. Sin embargo, su propia existencia constituye una prueba irrefutable de que a los consumidores les gusta consumir esas bebidas alcohólicas mezcladas con bebidas no alcohólicas.

c) Canales de distribución

62. El Grupo Especial se basó en los elementos de prueba "esporádicos" suministrados por el personal de la Embajada de los Estados Unidos para demostrar que Corea establecía distinciones con demasiados matices. El razonamiento del Grupo Especial, en opinión de las Comunidades Europeas, era que la única distinción pertinente era la existente entre el consumo fuera del establecimiento (es decir consumo en el hogar o en casas de amigos) y el consumo en el propio establecimiento (es decir el consumo en lugares públicos tales como restaurantes y bares).⁵² Corea no refuta la conclusión del Grupo Especial de que tanto el soju como las bebidas alcohólicas de estilo occidental se venden actualmente de forma similar para el consumo fuera del establecimiento. Tampoco ha

⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.76.

⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.65.

⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.79.

⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 10.86.

refutado Corea el hecho de que el consumo fuera del establecimiento constituya una parte considerable del consumo total. Por otra parte, si las bebidas alcohólicas de tipo occidental se gravasen del mismo modo que el soju, su consumo sería mayor en lugares públicos, baratos, que en la actualidad.

d) Precios

63. Las Comunidades Europeas señalan que Corea no ha refutado la opinión del Grupo Especial de que la reacción de los consumidores ante los cambios de precios relativos es, en principio, más pertinente que una comparación de precios absolutos para determinar si los productos son directamente competidores o sustituibles entre sí. Corea alega que el soju de calidad superior "únicamente representa el 5 por ciento del mercado". Para precisar los hechos, las Comunidades Europeas recuerdan que el volumen de ventas total de soju diluido de calidad superior excede el volumen de ventas de todas las bebidas alcohólicas importadas.

64. Corea afirma asimismo que el Grupo Especial "ignoró deliberadamente"⁵³ los elementos de prueba presentados por Corea cuando observó que el soju diluido de alta calidad era una "categoría en rápida expansión"⁵⁴ de productos. Sin embargo, el Grupo Especial respondió a los argumentos de Corea durante el reexamen intermedio, declarando que, si bien las ventas habían descendido, ello era también aplicable a todos los productos de un precio elevado y obedecía a la crisis financiera. En todo caso, Corea no presentó elementos de prueba que mostrasen que las ventas de soju diluido de alta calidad habían descendido.

65. Los argumentos de Corea relativos al estudio de Dodwell persiguen, pura y simplemente, que el Órgano de Apelación examine *de novo* hechos ya establecidos por el Grupo Especial. La crítica de la metodología del estudio Dodwell hecha por Corea fue refutada punto por punto por las Comunidades Europeas en sus comunicaciones al Grupo Especial y las Comunidades Europeas no estiman necesario reiterar esos argumentos en apelación.

66. Las Comunidades Europeas recalcan que los autores del informe de Sofres, quienes también prepararon el estudio Dodwell, partían del supuesto de que todas las bebidas alcohólicas formaban parte del mismo mercado. Si bien Corea no lo mencionó, este informe afirma también que las bebidas

⁵³ Corea: comunicación del apelante, párrafo 155.

⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.94.

importadas gozan cada vez de una mayor preferencia por los coreanos. Las citas en que se apoya Corea han sido hechas fuera de contexto.

e) Tratamiento del tequila

67. Las conclusiones del Grupo Especial de que el tequila y el soju son productos "directamente competidores o sustituibles entre sí" se basan en la similitud de sus características físicas y usos finales.⁵⁵ Además, el Grupo Especial se basó en el estudio Dodwell.

4. Artículo 11 del ESD

68. En relación con la afirmación hecha por Corea de que el Grupo Especial no concedió la atención debida a la descripción hecha por Corea de su mercado, las Comunidades Europeas indican que el criterio "de respeto" propuesto por Corea en el examen no se basa ni en el ESD ni en el GATT de 1994. Como manifestó el Órgano de Apelación⁵⁶, el criterio de examen adecuado para la aplicación del GATT de 1994 y de todos los demás acuerdos abarcados (con la única excepción del *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994*) figura en el artículo 11 del ESD. La adopción de un criterio de examen diferente alteraría el "equilibrio sutilmente establecido".⁵⁷

5. Párrafo 7 del artículo 12 del ESD

69. Este motivo de apelación no plantea ningún problema que no haya sido ya tratado.

C. *Apelado: Estados Unidos*

1. "Productos directamente competidores o sustituibles entre sí"

70. Los Estados Unidos observan que muchas de las reclamaciones de Corea en este caso hacen relación a cuestiones de hecho. Es preciso examinar cada alegación para determinar si ésta hace referencia a una cuestión jurídica que pueda ser objeto de un examen en apelación.

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.58.

⁵⁶ *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 47, párrafo 114.

⁵⁷ *Comunidades Europeas - Hormonas*, adoptado *supra*, nota 47, párrafo 115.

a) Competencia potencial

71. En opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial siguió las indicaciones del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* en el sentido de que la amplitud de la categoría de productos "directamente competidores o sustituibles entre sí es una cuestión que el Grupo Especial debe determinar sobre la base de todos los hechos pertinentes del caso", y que las comparaciones de productos "entrañarán siempre un elemento inevitable de apreciación personal, discrecional".⁵⁸

72. Los Estados Unidos estiman que los conceptos de competencia "potencial" y "real" son redundantes. La existencia de competencia puede probarse de diversas formas, comprendida la demostración de que existe realmente sustitución o mediante la indicación del grado inherente de posibilidad de sustitución puesto de manifiesto por las características físicas y usos finales fundamentalmente parecidos de los productos.

73. Contrariamente a las alegaciones de Corea, los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial no se basó exclusivamente, ni siquiera esencialmente, en los elementos de prueba que indican la existencia de una competencia potencial. La referencia del Grupo Especial a "un considerable nivel de competencia potencial"⁵⁹ no contradice el hecho de que concluyese que existían elementos de prueba que ponían de manifiesto la existencia de una "competencia directa entre los productos".⁶⁰

74. En todo caso, el Grupo Especial acertó al tomar en consideración los elementos de prueba que indicaban la existencia de una competencia potencial concluyendo que los productos importados y los productos nacionales eran "directamente competidores o sustituibles entre sí". El argumento de Corea para demostrar lo contrario carece de base ateniéndonos al sentido ordinario de las disposiciones pertinentes del GATT de 1994, tomadas en su contexto e interpretadas a la luz de su objeto y finalidad, del mismo modo que tampoco es conforme con los informes anteriores de grupos especiales y del Órgano de Apelación.

75. En opinión de los Estados Unidos, el objetivo de las disposiciones de que se trata es prohibir la imposición de gravámenes a fines de protección. El término "sustituible" muestra claramente que la segunda frase del párrafo 2 del artículo III se aplica en el caso de "sustitución potencial" (a saber,

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 20, páginas 30 y 25

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.97.

⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.98. Los Estados Unidos hicieron referencia también al informe del Grupo Especial, párrafos 10.71-10.73, 10.79, 10.82, 10.83, 10.86 y 10.95, todos los cuales guardan relación con aspectos de competencia real entre los productos.

en los casos en que los productos *pueden* ser sustituidos). Los textos en francés y español de la disposición corroboran esta lectura. Análogamente, el sentido económico ordinario del término "competencia" no se limita a los casos reales de sustitución observados. La frase "en caso de que haya competencia"⁶¹ debe interpretarse como que hace referencia a situaciones en las que existe competencia, tanto actual como potencial.

76. El párrafo 2 del artículo III protege las "expectativas" y las "potencialidades" de los Miembros como exportadores. El Grupo Especial actuó pues correctamente rechazando el argumento de Corea de solicitud de una cuantificación de la sustitución real. Una ausencia completa de importaciones no constituye un medio de defensa en caso de violación del artículo III y, consiguientemente, no es necesario un cierto grado de penetración real de las importaciones en el mercado.

77. En opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial consideró también acertadamente que los elementos de prueba de otros mercados podían ser "pertinente[s], aunque este aspecto tenga una eficacia probatoria relativamente menor" que los elementos de prueba del mercado realmente en cuestión.⁶² De hecho, los elementos de prueba procedentes de otro mercado podrían tener una eficacia probatoria muy alta mientras que los del mercado estudiado tal vez no fuesen fidedignos debido a la protección. Si bien el Grupo Especial podría haber examinado más de otro mercado, puede que haya considerado más pertinente y útil examinar el mercado japonés, habida cuenta de su historial de restricciones y de la estructura de sus leyes fiscales, que parecen similares a las del mercado coreano. Los Estados Unidos señalan asimismo que la decisión del Grupo Especial de considerar otros mercados es compatible con la práctica general del GATT.⁶³

78. Los Estados Unidos consideran que los argumentos de Corea relativos al párrafo 2 del artículo 19 del ESD, el principio *in dubio mitius* y el principio denominado de "previsibilidad" como instrumentos de interpretación del artículo III, y no como alegaciones independientes. En todo caso, los Estados Unidos son de la opinión de que es la interpretación de Corea la que viola el párrafo 2 del artículo 19 del ESD y el principio de previsibilidad. Además, el principio *in dubio mitius* sólo se aplica en caso de ambigüedad, lo que no ocurre en este asunto.

⁶¹ Segunda frase de la Nota interpretativa del párrafo 2 del artículo III.

⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 10.78.

⁶³ Los Estados Unidos hacen referencia, en particular, al informe, no adoptado, del Grupo Especial sobre los productos avícolas, documento GATT L/2088, publicado el 21 de noviembre de 1963, párrafo 10, y al informe sobre el asunto *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios*, IBBID 35S/185, adoptado el 22 de marzo de 1998, párrafo 5.1.3.7.

b) Agrupación de los productos

79. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial ha examinado adecuadamente elementos de prueba exhaustivos concernientes a la agrupación de productos, comprendidas las características físicas, los usos finales, los circuitos de distribución y puntos de ventas, y precios. Las determinaciones del Grupo Especial concernientes a la "agrupación" de productos constituían una metodología analítica que no "prejuzga la cuestión de fondo". Además, el Grupo Especial analizó también la relación de competencia entre diversas categorías de productos importados y de productos nacionales. De este modo, la utilización del "instrumento analítico" no tuvo repercusiones prácticas en la resolución del caso.

80. Las objeciones planteadas por Corea a la decisión adoptada por el Grupo Especial de "combinar" el soju diluido y el soju destilado a fines de comparación con las bebidas alcohólicas importadas equivalen a una disconformidad con las conclusiones del Grupo Especial de que los dos tipos de soju son similares. De conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, tales cuestiones no pueden sin embargo ser objeto de apelación.

2. "De manera que se proteja la producción nacional"

81. El Grupo Especial examinó el carácter proteccionista de las medidas de forma compatible con las indicaciones proporcionadas por el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*. Los tres factores en los que se basó el Grupo Especial fueron: la amplitud de las diferencias entre los impuestos, la estructura de la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas y su aplicación. Los Estados Unidos observan que la explicación proporcionada por Corea de la estructura de su impuesto no proporciona ninguna razón objetiva para gravar los productos nacionales y los productos importados en cuestión de forma tan diferente, dadas sus diferencias físicas secundarias. El hecho de que se estableciesen definiciones de productos detalladas, correspondientes a las de las bebidas occidentales, paulatinamente muestra que existía una intención específica de aplicar un trato fiscal diferente al soju y a las importaciones cuando éstas penetraban en el mercado coreano. El hecho de que no hubiese soju importado pone de relieve solamente que el objeto de la ley equivalía sin lugar a dudas a la protección de la producción nacional.

82. Para los Estados Unidos, el argumento de Corea de que las importantes diferencias de precios entre el soju diluido y los productos importados impedían a las medidas fiscales conceder protección es erróneo. En primer lugar la magnitud de las diferencias de precios por sí misma puede ser suficiente para concluir que existe un efecto de protección. Segundo, el Grupo Especial ya había

establecido que existía una constatación de hecho de que, a pesar de las grandes diferencias de precios, los productos eran directamente competidores o sustituibles entre sí. Tercero, puesto que las diferencias de impuestos eran superiores a los niveles *de minimis*, no existe base de hecho o jurídica para argumentar que las medidas son *incapaces* de conceder protección.

3. Aplicación del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994

83. Según los Estados Unidos, la petición de Corea de que el Órgano de Apelación examine la "aplicación errónea de los hechos" y los argumentos de Corea en relación con diversos artículos del ESD y de los principios del derecho internacional equivalen, básicamente, a un intento de volver a poner en tela de juicio los hechos. En la medida en que Corea ha formulado alegaciones jurídicas concernientes, por ejemplo, a violaciones específicas de los artículos 11 y el párrafo 7 del artículo 12 del ESD, éstas carecen de base y, si fuesen aceptadas, socavarían los principios del párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

84. Corea alega que el Grupo Especial rechazó admitir que las partes reclamantes no satisfacían los requisitos de la carga de la prueba. En opinión de los Estados Unidos, esos argumentos equivalen a una objeción a la evaluación de los elementos de prueba del Grupo Especial.

4. Artículo 11 del ESD

85. Brevemente, para establecer que el Grupo Especial no ha cumplido sus funciones dimanadas del artículo 11 del ESD, Corea debe mostrar que el Grupo Especial cometió un error de tal envergadura que plantea dudas sobre "la buena fe" del Grupo Especial. Esta es una norma estricta, y con razón. Como Corea ha reconocido, sus alegaciones concernientes a los hechos no poden en duda la buena fe del Grupo Especial. Consiguientemente, ninguna de las alegaciones de Corea cumple los criterios necesarios para que constituya una violación del artículo 11 del ESD.

86. No obstante, Corea solicita al Órgano de Apelación que no tome en consideración los casos de mala fe. En particular le pide que sea menos exigente introduciendo nuevos criterios para la expresión "evaluación objetiva". El Órgano de Apelación debería rechazar esas propuestas puesto que éstas le exigirían proceder a un examen de los hechos *de novo*, contradiciendo así las disposiciones del párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

87. Las críticas formuladas por Corea al estudio Dodwell y el informe de Sofres ponen en tela de juicio básicamente la credibilidad y el peso dado a un elemento de prueba, que el Órgano de

Apelación ha confirmado que "forma parte esencial del proceso de investigación de los hechos".⁶⁴ Si bien el Grupo Especial no menciona de forma expresa el informe de Sofres en sus conclusiones, el Grupo Especial es plenamente consciente de ese informe. Es mencionado en el informe del Grupo Especial y Corea lo cita en numerosas ocasiones en sus argumentos orales.⁶⁵

88. Las alegaciones de Corea concernientes a la aplicación de una "doble norma" de la prueba guardan una estrecha relación con la evaluación del Grupo Especial de los elementos de prueba de que disponía. El argumento de Corea de que el Grupo Especial carecía de elementos de prueba suficientes para poder efectuar una evaluación objetiva es, básicamente, una objeción a la suficiencia de elementos de prueba presentados al Grupo Especial. Esto es, una vez más, una crítica al peso y la credibilidad de los hechos.

89. Los Estados Unidos reconocen que debe respetarse la descripción que un país proporciona de su propio mercado y cultura, pero no existe fundamento en el ESD para la alegación de Corea de que, en caso de desacuerdo sobre el mercado coreano, el Grupo Especial debería aceptar sus descripciones a menos que los reclamantes presenten elementos de prueba convincentes que muestren lo contrario. Además, este es un criterio que nunca ha sido contemplado en ningún informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación.

5. Párrafo 7 del artículo 12 del ESD

90. El término "justificación básica" no está definido en el ESD. En virtud del párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁶, al texto de una disposición hay que darle su "sentido ordinario". Las definiciones contenidas en los diccionarios subrayan el carácter mínimo de la explicación requerida por el párrafo 7 del artículo 12 del ESD.⁶⁷

⁶⁴ *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 47, párrafo 132.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 6.121 y 6.125.

⁶⁶ Hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331; (1969), 8 International Legal Materials, 679.

⁶⁷ El Webster's Dictionary define el término "básico" como "lo relativo o que constituye la base o la esencia; fundamental; que constituye o sirve como la base o el punto de partida; y el término "justificación" como "una explicación de los principios en que se apoya una opinión, creencia, o práctica o fenómeno; una razón esencial; básica". El diccionario Concise Oxford Dictionary define el término "básico" como "que forma o sirve de base; fundamental; el grado más simple o menos elevado," y el término "justificación" como "la razón fundamental o la base lógica de cualquier cosa; explicación fundamentada; la indicación de una razón".

91. Dado el sentido ordinario de esos términos, los Estados Unidos no consideran fundada la alegación de Corea de que el Grupo Especial no proporcionó explicación suficiente de sus conclusiones. Un grupo especial no necesita formular una declaración detallada y exhaustiva de sus razonamientos cada vez que realiza una determinación de los hechos. Sólo es necesario que proporcione el razonamiento fundamental subyacente en cada conclusión de hecho y jurídica o una recomendación que permita al Órgano de Apelación efectuar su examen, y asegurarse de que los Miembros comprenden la forma en que el Grupo Especial aplicó la disposición pertinente. El Grupo Especial ha satisfecho este triple requisito sobradamente, examinando cada elemento jurídico con gran detalle y enumerando los elementos de hecho que estimó importantes.

D. México: Argumentos del tercer participante

1. "Productos directamente competidores o sustituibles entre sí"

a) Competencia potencial

92. México alega que Corea ignora el hecho de que el Grupo Especial adoptó una decisión expresa concerniente a la "competencia directa"⁶⁸ y aplicó todos los criterios establecidos por el Grupo Especial, y apoyados por el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*. Esos criterios son: características físicas, usos finales comunes, clasificaciones arancelarias y mercado.

93. México estima asimismo que las afirmaciones de Corea concernientes al criterio de la "competencia potencial" son contradictorias. Corea admite en ocasiones utilizando el criterio de "si no fuera por", que la competencia potencial puede ser un elemento necesario de análisis de conformidad con el párrafo 2 del artículo III, mientras que otras veces plantea objeciones a ese criterio.

94. En opinión de México, Corea concede una gran importancia al hecho de que no proceda y sea peligroso especular sobre la evolución posible de un mercado en el futuro. Resulta difícil creer que Corea piense realmente que los reclamantes y la tercera parte en esta diferencia estén interesados en esa especulación o que invertirían recursos importantes simplemente para obtener una opinión hipotética y a título consultivo. México pretende únicamente poder exportar tequila a Corea sin tener que hacer frente a régimen de impuestos discriminatorio.

⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 10.95, 10.97 y 10.98.

b) Elementos de prueba de otros mercados

95. En opinión de México, el Grupo Especial analizó los elementos de prueba del mercado japonés porque en el mercado coreano "sigue habiendo importantes diferencias impositivas"⁶⁹ y, en esas circunstancias, el mercado japonés resulta interesante. El Grupo Especial no eludió su obligación de examinar el mercado coreano puesto que ese mercado también fue analizado.

c) Agrupación de los productos

96. México opina que Corea ha malinterpretado la intención del Grupo Especial de proceder básicamente a efectuar un examen de la relación entre el soju diluido y las bebidas importadas. El Grupo Especial simplemente basó su examen en el soju diluido y, cuando constataba una diferencia importante entre los dos tipos de soju, ponía de manifiesto esa diferencia.

97. El Grupo Especial no agrupó incorrectamente las bebidas importadas ni ignoró las diferencias existentes entre ellas. El Grupo Especial fundamentó su comparación en las características comunes a todas esas bebidas y, en todo caso, señaló que existían importantes distinciones entre las bebidas, cuando era pertinente.

2. "De manera que se proteja la producción nacional"

98. México alega que los argumentos de Corea sobre esta cuestión son erróneos puesto que el Grupo Especial mencionó no solamente la diferencia de la imposición fiscal entre las bebidas nacionales y las bebidas importadas, sino que también señaló que la estructura de la propia ley del impuesto sobre las bebidas alcohólicas era discriminatoria.

3. Aplicación del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994

99. México considera que, puesto que se trata de una diferencia concerniente a un supuesto incumplimiento de las obligaciones dimanadas del GATT de 1994, se presume que las medidas de Corea anulan o menoscaban los beneficios dimanados de ese Acuerdo y, consiguientemente, en virtud del párrafo 8 del artículo 3 del ESD, la carga de refutar las alegaciones incumbe a Corea y no a los apelados o a la tercera parte. Contrariamente a las afirmaciones de Corea, las partes reclamantes y México presentaron varios elementos de prueba, comprendido: elementos de prueba de las similitudes físicas de las bebidas alcohólicas; elementos de prueba de la clasificación arancelaria del

⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.45.

tequila y el soju; y elementos de prueba del mercado, a saber, el estudio de Dodwell, donde se estudiaba también la relación entre el tequila y el soju.

100. México opina que el Grupo Especial estuvo en lo cierto al rechazar los argumentos de Corea según los cuales el uso final que debía considerarse en este caso era el consumo de las bebidas con o sin comidas. En lo que respecta a las mezclas, México considera que la existencia de cócteles de soju es una prueba de que esta bebida no sólo se bebe sola sino también mezclada.

101. Corea alega que tiene mayores facultades que el Grupo Especial para analizar su propio mercado. En opinión de México, esta alegación no sólo resulta difícil de defender, sino que también es contradictoria. Si los coreanos tienen una facultad especial que no poseen los otros, cabría preguntarse por qué Corea asignó el análisis de su propio mercado a empresas no coreanas, como A.C. Nielsen.

III. Cuestiones planteadas en esta apelación

102. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones:

- a) si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la expresión "producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente" que figura en la Nota al párrafo 2 del artículo III, segunda frase, del GATT de 1994;
- b) si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación y expresión "de manera que se proteja", que está incorporada en el párrafo 2 del artículo III, segunda frase, por la referencia específica que en ella se hace a los "principios enunciados en el párrafo 1" del artículo III del GATT de 1994;
- c) si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de las normas sobre la asignación de la carga de la prueba;
- d) si el Grupo Especial no realizó una evaluación objetiva del asunto tal como lo requiere el artículo 11 del ESD; y
- e) si el Grupo Especial no expuso las razones en que se basaron sus conclusiones y recomendaciones, como lo exige el párrafo 7 del artículo 12 del ESD.

IV. Interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, del GATT de 1994

103. La primera cuestión que debemos analizar es si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994.

104. El párrafo 2 del artículo III dispone lo siguiente:

Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1.⁷⁰

105. El significado de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III queda aclarado por el párrafo 2 de la Nota al artículo III, que dice lo siguiente:

Un impuesto que se ajuste a las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 no deberá ser considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase sino en caso de que haya competencia entre, por una parte, el producto sujeto al impuesto, y, por otra parte, un producto directamente competidor o que puede substituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar.

106. El párrafo 1 del artículo III dispone lo siguiente:

Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

107. En nuestro informe sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, indicamos que con el fin de determinar la compatibilidad de una medida impositiva interna con la segunda frase del párrafo 2 del

⁷⁰ Las disposiciones del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, del GATT de 1994 incluyen el párrafo 2 de la Nota al artículo III y, por una incorporación específica, la expresión "de manera que se proteja" que figura en el párrafo 1 del artículo III.

artículo III del GATT de 1994, deben abordarse tres cuestiones distintas. Estas tres cuestiones son las siguientes:

- 1) si los productos importados y los productos nacionales son productos "directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" y que compiten entre sí;
- 2) si los productos importados y nacionales directamente competidores o directamente sustituibles entre sí *no están sujetos "a un impuesto similar"*; y
- 3) si se aplican impuestos diferentes a los productos importados y nacionales directamente competidores o directamente sustituibles entre sí *"de manera que se proteja la producción nacional"*.⁷¹

A. *"Productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente"*

108. El Grupo Especial en su examen de la primera cuestión planteada en el marco del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, llegó a la siguiente conclusión:

Consideramos que en el presente caso hay pruebas suficientes, que no han sido refutadas, para concluir que existe una competencia directa entre los productos. Además, consideramos que los reclamantes han demostrado también la existencia de una clara relación potencial de competencia directa. Por consiguiente, constatamos, en síntesis, que las pruebas relativas a las características físicas, los usos finales, los canales de distribución y los precios nos llevan a la conclusión de que los productos importados y nacionales son productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.⁷²

109. Según el Grupo Especial, "la cuestión clave" con respecto a la primera cuestión planteada en el marco del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, es "si los productos son directamente competidores o sustituibles entre sí"⁷³ (itálicas en el original). El Grupo Especial declaró que "la evaluación de si hay o no una relación directa de competencia entre dos productos o series de productos requiere pruebas de que los consumidores consideran o pueden considerar a los dos productos o series de productos en cuestión como medios alternativos de satisfacer una necesidad o

⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 20, página 29.

⁷² Los "productos" a los que se refiere el Grupo Especial son soju diluido, soju destilado, whisky, brandy, coñac, ron, gin, vodka, tequila, licores y mezclas. Informe del Grupo Especial, párrafo 10.98.

⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.39.

inclinación determinada".⁷⁴ Para determinar si los productos nacionales o importados son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí se requieren "pruebas de la relación de competencia directa entre los productos, incluidas en este caso, comparaciones entre sus características físicas, sus usos finales, sus canales de distribución y sus precios".⁷⁵ Además, el Grupo Especial adujo que "en lugar de atender exclusivamente a la dimensión cuantitativa del grado de competencia, hay que centrarse en la base metodológica que debe utilizar un grupo especial para evaluar la relación de competencia."⁷⁶ "[N]o debe considerarse que los análisis cuantitativos, a pesar de su utilidad, sean necesarios".⁷⁷ Asimismo, también "aunque los estudios cuantitativos de la elasticidad cruzada en función de los precios son pertinentes, esos estudios no excluyen otros elementos de prueba ni son decisivos por su naturaleza".⁷⁸ La determinación del grado exacto de competencia puede verse complicada porque las políticas gubernamentales proteccionistas pueden dar lugar a distorsiones de la relación de competencia entre los productos, causando la infravaloración de la magnitud de la relación competitiva.⁷⁹ El Grupo Especial advirtió contra el riesgo de que "el hecho de centrar la atención en la magnitud cuantitativa de la competencia y no en su naturaleza dé lugar a que se aplique a los asuntos planteados en el marco del artículo III una especie de criterio basado en los efectos comerciales."⁸⁰

110. El Grupo Especial señaló que la valoración de la competencia tiene una dimensión temporal.⁸¹ Consideró que los grupos especiales deben "examinar las pruebas relativas a las tendencias y variaciones de las pautas de consumo y evaluar si de esas tendencias y pautas se desprende la conclusión de que los productos en cuestión son directamente competidores en este momento o cabe prever razonablemente que sean directamente competidores en un futuro próximo."⁸² El Grupo Especial declaró:

⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.40.

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.43.

⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.39.

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.42.

⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.44.

⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.42.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.47.

⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 10.48.

... Aunque no pretendemos hacer especulaciones sobre lo que podría ocurrir en un futuro lejano, examinaremos los datos que nos indican lo que tomando como base las pruebas presentadas cabe razonablemente preve4r que ocurra en un futuro próximo. El peso que debe concederse a esas pruebas ha de determinarse caso por caso en función de la estructura del mercado y de otros factores, incluida la calidad de las pruebas y el alcance de la deducción que es necesario hacer. ... Es evidente que los elementos relativos a lo que sucedería en este momento tienen mayor eficacia probatoria que los relativos a lo que sucedería en el futuro, pero la mayoría de las pruebas no se prestan a una clasificación tan simple. Cuando el objeto del análisis son artículos de consumo con los que el consumidor está familiarizado, las tendencias tienen especial importancia, y el hecho de intentar clasificar todos y cada uno de los elementos de prueba y descartar todos aquellos que incluyan las consecuencia para la estructura del mercado en un futuro próximo sería poco realista y último término inútil desde el punto de vista analítico.⁸³

111. Según Corea, el Grupo Especial no interpretó correctamente la expresión "producto directamente competidor o que pueda sustituirlo directamente", porque, entre otras cosas, "se basó en una competencia 'potencial', comparando el mercado coreano con el mercado japonés y realizando comparaciones entre productos equivocados".⁸⁴

1. Competencia potencial

112. Corea aduce que el Grupo Especial adoptó un enfoque inaceptablemente amplio y especulativo frente al papel de la competencia potencial, enfoque que no está autorizado por el texto, contexto y finalidad del párrafo 2 del artículo III, segunda oración.⁸⁵ Corea admite que esta disposición no tiene por objeto excluir a los productos que no sean directamente competidores o directamente sustituibles entre sí debido a la medida impugnada misma. Sin embargo, el enfoque excesivamente amplio adoptado por el Grupo Especial ha dejado abierta la puerta a la especulación con respecto a la forma en que podría evolucionar el mercado en el futuro, independientemente de la medida impositiva de que se trate.⁸⁶

113. En contra de las afirmaciones de Corea, el Grupo Especial no se ha basado en la competencia potencial a fin de superar el hecho de que hoy no exista una relación de productos "directamente

⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.50.

⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 22.

⁸⁵ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafos 26 y 31.

⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 28.

competidores o sustituibles entre sí" entre los productos nacionales y los importados alegando que esa relación podría desarrollarse en el futuro. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que "en el presente caso hay pruebas suficientes, que no han sido refutadas, para concluir que *existe* una competencia directa entre los productos"⁸⁷ (itálicas añadidas). Esta conclusión jurídica no es meramente especulativa, con respecto al futuro, sino una conclusión basada firmemente en el presente. La referencia a una "clara relación potencial de competencia directa" no hace más que subrayar la conclusión del Grupo Especial de que "existe una competencia directa".⁸⁸

114. La expresión "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" describe un determinado tipo de relación entre dos productos, uno importado y el otro nacional. De la formulación de la expresión resulta evidente que la esencia de esa relación es que los productos están en competencia. Esto es evidente tanto por la palabra "competidores" que significa "characterized by competition" (caracterizado por la competencia)⁸⁹, y la palabra "sustituibles" que significa "able to be substituted"⁹⁰ (que pueden ser sustituidos). El contexto de la relación de competencia necesariamente es el mercado, dado que constituye el foro donde los consumidores eligen entre los distintos productos. La competencia en el mercado es un proceso dinámico, que evoluciona. En consecuencia, la expresión "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" implica que la relación de competencia entre los productos *no* ha de ser analizada *exclusivamente* por referencia a las preferencias *actuales* de los consumidores. A nuestro juicio, la palabra "sustituibles" indica que la relación exigida *puede* existir entre productos que no son, en un momento determinado, considerados por los consumidores como sustitutos uno del otro pero que, no obstante, *pueden* ser sustituidos el uno por el otro.

115. Por lo tanto, según el sentido corriente de la expresión, los productos son competidores o sustituibles entre sí cuando son intercambiable⁹¹ o si se ofrecen, como lo señaló el Grupo Especial,

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.98. Asimismo, el Grupo Especial también declaró que "el análisis de las pruebas apoya, en general, una constatación de que los productos importados y nacionales en litigio son productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" (párrafo 10.95) (itálicas añadidas).

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.98.

⁸⁹ Lesley Brown (ed.), *The New Shorter Oxford English Dictionary*, Vol. I, p. 459 (Clarendon Press, 1993).

⁹⁰ Lesley Brown (ed.), *op. cit.*, Vol. II, p. 3125.

⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones ("Canadá - Publicaciones")*, WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997.

"como medios alternativos de satisfacer una necesidad o inclinación determinada".⁹² En particular, en un mercado donde haya obstáculos reglamentarios al comercio o a la competencia, es muy posible que exista una demanda latente.

116. Las palabras "competidor o que puede sustituirlo directamente" están calificadas en la Nota al artículo por el término "directamente". En el contexto del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, la palabra "directamente" sugiere cierto grado de proximidad en la relación de competencia entre los productos nacionales y los importados. Sin embargo, la palabra "directamente" no impide que un Grupo Especial considere tanto la demanda latente como la demanda existente.

117. Nuestra lectura del sentido corriente de la expresión "directamente competidor o que puede sustituirlo directamente" está apoyada por su contexto, así como por su objeto y fin. Como parte del contexto, observamos que la Nota al artículo dispone que la segunda frase del párrafo 2 del artículo III es aplicable solamente en caso de que haya competencia ("only in cases where competition *was* involved" (itálicas añadidas)). Según Corea, (refiriéndose al texto inglés) el empleo del pasado del indicativo "was" impide al Grupo Especial tener en cuenta la competencia "potencial". Sin embargo, a nuestro juicio, el empleo del término "was" no tiene importancia necesariamente para definir el alcance temporal del análisis que ha de llevarse a cabo. La Nota al artículo describe las circunstancias en que un impuesto hipotético sería considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase "*would* be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence" (itálicas añadidas). La primera parte de la cláusula se ha redactado en el modo condicional ("would") y se utiliza el pasado del indicativo simplemente como consecuencia de la utilización del término "would". Ello no impone ninguna limitación a la dimensión temporal de la palabra "competencia".

118. La primera frase del párrafo 2 del artículo III forma parte también del contexto de la expresión. Los productos "similares" son una subcategoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí: todos los productos similares son, por definición, productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, mientras que no todos los productos "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" son productos "similares".⁹³ El concepto de producto similar debe interpretarse en sentido restringido⁹⁴, pero la

⁹² Informe del Grupo Especial, párrafo 10.40.

⁹³ Informe del Grupo Especial, *Japón - Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 16, párrafo 6.22, aprobado por el Órgano de Apelación en la página 29 de su informe.

⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas*, *supra* nota 20, página 24, y *Canadá - Publicaciones*, *supra*, nota 91, página 26.

categoría de productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí es más amplia.⁹⁵ Mientras que los productos perfectamente sustituibles entre sí están comprendidos en la primera frase del párrafo 2 del artículo III, los productos imperfectamente sustituibles entre sí pueden considerarse comprendidos en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.⁹⁶

119. El contexto del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, también incluye al párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994. Como hemos indicado en nuestro informe sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, el párrafo 1 del artículo III informa el párrafo 2 del mismo artículo a través de una referencia concreta.⁹⁷ El párrafo 1 del artículo III establece el principio de que los impuestos interiores "no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional". A la luz de este principio, que abarca el objeto y fin de todo el artículo III, debe leerse la expresión "directamente competidor o que puede sustituirlo directamente". Como dijimos en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*:

El objetivo general y fundamental del artículo III es *evitar el proteccionismo* en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias interiores. ... A este fin, el artículo III obliga a los Miembros de la OMC a *facilitar* para los productos importados *unas condiciones de competencia iguales* a las de los productos nacionales. ... Además, carece de importancia que "los efectos comerciales" de la diferencia tributaria entre los productos importados y los nacionales, reflejada en los volúmenes de las importaciones, sean insignificantes o incluso inexistentes; el artículo III *protege* las expectativas no de un determinado volumen de comercio, sino más bien las expectativas de la *relación de competencia en condiciones de igualdad* entre los productos importados y los nacionales⁹⁸ (itálicas añadidas).

120. Habida cuenta del objetivo de evitar el proteccionismo, que exige igualdad de condiciones de competencia y protección de las expectativas de relaciones de competencia en condiciones de igualdad, nos abstenemos de adoptar un criterio estático con respecto a la expresión "directamente competidor o que puede sustituirlo directamente". El objeto y fin del artículo III confirma que el alcance de dicha expresión no puede limitarse a situaciones en las que los consumidores *ya* consideran a los productos como alternativos. Si uno podría basarse solamente en los casos actuales de sustitución, el objeto y fin del párrafo 2 del artículo III podría frustrarse mediante los impuestos

⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 20, página 29.

⁹⁶ *Canadá - Publicaciones*, *supra*, nota 91, página 32.

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 20, página 28.

⁹⁸ *Ibid.*, página 16, con referencias a informes de Grupos Especiales anteriores.

protectores que la disposición está destinada a prohibir. En efecto, Grupos Especiales anteriores han reconocido que el comportamiento del consumidor puede recibir la influencia, en particular, de impuestos internos proteccionistas. Citando al Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados* ("*Japón - Alcohol, 1987*")⁹⁹, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* observó que un sistema impositivo que discriminaba las importaciones tenía el efecto de crear o afianzar las preferencias por los productos nacionales.¹⁰⁰ En el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, el Grupo Especial observó también que "era probable que las encuestas de consumo en un país con un sistema fiscal de esa naturaleza [protector] infravaloraran el grado de competitividad potencial entre productos sustituibles entre sí"¹⁰¹ (itálicas añadidas). En consecuencia, en algunos casos, puede ser sumamente pertinente examinar la demanda latente.

121. Observamos que los estudios de la elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios, que en nuestro informe sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* consideramos como uno de los medios de examinar los mercados¹⁰², entrañan una evaluación de la demanda latente. Esos estudios intentan predecir la evolución de la demanda que resultaría de la modificación del precio de un producto como consecuencia, entre otras cosas, de una modificación de las cargas impositivas correspondientes a los productos nacionales y a los importados.

122. Corea misma reconoce que puede tenerse en cuenta la demanda potencial para determinar si los productos son "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí". Corea admitió ante el Grupo Especial que esta expresión no tiene por objeto excluir a los productos que no son directamente competidores o sustituibles entre sí a causa de la medida impugnada misma (el criterio de "si no fuera por"). En la audiencia que celebramos, Corea admitió que ese criterio de "but for" permitiría tener en cuenta no solamente el efecto directo de aumento de los precios a raíz de la diferencia impositiva sino también otros elementos que podrían indicar un menoscabo de las

⁹⁹ *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*, adoptado el 10 de noviembre de 1987, IBDD 34S/94. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 16, citó el párrafo 5.9 de este informe.

¹⁰⁰ Informe del Grupo Especial, *Japón - Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 16, párrafo 6.28, este párrafo fue aprobado expresamente por el Órgano de Apelación en su informe sobre este asunto (página 30).

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Japón - Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 20, página 25.

oportunidades de competencia debido a la diferencia de impuestos, por ejemplo, que los costos de distribución hubiesen sido más altos, etc.¹⁰³

123. No obstante, observamos que la demanda actual del consumidor puede recibir la influencia de otras medidas además de los impuestos internos. Por ejemplo, puede recibir la influencia de, entre otras cosas, una tributación proteccionista anterior, prohibiciones o restricciones cuantitativas de importaciones anteriores. La demanda latente puede representar un problema particular en el caso de "productos con los que el consumidor ha de estar familiarizado", tales como alimentos y bebidas, que los consumidores tienden a adquirir porque los conocen y se muestran reacios a experimentar otros.¹⁰⁴

124. En consecuencia, llegamos a la conclusión de que la expresión "directamente competidor o que puede sustituirlo directamente" no impide que el Grupo Especial tenga en cuenta pruebas de la demanda latente del consumidor como un factor de una serie de factores que han de considerarse al evaluar la relación de competencia entre productos importados y nacionales en el marco del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, del GATT de 1994. En este asunto, el Grupo Especial no incurrió en error de derecho al apoyar su constatación de la "existencia de una competencia directa" haciendo referencia a una "clara relación potencial de competencia directa".¹⁰⁵

2. Expectativas

125. En el curso de su razonamiento sobre la competencia potencial, el Grupo Especial hizo referencia a "la norma establecida de que se protegen las expectativas y oportunidades de competencia"¹⁰⁶ e indicó la declaración que hicimos en *Japón - Bebidas alcohólicas* en el sentido de que "[e]l artículo III protege las expectativas no de un determinado volumen de comercio, sino más bien las expectativas de la relación de competencia en condiciones de igualdad entre los productos importados y los nacionales".¹⁰⁷

126. Corea considera que existen "expectativas" solamente con respecto a productos que ya son "similares" o "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" y que no era adecuado que el Grupo Especial considerara que podía haber expectativas con respecto a productos que no

¹⁰³ Respuesta de Corea a las preguntas formuladas en la audiencia.

¹⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 10.44, 10.50 y 10.73.

¹⁰⁵ Informe de Grupo Especial, párrafo 10.98.

¹⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.48.

¹⁰⁷ *Supra*, nota 20, página 20, con referencias a informes de Grupos Especiales anteriores.

fueran actualmente "directamente competidores o sustituibles entre sí", pero que podrían llegar a serlo en un futuro próximo.¹⁰⁸

127. Como hemos dicho, el objeto y fin del artículo III es el mantenimiento de la igualdad de las condiciones de competencia entre productos importados y nacionales.¹⁰⁹ Por lo tanto, no sólo es legítimo sino incluso necesario tener en cuenta este propósito al interpretar la expresión "producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente".¹¹⁰

3. Criterio de los "efectos comerciales"

128. El Grupo Especial manifestó la preocupación de que "centrar la atención en la magnitud cuantitativa de la competencia y no en su naturaleza [podría dar] lugar a que se aplique a los asuntos planteados en el marco del artículo III una especie de criterio basado en los efectos comerciales".¹¹¹

129. Corea alega que ésta es una interpretación incorrecta del criterio de los "efectos comerciales".¹¹² A nuestro juicio, cuando el Grupo Especial se refirió a "una especie de criterio basado en los efectos comerciales", simplemente expresaba su escepticismo con respecto a las consecuencias de atribuir excesiva importancia a los análisis cuantitativos de la relación de competencia entre los productos. Esto se deduce claramente de la frase inmediatamente siguiente a aquella que contiene la referencia a "una especie de criterio basado en los efectos comerciales":

Puede considerarse que la demostración de la existencia de un determinado *grado* de competencia, equivale a la demostración de que las políticas fiscales en cuestión han producido en la relación de competencia un daño de determinada *magnitud*¹¹³ (itálicas en el original).

¹⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 33, citando, en parte, el informe del Grupo Especial, párrafo 10.48.

¹⁰⁹ *Supra*, párrafo 119.

¹¹⁰ Además, como señalamos anteriormente, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que había pruebas "de que existe una competencia directa" entre los productos importados y los nacionales. (Informe del Grupo Especial, párrafo 10.98, itálicas añadidas.)

¹¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.42.

¹¹² *Supra*, párrafo 9.

¹¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.42.

130. En consecuencia, el Grupo Especial declaró que si debía demostrarse un determinado grado de competencia en términos cuantitativos, esta exigencia sería similar a exigir pruebas de que determinada medida fiscal tiene determinada repercusión en el comercio. Consideró un enfoque de ese tipo como una "especie de criterio basado en los efectos comerciales".

131. No consideramos equivocado el razonamiento seguido por el Grupo Especial sobre este punto.¹¹⁴

4. Naturaleza de la competencia

132. El Grupo Especial hace numerosas referencias a la "naturaleza de la competencia".¹¹⁵ Corea considera que, con el empleo de la expresión "naturaleza de la competencia", el Grupo Especial ha introducido un "elemento vago y subjetivo" que no se encuentra en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.¹¹⁶ Corea alega que esta referencia a la "naturaleza de la competencia" equivale por lo tanto a no haber interpretado correctamente tampoco en este caso la expresión "directamente competidor o que puede sustituirlo directamente".

133. Estimamos que el Grupo Especial emplea la expresión "naturaleza de la competencia" como un sinónimo de *calidad* de la competencia, frente a la *magnitud* de la competencia. El Grupo Especial consideró que al analizarse los productos que son "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí", la atención debía centrarse en la *naturaleza* de la competencia y no en su *magnitud*:

Lo importante no es ... el grado de competencia, sino su naturaleza.
¿Hay una relación de competencia, y, en caso afirmativo, se trata de
una relación de competencia directa? ...¹¹⁷ (itálicas añadidas).

134. Al oponerse al empleo de la expresión "naturaleza de la competencia", Corea, en efecto, objeta la actitud escéptica adoptada por el Grupo Especial frente a la cuantificación de la relación de competencia entre productos importados y nacionales. Por los motivos expuestos *supra*, compartimos la renuencia del Grupo Especial a apoyarse de manera excesiva en análisis cuantitativos de la relación

¹¹⁴ Además observamos que el Grupo Especial cita correctamente el criterio basado en los "efectos comerciales" en el párrafo 10.42 del Informe, el mismo párrafo en el que hace referencia a "una especie de criterio basado en los efectos comerciales".

¹¹⁵ Véase el Informe del Grupo Especial, párrafos 10.42, 10.45, 10.66, 10.76, 10.78 y 10.92.

¹¹⁶ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafos 37 y 38.

¹¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.44.

de competencia.¹¹⁸ A nuestro juicio, un enfoque que se centre exclusivamente en la coincidencia cuantitativa de la relación de competencia podría, fundamentalmente, convertir a la elasticidad cruzada en función de los precios en el criterio decisivo para determinar si los productos son "directamente competidores o sustituibles entre sí". Por lo tanto, no consideramos objetable el empleo por parte del Grupo Especial de la expresión "naturaleza de la competencia".

5. Pruebas relativas al mercado japonés

135. El Grupo Especial consideró que, al determinar si ciertos productos son directamente competidores o sustituibles entre sí, correspondía examinar "la naturaleza de la relación de competencia en otros países".¹¹⁹ Declaró lo siguiente:

[D]ado que examinamos la naturaleza de la competencia en un mercado que antes era relativamente cerrado y en el que sigue habiendo importantes diferencias impositivas, las pruebas concernientes a la relación de competencia en otros mercados son pertinentes ... No necesitamos dar un peso sustancial a la situación de otros mercados distintos del de Corea, aunque los factores de esa naturaleza son pertinentes ... Para prescindir completamente de los datos de otros mercados sería necesario que nos basáramos totalmente en información actual sobre el mercado, de la que quizás no dispongamos debido a la tendencia a la infravaloración de la relación de competencia que entrañan las propias medidas impugnadas, lo que podría dar lugar de hecho a que las políticas gubernamentales más restrictivas y discriminatorias estuvieran a salvo de una impugnación al amparo del artículo III debido a la falta de datos sobre el mercado nacional.¹²⁰

136. Según Corea, el criterio adoptado por el Grupo Especial constituye una ampliación inadmisibles del alcance de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Por otra parte, Corea estima que en caso de admitirse pruebas relativas a otros mercados deberían examinarse más de uno de esos otros mercados. En este caso dado que se disponía de "una cantidad considerable de datos acerca de lo que ocurre en el mercado coreano"¹²¹, Corea considera que no había ningún motivo para basarse en datos sobre otro mercado al formular conclusiones con respecto al mercado coreano.

¹¹⁸ *Supra*, párrafo 120.

¹¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.45.

¹²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.45 y 10.46.

¹²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.46.

137. Por supuesto, es cierto que la relación entre "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" debe estar presente en el mercado de que se trate¹²², en este caso el mercado coreano. También es cierto que la respuesta del consumidor a los productos puede variar según los países.¹²³ Sin embargo, esto no impide que se considere la conducta del consumidor en un país distinto del país de que se trata. Nos parece que pueden ser pertinentes para examinar el mercado en cuestión las pruebas relativas a otros mercados, en particular cuando la demanda en ese mercado ha recibido la influencia de obstáculos reglamentarios al comercio o a la competencia. Evidentemente, no será pertinente al mercado en cuestión cualquier otro mercado. Pero si un mercado determinado exhibe características similares al mercado en cuestión, los datos sobre la demanda del consumidor en ese otro mercado pueden tener cierta importancia para el mercado en cuestión. No obstante, esto puede solamente determinarse caso por caso, teniendo en cuenta todos los hechos pertinentes.

138. En el presente asunto, el Grupo Especial no incurrió en error al referirse en su argumentación al mercado japonés.

6. Agrupación de los productos

139. Antes de iniciar su evaluación con respecto a si los productos importados y los productos nacionales en cuestión son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, el Grupo Especial consideró en qué forma llevaría a cabo esa evaluación. Declaró lo siguiente:

... En el caso del producto nacional, el soju, se han identificado dos categorías fundamentales, el soju destilado y el soju diluido.

...

... Si llegamos a la conclusión de que el soju diluido es un producto que compite directamente con los productos importados y que puede sustituirlos directamente, podrá deducirse lo mismo del soju destilado, ya que este último es un producto intermedio entre los productos importados y el soju diluido. De hecho, el soju destilado es, por una parte, más similar a los productos importados que el diluido, y, por otra, más similar al soju diluido que los productos importados.¹²⁴

¹²² Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 20, página 29, y *Canadá – Publicaciones*, *supra*, nota 91, página 29.

¹²³ Informe del Grupo Especial, *Japón – Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 16, párrafo 6.28, donde se hace referencia al Informe del Grupo de Trabajo sobre "Ajustes Fiscales en Frontera" L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, IBDD 18S/106, párrafo 18 y que fue aprobado en el Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 20, página 30.

¹²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 10.51 y 10.54.

Con respecto a los productos importados el Grupo Especial dijo:

... tampoco aceptamos el argumento de Corea según el cual estamos obligados a establecer una comparación producto por producto entre cada uno de los productos importados y cada uno de los dos tipos de soju. En muchos casos es procedente basarse en categorías de productos ... La cuestión que se plantea no es si la utilización de categorías a efectos *analíticos* es adecuada, sino dónde deben trazarse los límites entre las diversas categorías. ... constatamos que, en conjunto, hay un grado de identidad suficiente de las características, los usos finales, los cauces de distribución y los precios de todos los productos importados identificados específicamente por los reclamantes para poder examinar conjuntamente estos productos* (itálicas añadidas).¹²⁵

*Esta decisión no prejuzga la cuestión de fondo; nos limitamos a identificar un instrumento *analítico*. Es posible que, en el curso de una diferencia, las pruebas pongan de manifiesto la necesidad de revisar un enfoque *analítico* ... (itálicas añadidas).

140. Corea alega que el Grupo Especial incurrió en error al no examinar por separado el soju destilado y el soju diluido y también al examinar todos los productos importados juntos. El argumento de Corea se basa, en gran parte, en presuntas diferencias significativas entre los productos que el Grupo Especial agrupó. A Corea le preocupa el hecho de que al considerar los productos conjuntamente, el Grupo Especial haya pasado por alto importantes diferencias entre ellos. Corea estima que, al proceder se esa manera, el Grupo Especial pudo llegar a la conclusión de que todos los productos en cuestión eran directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, mientras que si se hubiesen examinado individualmente, este resultado no habría sido posible.

141. Consideramos que el argumento formulado por Corea plantea dos cuestiones distintas. La primera: si el Grupo Especial incurrió en error al adoptar su "enfoque analítico". La segunda: si, sobre la base de los hechos de este caso, el Grupo Especial estaba facultado a agrupar los productos en la forma en que lo hizo. Dado que la segunda cuestión requiere un examen de la forma en que el Grupo Especial evaluó las pruebas, nos ocuparemos de ella al analizar las cuestiones de procedimiento.

142. El Grupo Especial describe la "agrupación" como un "instrumento analítico". Sin embargo nos parece que independientemente de cualquier otra cosa que el Grupo Especial puede haber visto en este "instrumento analítico", lo ha utilizado como un medio práctico de reducir al mínimo la repetición al examinar la relación de competencia entre un gran número de productos diferentes. En

¹²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 10.59 y 10.60.

el marco de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III casi siempre es necesario realizar cierta agrupación, porque las categorías genéricas suelen incluir productos con *alguna* variación en la composición, calidad, función y precio y, en consecuencia, suelen dar lugar a subcategorías.¹²⁶ Desde una perspectiva levemente diferente, observamos que "agrupar" productos entraña como mínimo una caracterización preliminar por parte del intérprete legislativo en el sentido de que determinados productos son lo suficientemente similares en cuanto a, por ejemplo, su composición, calidad, función y precio, como para justificar que se los trate como un grupo a los efectos del análisis. Sin embargo, la utilización de tales "instrumentos analíticos" no exime a un grupo especial de su obligación de hacer una evaluación objetiva con respecto a si los integrantes de un grupo de productos importados son directamente competidores o pueden sustituir directamente a los productos nacionales. Compartimos la preocupación de Corea en el sentido de que, en determinadas circunstancias, tal "agrupación" de productos *podría* dar lugar a que se pasaran por alto las características de determinados productos y que, a su vez, ello *podría* afectar al resultado de un caso. Sin embargo, como veremos más adelante, el Grupo Especial evitó en este asunto ese peligro.

143. Si, y en qué medida, pueden agruparse determinados productos es un asunto que ha de decidirse en cada caso concreto. En este caso en particular, el Grupo Especial decidió agrupar a los productos importados en litigio sobre la base de que:

... en conjunto, hay un grado de identidad suficiente de las características, los usos finales, los cauces de distribución y los precios de todos los productos importados identificados específicamente por los reclamantes ...¹²⁷

144. Como lo explicó el Grupo Especial en la nota de pie de página correspondiente a esta frase¹²⁸, el análisis posterior que hizo el Grupo Especial de las características físicas, los usos finales, los canales de distribución y los precios de los productos importados confirmó la corrección de su decisión de agrupar los productos a efectos analíticos. Además, el Grupo Especial, cuando correspondía, tuvo en cuenta las características de cada producto.¹²⁹ Por consiguiente, nos parece que

¹²⁶ El Grupo Especial menciona la categoría "whisky" que abarca varias subcategorías de whisky de diversos tipos, tales como escocés (de alta calidad y corriente), irlandés, Bourbon, de centeno, canadiense, etc., y todos ellos son diferentes. Informe del Grupo Especial, párrafo 10.59.

¹²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.60.

¹²⁸ Informe del Grupo Especial, la nota 375. Véanse también en el informe del Grupo Especial, las notas 382 y 399.

¹²⁹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 10.67, 10.71, 10.72, 10.85 y 10.94 y las notas 385, 386, 387 y 408.

la agrupación de productos importados realizada por el Grupo Especial, complementada cuando correspondía por el examen de los productos individualmente, dio el mismo resultado que hubiese dado el examen individual de cada uno de los productos importados.¹³⁰ Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial no incurrió en error al considerar conjuntamente las bebidas importadas.

145. Con respecto al soju diluido y al soju destilado, el Grupo Especial no "agrupó" estos productos como tales. En cambio, se concentró en el soju diluido para evaluar la relación de competencia entre las bebidas nacionales y las importadas. El Grupo Especial consideró que el soju destilado era un producto "intermedio", en lo que respecta a las características físicas, usos finales y precios, entre el soju diluido y los productos importados. Sobre esa premisa, dedujo *a fortiori* que si se demostraba que el soju diluido competía con los productos importados, el producto intermedio, el soju destilado, sería también necesariamente en relación con los productos importados, un producto "directamente competidor o que podía sustituirlos directamente".¹³¹ No consideramos objetable el razonamiento del Grupo Especial sobre este punto.

B. "De manera que se proteja"

146. Pasamos a examinar si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de la expresión "de manera que se proteja", que resulta incorporada al párrafo 2 del artículo III, segunda frase, por la referencia específica que allí se hace al párrafo 1 del mismo artículo.

147. Con respecto a este tercer elemento del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, el Grupo Especial indicó lo siguiente:

El Órgano de Apelación declaró en el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* que esta frase del examen debía centrarse en los factores objetivos subyacentes a la medida fiscal de que se tratara incluidos el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida. En ese caso, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación llegaron a la conclusión de que la propia magnitud de la diferencia entre los impuestos apoyaba la constatación de que los impuestos se aplicaban de manera que se protegía la producción nacional. En el caso que nos ocupa, hay entre los niveles de los impuestos establecidos por la legislación fiscal coreana diferencias muy

¹³⁰ Tomamos nota de que los grupos especiales que se ocuparon de los asuntos *Japón – Bebidas alcohólicas* (1987) y *Japón – Bebidas alcohólicas*, siguieron el mismo enfoque. Este enfoque fue aprobado implícitamente en nuestro informe sobre *Japón – Bebidas alcohólicas*.

¹³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.54.

considerables, lo suficientemente grandes a nuestro parecer para apoyar asimismo una constatación en el mismo sentido.

Además de los elevados niveles de las diferencias entre los impuestos, hay que señalar que la estructura de la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas y de la Ley del Impuesto de Educación es compatible con esta constatación. La propia estructura de la Ley del Impuesto de las Bebidas Alcohólicas es discriminatoria. Esa estructura se basa en una definición genérica muy amplia de lo que se entiende por soju y excepciones específicas, que corresponden casi exactamente a una o varias características de las bebidas importadas, y que se utilizan para identificar productos a los que se aplican tipos más altos. Dado que no se importa prácticamente soju, los beneficiarios de esta estructura son casi exclusivamente los productores nacionales.* Así pues, en nuestra opinión, el diseño, la arquitectura y la estructura de las leyes fiscales relativas a los impuestos sobre bebidas alcohólicas (incluido el impuesto de educación, por cuanto se aplica de distinta manera a los productos importados y nacionales) protegen la producción nacional. ...¹³²

*El único producto nacional incluido en la misma categoría sujeta a impuestos más altos que una bebida importada es el soju destilado, que representa menos del 1 por ciento de la producción de Corea.

148. Según Corea, el Grupo Especial cometió varios errores al aplicar el tercer elemento de la segunda oración del párrafo 2 del artículo III. Pasó por alto las explicaciones que dio Corea de la estructura de un impuesto. Atribuyó "muchas" importancias a que prácticamente no hubiese soju importado. No observó la orientación proporcionada por el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* en el sentido de que, incluso aunque la diferencia impositiva puede demostrar que un impuesto se aplica "de manera que se proteja la producción nacional", "en otros casos, puede haber otros factores que sean tan pertinentes o más para demostrar que la tributación diferente en cuestión se aplica 'de manera que protege la producción nacional'".¹³³

149. En nuestro informe sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, dijimos que el examen con respecto a si un régimen tributario protege la producción nacional "[e]s una cuestión de cómo se aplica la medida de que se trata", y que para realizar ese examen "es necesario un análisis completo y objetivo"¹³⁴:

¹³² Informe del Grupo Especial, párrafos 10.101 y 10.102.

¹³³ *Supra*, nota 20, página 37.

¹³⁴ *Supra*, nota 20, páginas 33 y 34.

... es posible examinar objetivamente los criterios subyacentes utilizados en una medida determinada, su estructura y su aplicación global para evaluar si se aplica de manera que otorgue protección a los productos nacionales.

Si bien es cierto que el objeto de una medida quizá no puede evaluarse fácilmente, sin embargo su aplicación con fines de protección puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida. La propia magnitud de la diferencia impositiva en un caso particular puede constituir prueba de esa aplicación protectora La mayoría de las veces habrá otros factores que hayan de considerarse también.¹³⁵

150. El Grupo Especial siguió este criterio. Al llegar a la conclusión de que las medidas coreanas protegían la producción nacional, se basó, en primer lugar, en el hecho de que había "entre los niveles de los impuestos establecidos por la legislación fiscal coreana diferencias muy considerables".¹³⁶ Aunque consideró que la magnitud de la diferencia era suficientemente grande como para apoyar una constatación en el sentido de que las medidas impugnadas protegían la producción nacional, examinó también el diseño y la estructura de dichas medidas.¹³⁷ Además, el Grupo Especial constató que "[d]ado que no se importa prácticamente soju, los beneficiarios de esta estructura son casi exclusivamente los productores nacionales".¹³⁸ En otras palabras, el impuesto funciona de tal manera que los tramos fiscales inferiores abarcan casi exclusivamente a la producción nacional, mientras que los superiores abarcan casi exclusivamente a los productos importados. En esas circunstancias, los motivos dados por Corea con respecto al *por qué* el impuesto está estructurado de determinada manera no ponen en tela de juicio la conclusión de que las medidas se aplican "de manera que se proteja la producción nacional". Asimismo, el motivo por el que en Corea hay muy poco soju importado no modifica la pauta de aplicación de las medidas impugnadas.

151. Corea alega que el Grupo Especial incurrió en error al no haber constatado que la diferencia "intrínseca" existente antes del pago de impuestos entre los precios del soju diluido y los de las

¹³⁵ *Supra*, nota 20, páginas 34 y 35.

¹³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.101. En el párrafo 10.100, el Grupo Especial indicó las diferencias siguientes: "los impuestos totales aplicados ascienden al 38,5 por ciento en el caso del soju diluido, al 55 por ciento en el del soju destilado y los licores, al 104 por ciento en del vodka, el gin, el ron, el tequila y las mezclas y al 130 por ciento en el del whisky, el brandy y el coñac".

¹³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.101.

¹³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.102. Observamos que habíamos considerado una conclusión similar adoptada por el Grupo Especial cuando examinamos el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas*, *supra*, nota 16, página 35, como pertinente para la determinación del tercer elemento de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.

bebidas alcohólicas importadas era tan grande que "la diferencia adicional creada por la variación de los impuestos puede no tener ningún efecto de protección".¹³⁹ Según Corea, el Grupo Especial "debería haber investigado si el impuesto puede afectar expectativas razonables con respecto a la relación de competencia entre los productos".¹⁴⁰ Corea también adujo que "la demanda de un producto similar al soju destilado es específica y estática y que sería difícil que resultara afectada en gran medida, en una u otra dirección, por una variación del precio".¹⁴¹

152. Al formular estos argumentos, Corea, al parecer, vuelve a plantear la cuestión de si los productos pueden ser considerados como directamente competidores o sustituibles entre sí. Con respecto al soju diluido, parece que Corea está diciendo, en efecto, que la gran diferencia existente entre los precios antes del pago de los impuestos es tal que los consumidores no consideran los productos como sustituibles entre sí, y que las decisiones de los consumidores con respecto a la compra de los productos importados no se verá afectada, en consecuencia, por la mayor carga impositiva que grave a estas importaciones. Asimismo, con respecto al soju destilado, Corea está alegando que no existe una elasticidad cruzada de la demanda entre el soju destilado y las bebidas importadas. Sin embargo, Corea pasa por alto el hecho de que ya se ha constatado que ambos productos son directamente competidores o sustituibles entre sí.¹⁴² Por lo tanto, sus argumentos no corresponden a esta etapa del análisis y no arrojan ninguna duda sobre la constatación del Grupo Especial en el sentido de que las medidas impugnadas protegen la producción nacional.

153. Corea también parece insistir en que una conclusión en el sentido de que determinada medida proporciona protección debe ir apoyada por pruebas de que la diferencia impositiva tiene ciertos efectos comerciales identificables. Pero, como hemos dicho antes, el artículo III no se ocupa de los volúmenes del comercio.¹⁴³ Por lo tanto, no corresponde a la parte reclamante probar que las medidas impositivas pueden producir determinado efecto comercial.

¹³⁹ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 75.

¹⁴⁰ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 76.

¹⁴¹ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 79.

¹⁴² La importante diferencia entre los precios de los productos fue tomada en consideración para determinar si los productos son, en efecto, directamente competidores o sustituibles entre sí (informe del Grupo Especial, párrafo 10.94).

¹⁴³ *Supra*, párrafo 119.

154. Estimamos, y así lo confirmamos, que el Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación de la "expresión de manera que proteja", incorporada a la segunda frase del párrafo 2 del artículo III por la referencia específica al párrafo 1 del mismo artículo.

C. *Asignación de la carga de la prueba*

155. Corea alega que el Grupo Especial asignó en forma equivocada la carga de la prueba y que en la evaluación de las pruebas aplicó una "doble norma". Observamos que a pesar de que el Grupo Especial no formuló efectivamente las normas sobre la asignación de la carga de la prueba, hizo una referencia concreta a determinados párrafos de nuestro informe sobre el asunto *Estados Unidos – Camisas y blusas* en los que enunciamos esas normas.¹⁴⁴

156. Se deduce en forma evidente de los párrafos 10.57, 10.58 y 10.82 del informe del Grupo Especial que éste ha interpretado y aplicado correctamente las normas sobre asignación de la carga de la prueba.¹⁴⁵ En primer lugar, el Grupo Especial insistió en que podía formular constataciones en el marco de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III solamente en relación con productos respecto de los cuales las partes hubiesen establecido una presunción *prima facie* sobre la base de las pruebas presentadas.¹⁴⁶ En segundo lugar, se abstuvo de establecer una presunción con respecto a las bebidas alcohólicas comprendidas en la partida 22.08 del SA.¹⁴⁷ Tal presunción sería incompatible con las normas relativas a la carga de la prueba porque desplazaría prematuramente dicha carga al demandado. En consecuencia, el Grupo Especial no consideró las presuntas violaciones de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III con respecto a los productos en relación con los cuales no se habían presentado pruebas.¹⁴⁸ Por lo tanto, el Grupo Especial examinó la situación del tequila porque se habían presentado pruebas a su respecto, pero no examinó el mezcal y otras bebidas alcohólicas incluidas en la partida 22.08 del SA para las cuales no se habían presentado pruebas. En tercer lugar,

¹⁴⁴ Informe del Grupo Especial, nota de pie de página 374.

¹⁴⁵ En los párrafos 10.57 y 10.58 de su informe, el Grupo Especial consideró si estaba facultado o no para formular constataciones en relación con productos tales como tequila, mezcal y otras bebidas alcohólicas con respecto a las cuales no se había aportado "prácticamente ninguna prueba". En el párrafo 10.82, el Grupo Especial evaluó si los reclamantes habían satisfecho la carga de la prueba con respecto a los usos finales.

¹⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.57. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 10.82, donde el Grupo Especial consideró que, con respecto a los usos finales, "los reclamantes han presentado pruebas ... suficientes para acreditar este aspecto de su argumentación".

¹⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.57. La partida 22.08 del SA es la categoría de la Sección IV Capítulo 22 del Sistema Armonizado que se aplica al "alcohol etílico sin desnaturalizar, grado alcohólico o volumen inferior al 80 por ciento; líquidos alcohólicos, licores y otras bebidas espirituosas".

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 10.57 y 10.58.

en contra de las afirmaciones de Corea, el Grupo Especial consideró las pruebas presentadas por Corea en la réplica¹⁴⁹, pero llegó a la conclusión de que había "suficientes pruebas, que no [habían] sido *refutadas*", como para llegar a la conclusión de incompatibilidad¹⁵⁰ (itálicas añadidas).

157. En consecuencia, es evidente, que el Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación de las normas sobre la asignación de la carga de la prueba.

158. Por último, observamos que muchos de los argumentos formulados por Corea con respecto a la carga de la prueba en realidad son argumentos con respecto a si el Grupo Especial hizo o no una evaluación objetiva de los hechos que tenía ante sí. Esto lo consideraremos en la próxima sección.

D. Artículo 11 del ESD

159. Corea alega que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que tenía ante sí ni aplicó la norma de examen apropiada en virtud del artículo 11 del ESD. Corea sostiene que el Grupo Especial no contaba con pruebas suficientes como para poder realizar una evaluación objetiva del asunto y que, en lo que respecta a las pruebas que tenía efectivamente ante sí, el Grupo Especial cometió una serie de "errores de evaluación manifiestos y/o conspicuos".¹⁵¹

160. En el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas* declaramos lo siguiente:

En virtud del párrafo 6 del artículo 17 del ESD los exámenes en apelación se limitan a apelaciones sobre cuestiones jurídicas incluidas en el informe de un grupo especial y a las interpretaciones legales desarrolladas por ese grupo ... La determinación de si un acontecimiento ocurrió o no en un determinado tiempo y espacio es típicamente una cuestión de hecho; la cuestión, por ejemplo, de si el Codex ha adoptado o no una norma internacional, directriz o recomendación sobre el MGA, es una cuestión objetiva. La determinación de la credibilidad y del peso que, por ejemplo, se debe atribuir propiamente a la apreciación de una determinada prueba, forma parte esencial del proceso de investigación y, en principio, se deja a la discreción del grupo especial que decide sobre los hechos. La compatibilidad o incompatibilidad de un hecho dado o serie de hechos con los requisitos de una determinada disposición de un tratado es, a pesar de todo, una cuestión de tipificación jurídica. Es una cuestión de derecho. El que un grupo especial haya hecho o no una evaluación objetiva de los hechos que le habían sido presentados,

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 10.71, 10.82 y 10.85.

¹⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.98.

¹⁵¹ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 84.

como exige el artículo 11 del ESD, es también una cuestión de derecho que, planteada oportunamente en la apelación, entrará en el ámbito del examen en apelación.¹⁵²

161. El examen y la ponderación que hizo el Grupo Especial de las pruebas presentadas quedan comprendidos, en principio, en el ámbito de la discrecionalidad que corresponde al Grupo Especial en cuanto decide sobre los hechos y, en consecuencia, quedan fuera del ámbito del examen de apelación. Por ejemplo, esto es válido con respecto a la consideración por parte del Grupo Especial del Estudio Dodwell, el Informe Sofres y el Estudio Nielsen. No podemos ir más allá que el Grupo Especial en la evaluación del valor probatorio de esos estudios o de las consecuencias, en su caso, de los presuntos defectos de los mismos. Asimismo, no nos corresponde examinar el valor relativo asignado a las pruebas presentadas sobre asuntos tales como estudios de comercialización, métodos de producción, sabor, color, lugares de consumo, consumo con las "comidas" o en los "aperitivos" (snacks) y precios.

162. Las facultades discrecionales del Grupo Especial cuando decide sobre los hechos no son, por supuesto, ilimitadas. Esas facultades siempre están sujetas a -y circunscritas por- entre otras cosas, la obligación del Grupo Especial de realizar una evaluación objetiva del asunto que tiene ante sí. En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, nos referimos a las alegaciones en el sentido de que el Grupo Especial había "desestimado", "distorsionado" y "tergiversado" las pruebas que se le habían presentado. Sostuvimos que estas alegaciones equivalían a acusaciones de que el Grupo Especial había infringido el deber que le correspondía en virtud del artículo 11 del ESD, alegaciones que, al término del día, consideramos injustificadas:

... Es evidente que no todos los errores en la evaluación de las pruebas (aunque eso también puede dar lugar a una cuestión de derecho) se pueden calificar de incumplimiento de la obligación de hacer una evaluación objetiva de los hechos ... El deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que le haya sido sometido es, entre otras cosas, una obligación de examinar las pruebas presentadas a un grupo especial y de llegar a conclusiones de hecho a base de esas pruebas. Desestimar deliberadamente las pruebas presentadas al grupo especial, o negarse a examinarlas, son hechos incompatibles con el deber que tiene un grupo especial de hacer una evaluación objetiva de los hechos. La distorsión o tergiversación deliberadas de las pruebas presentadas al grupo especial son también actos incompatibles con una evaluación objetiva de los hechos. El hecho de "desestimar", "distorsionar" y "tergiversar" las pruebas, en su significación ordinaria en los procesos judiciales y cuasijudiciales, supone no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un error monumental que pone en duda la

¹⁵² *Supra*, nota 47, párrafo 132.

buena fe del grupo de expertos. Sostener que un grupo especial hizo caso omiso de las pruebas que le presentaron o las deformó es lo mismo que afirmar que no reconoció, en menor o mayor medida, a la parte que presentaba las pruebas la lealtad fundamental o lo que en muchos fueros se conoce por las debidas garantías procesales o derecho natural.¹⁵³

163. Hemos analizado muy cuidadosamente las alegaciones formuladas por Corea en el sentido de que el Grupo Especial procedió en forma contraria a la obligación que le corresponde en virtud del artículo 11 del ESD, especialmente las afirmaciones de Corea en el sentido de que el Grupo Especial aplicó una "doble norma" en la evaluación de las pruebas presentadas: una norma flexible, relajada y permisiva, para los reclamantes, y otra muy estricta y exigente, para el demandado, Corea. A nuestro juicio, a pesar de que Corea afirmó expresamente que no ponía en tela de juicio la buena fe del Grupo Especial, una alegación con respecto a la aplicación de una "doble norma" de prueba en relación con los hechos equivale a una alegación de incumplimiento de realizar una "evaluación objetiva del asunto" en virtud del artículo 11 del ESD. En el asunto *Comunidades Europeas – Productos avícolas*, observamos lo siguiente:

Alegar que un grupo especial no ha evaluado objetivamente el asunto que se le ha sometido, como requiere el artículo 11 del ESD, *constituye una alegación muy grave, que afecta al fundamento mismo de la integridad del proceso de solución de diferencias de la OMC ...*¹⁵⁴ (itálicas añadidas).

164. Nos vemos obligados a concluir que Corea no ha logrado demostrar que el Grupo Especial ha cometido un error conspicuo, que puede describirse como el incumplimiento de la obligación de realizar una evaluación objetiva del asunto sometido. Los argumentos de Corea, si se examinan junto con el informe del Grupo Especial y las actuaciones de éste, no demuestran que en este asunto el Grupo Especial ha distorsionado, tergiversado o desestimado pruebas, ni que ha aplicado una "doble norma" de prueba. No se trata de un error, y mucho menos de un error conspicuo, el hecho de que el Grupo Especial no haya asignado a las pruebas la importancia que una de las partes estima que debería haberles asignado.

165. A la luz de lo precedente, no consideramos que el Grupo Especial no ha realizado una evaluación objetiva de los hechos que tenía ante sí en el sentido del artículo 11 del ESD.

¹⁵³ *Supra*, nota 47, párrafo 133.

¹⁵⁴ *Supra*, nota 47, párrafo 133. Esta frase fue citada en nuestro informe sobre el asunto *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón* ("Australia – Salmón"), adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS18/AB/R, párrafo 265.

E. Párrafo 7 del artículo 12 del ESD

166. Corea alega que el Grupo Especial no ha cumplido la obligación dimanante del párrafo 7 del artículo 12 del ESD de exponer las razones en que se basan sus conclusiones y recomendaciones. Corea sostiene que "gran parte" del informe del Grupo Especial contiene contradicciones y que es vago.¹⁵⁵

167. El párrafo 7 del artículo 12 del ESD dice, en la parte pertinente lo siguiente:

En los casos en que las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial presentará sus conclusiones en un informe escrito al OSD. *En tales casos, el grupo especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones. ... (itálicas añadidas).*

168. En este caso, no consideramos necesario ni deseable intentar definir el alcance de la obligación prevista en el párrafo 7 del artículo 12 del ESD. Basta indicar que el Grupo Especial ha expuesto en forma detallada y completa las razones en que se basan sus conclusiones y recomendaciones en este asunto. El Grupo Especial se extendió un poco para tener en cuenta las consideraciones opuestas y explicar por qué, no obstante ellas, adoptó las conclusiones e hizo las recomendaciones que adoptó e hizo. Es posible que Corea no esté de acuerdo con las razones expuestas por el Grupo Especial pero, ciertamente esas razones son más que suficientes, desde cualquier punto de vista, para satisfacer las exigencias del párrafo 7 del artículo 12 del ESD. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial no omitió exponer las razones en que se basaron sus conclusiones y recomendaciones como lo exige el párrafo 7 del artículo 12 del ESD.

V. Constataciones y conclusiones

169. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a) confirma la interpretación y la aplicación que hizo el Grupo Especial de la expresión "producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente" que figura en la Nota al párrafo 2 del artículo III, segunda frase, del GATT de 1994;

¹⁵⁵ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 172.

- b) confirma la interpretación y la aplicación que hizo el Grupo Especial de la expresión "de manera que proteja", incorporada al párrafo 2 del artículo III, segunda frase, por la referencia específica a los "principios enunciados en el párrafo 1" del artículo III del GATT de 1994;
- c) confirma la aplicación que hizo el Grupo Especial de las normas sobre la asignación de la carga de la prueba;
- d) concluye que el Grupo Especial no omitió realizar la evaluación objetiva del asunto exigida por el artículo 11 del ESD; y
- e) concluye que el Grupo Especial no omitió exponer las razones en que se basan sus conclusiones y recomendaciones, como lo exige el párrafo 7 del artículo 12 del ESD.

170. El Órgano de Apelación *recomienda* que el Órgano de Solución de Diferencias pida a Corea que ponga la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas y la Ley del Impuesto de Educación en conformidad con las obligaciones que corresponden a Corea en virtud del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Firmado en el original en Ginebra el decimosexto día de diciembre de 1998 por:

Mitsuo Matsushita
Presidente de la Sección

Claus-Dieter Ehlermann
Miembro

Florentino Feliciano
Miembro